



1991

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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.  
ARTHUR GRAHAM, B.A., LL.B. LL.M.

---

Legal Research Editor  
LYNNE LEMAY

Production Staff

Supervisor, Editorial Services  
LAURA VANIER

Editorial Assistants  
PIERRE LANDRIault  
LOUISE BEAUCHAMP

Secretary  
LISE LEPAGE

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

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.  
ARTHUR GRAHAM, B.A., LL.B. LL.M.

---

Recherche et documentation juridiques  
LYNNE LEMAY

Services techniques

Superviseur, Services de l'édition  
LAURA VANIER

Adjoints à l'édition  
PIERRE LANDRIault  
LOUISE BEAUCHAMP

Secrétaire  
LISE LEPAGE

Volume 2

Volume 2

# JUDGES OF THE FEDERAL COURT OF CANADA

(DURING THE PERIOD COVERED BY THIS VOLUME)

## CHIEF JUSTICE

The Honourable FRANK IACOBUCCI  
(Appointed September 2, 1988)  
(Appointed to Supreme Court of Canada January 7, 1991)

## ASSOCIATE CHIEF JUSTICE

The Honourable JAMES ALEXANDER JEROME  
(Appointed February 18, 1980)

## COURT OF APPEAL JUDGES

The Honourable LOUIS PRATTE  
(Appointed to the Trial Division June 10, 1971;  
Appointed January 25, 1973;  
Supernumerary November 29, 1991)

The Honourable DARREL VERNER HEALD  
(Appointed to the Trial Division June 30, 1971;  
Appointed December 4, 1975)

The Honourable JOHN J. URIE  
(Appointed April 19, 1973;  
Supernumerary December 31, 1988)

The Honourable PATRICK M. MAHONEY, P.C.  
(Appointed to the Trial Division September 13, 1973;  
Appointed July 18, 1983)

The Honourable LOUIS MARCEAU  
(Appointed to the Trial Division December 23, 1975;  
Appointed July 18, 1983)

The Honourable JAMES KNATCHBULL HUGESSEN  
(Appointed July 18, 1983)

The Honourable ARTHUR J. STONE  
(Appointed July 18, 1983)

The Honourable MARK R. MACGUIGAN, P.C.  
(Appointed June 29, 1984)

The Honourable ALICE DESJARDINS  
(Appointed June 29, 1987)

The Honourable ROBERT DÉCARY  
(Appointed March 14, 1990)

The Honourable ALLEN M. LINDEN  
(Appointed July 5, 1990)

### **TRIAL DIVISION JUDGES**

The Honourable ALLISON ARTHUR MARIOTTI WALSH  
(Appointed to the Exchequer Court July 1, 1964;  
Supernumerary June 1, 1984)

The Honourable FRANK U. COLLIER  
(Appointed September 16, 1971;  
Supernumerary November 1, 1987)

The Honourable GEORGE A. ADDY  
(Appointed September 17, 1973;  
Supernumerary September 1, 1983)

The Honourable JEAN-EUDES DUBÉ, P.C.  
(Appointed April 9, 1975)

The Honourable PAUL ROULEAU  
(Appointed August 5, 1982)

The Honourable FRANCIS CREIGHTON MULDOON  
(Appointed July 18, 1983)

The Honourable BARRY L. STRAYER  
(Appointed July 18, 1983)

The Honourable JOHN C. McNAIR  
(Appointed July 18, 1983)

The Honourable BARBARA J. REED  
(Appointed November 17, 1983)

The Honourable PIERRE DENAULT  
(Appointed June 29, 1984)

The Honourable YVON PINARD, P.C.  
(Appointed June 29, 1984)

The Honourable L. MARCEL JOYAL  
(Appointed June 29, 1984)

The Honourable BUD CULLEN, P.C.  
(Appointed July 26, 1984)

The Honourable LEONARD A. MARTIN  
(Appointed October 29, 1985)

The Honourable MAX M. TEITELBAUM  
(Appointed October 29, 1985)

The Honourable W. ANDREW MACKAY  
(Appointed September 2, 1988)

### **ATTORNEY GENERAL OF CANADA**

The Honourable A. KIM CAMPBELL, P.C., Q.C., M.P. February 23, 1990

# JUGES DE LA COUR FÉDÉRALE DU CANADA

(EN FONCTION AU COURS DE LA PÉRIODE VISÉE PAR LE PRÉSENT VOLUME)

## LE JUGE EN CHEF

L'honorable FRANK IACOBUCCI  
(nommé le 2 septembre 1988)  
(nommé à la Cour suprême du Canada le 7 janvier 1991)

## LE JUGE EN CHEF ADJOINT

L'honorable JAMES ALEXANDER JEROME  
(nommé le 18 février 1980)

## LES JUGES DE LA COUR D'APPEL

L'honorable LOUIS PRATTE  
(nommé à la Division de première instance, le 10 juin 1971;  
nommé le 25 janvier 1973;  
surnuméraire le 29 novembre 1991)

L'honorable DARREL VERNER HEALD  
(nommé à la Division de première instance, le 30 juin 1971;  
nommé le 4 décembre 1975)

L'honorable JOHN J. URIE  
(nommé le 19 avril 1973;  
surnuméraire le 31 décembre 1988)

L'honorable PATRICK M. MAHONEY, C.P.  
(nommé à la Division de première instance, le 13 septembre 1973;  
nommé le 18 juillet 1983)

L'honorable LOUIS MARCEAU  
(nommé à la Division de première instance, le 23 décembre 1975;  
nommé le 18 juillet 1983)

L'honorable JAMES KNATCHBULL HUGESSEN  
(nommé le 18 juillet 1983)

L'honorable ARTHUR J. STONE  
(nommé le 18 juillet 1983)

L'honorable MARK R. MACGUIGAN, C.P.  
(nommé le 29 juin 1984)

L'honorable ALICE DESJARDINS  
(nommée le 29 juin 1987)

L'honorable ROBERT DÉCARY  
(nommé le 14 mars 1990)

L'honorable ALLEN M. LINDEN  
(nommé le 5 juillet 1990)

## LES JUGES DE LA SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE

L'honorable ALLISON ARTHUR MARIOTTI WALSH  
*(nommé à la Cour de l'Échiquier, le 1<sup>er</sup> juillet 1964;  
surnuméraire le 1<sup>er</sup> juin 1984)*

L'honorable FRANK U. COLLIER  
*(nommé le 16 septembre 1971;  
surnuméraire le 1<sup>er</sup> novembre 1987)*

L'honorable GEORGE A. ADDY  
*(nommé le 17 septembre 1973;  
surnuméraire le 1<sup>er</sup> septembre 1983)*

L'honorable JEAN-EUDES DUBÉ, C.P.  
*(nommé le 9 avril 1975)*

L'honorable PAUL ROULEAU  
*(nommé le 5 août 1982)*

L'honorable FRANCIS CREIGHTON MULDOON  
*(nommé le 18 juillet 1983)*

L'honorable BARRY L. STRAYER  
*(nommé le 18 juillet 1983)*

L'honorable JOHN C. McNAIR  
*(nommé le 18 juillet 1983)*

L'honorable BARBARA J. REED  
*(nommée le 17 novembre 1983)*

L'honorable PIERRE DENAULT  
*(nommé le 29 juin 1984)*

L'honorable YVON PINARD, C.P.  
*(nommé le 29 juin 1984)*

L'honorable L. MARCEL JOYAL  
*(nommé le 29 juin 1984)*

L'honorable BUD CULLEN, C.P.  
*(nommé le 26 juillet 1984)*

L'honorable LEONARD A. MARTIN  
*(nommé le 29 octobre 1985)*

L'honorable MAX M. TEITELBAUM  
*(nommé le 29 octobre 1985)*

L'honorable W. ANDREW MACKAY  
*(nommé le 2 septembre 1988)*

## PROCUREURE GÉNÉRALE DU CANADA

L'honorable A. KIM CAMPBELL, c.p., c.r., députée, depuis le 23 février 1990



**TABLE**  
**OF THE NAMES OF THE CASES REPORTED**  
**IN THIS VOLUME**

A

Alexander Band No. 134 v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) (T.D.).....	3
--	---

B

Blashford (C.A.), Canada (Attorney General) v.....	44
--	----

C

C.D. v. M.N.R. (C.A.).....	412
Cabalfin v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.).....	235
Callie v. Canada (T.D.).....	379
Canada v. Nomad Sand & Gravel Ltd. (C.A.).....	172
Canada (Attorney General) v. Blashford (C.A.).....	44
Canada (Attorney General) v. LeBlanc (C.A.).....	257
Canada (Attorney General) (T.D.), Southam Inc. v. ....	292
Canada (C.A.), Montana Band of Indians v.....	30
Canada (Employment and Immigration Commission) (C.A.), Severud v. ....	318
Canada (Federal Administrator) (T.D.), Cree Regional Authority v. ....	422
Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.), Kuganeswaran v. ....	142
Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.), Lawal v. ....	404
Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.), Pacific Press Ltd. v. ....	327
Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.), Uy v. ....	201
Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.), Wang v. ....	165
Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.), Cabalfin v. ....	235
Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.), Wong v. ....	186
Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) (T.D.), Alexander Band No. 134 v. ....	3
Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) (T.D.), Thomas v. ....	433
Canada (Minister of the Environment) (T.D.), Tetzlaff v. ....	206
Canada (Minister of the Environment) (T.D.), Tetzlaff v. ....	212
Canada (National Parole Board) (T.D.), Gough v. ....	117
Canada (T.D.), Callie v. ....	379
Canada (T.D.), Jock v.....	355
Canada (T.D.), Montana Band v.....	273
Canada (T.D.), Olson v.....	61
Canadian Broadcasting Corp. (T.D.), Canadian Union of Public Employees v.....	455
Canadian Union of Public Employees v. Canadian Broadcasting Corp. (T.D.).....	455
Cree Regional Authority v. Canada (Federal Administrator) (T.D.).....	422

D	
Deer v. Mohawk Council of Kahnawake (T.D.).....	18
G	
Gough v. Canada (National Parole Board) (T.D.) .....	117
J	
Jock v. Canada (T.D.).....	355
K	
Kingston Penitentiary (T.D.), Warriner v.....	88
Kuganeswaran v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) .....	142
L	
Lawal v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.).....	404
LeBlanc (C.A.), Canada (Attorney General) v.....	257
Letrasat Canada Ltd. (C.A.), W.H. Brady Co. v. ....	226
M	
M.N.R. (C.A.), C.D. v.....	412
M.N.R. (C.A.), Tyler v. ....	68
Mohawk Council of Kahnawake (T.D.), Deer v.....	18
Montana Band v. Canada (T.D.) .....	273
Montana Band of Indians v. Canada (C.A.).....	30
N	
Nomad Sand & Gravel Ltd. (C.A.), Canada v. ....	172
O	
Olson v. Canada (T.D.).....	61
P	
Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.).....	327
S	
Severud v. Canada (Employment and Immigration Commission) (C.A.).....	318
Southam Inc. v. Canada (Attorney General) (T.D.).....	292
T	
Tetzlaff v. Canada (Minister of the Environment) (T.D.) .....	206
Tetzlaff v. Canada (Minister of the Environment) (T.D.) .....	212
Thomas v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) (T.D.).....	433
Tyler v. M.N.R. (C.A.) .....	68



## U

Uy v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) .....	201
--	-----

## W

W.H. Brady Co. v. Letraset Canada Ltd. (C.A.) .....	226
Wang v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) .....	165
Warriner v. Kingston Penitentiary (T.D.) .....	88
Wong v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) .....	186



**TABLE**  
**DES DÉCISIONS PUBLIÉES**  
**DANS CE VOLUME**

**A**

Administration régionale crie c. Canada (Administrateur fédéral) (1 <sup>re</sup> inst.) .....	422
--	-----

**B**

Bande Alexander (N <sup>o</sup> 134) c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) (1 <sup>re</sup> inst.).....	3
Bande indienne de Montana c. Canada (C.A.).....	30
Bande Montana c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) .....	273
Blashford (C.A.), Canada (Procureur général) c. ....	44

**C**

C.D. c. M.R.N. (C.A.) .....	412
Cabalfin c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 <sup>re</sup> inst.) .....	235
Callie c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.).....	379
Canada c. Nomad Sand & Gravel Ltd. (C.A.) .....	172
Canada (Administrateur fédéral) (1 <sup>re</sup> inst.), Administration régionale crie c. ....	422
Canada (C.A.), Bande indienne de Montana c. ....	30
Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration) (C.A.), Severud c. ....	318
Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (1 <sup>re</sup> inst.), Gough c. ....	117
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.), Kuganeswaran c. ....	142
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.), Lawal c. ....	404
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.), Pacific Press Ltd. c. ....	327
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.), Uy c. ....	201
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.), Wang c. ....	165
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 <sup>re</sup> inst.), Cabalfin c. ....	235
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 <sup>re</sup> inst.), Wong c. ....	186
Canada (Ministre de l'Environnement) (1 <sup>re</sup> inst.), Tetzlaff c. ....	206
Canada (Ministre de l'Environnement) (1 <sup>re</sup> inst.), Tetzlaff c. ....	212
Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) (1 <sup>re</sup> inst.), Bande Alexander (N <sup>o</sup> 134) c. ....	3
Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) (1 <sup>re</sup> inst.), Thomas c. ....	433
Canada (1 <sup>re</sup> inst.), Bande Montana c. ....	273
Canada (1 <sup>re</sup> inst.), Callie c. ....	379
Canada (1 <sup>re</sup> inst.), Jock c. ....	355
Canada (1 <sup>re</sup> inst.), Olson c. ....	61
Canada (Procureur général) c. Blashford (C.A.) .....	44
Canada (Procureur général) c. LeBlanc (C.A.) .....	257
Canada (Procureur général) (1 <sup>re</sup> inst.), Southam Inc. c. ....	292
Conseil Mohawk de Kahnawake (1 <sup>re</sup> inst.), Deer c. ....	18

D	
Deer c. Conseil Mohawk de Kahnawake (1 <sup>re</sup> inst.) .....	18
G	
Gough c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (1 <sup>re</sup> inst.) .....	117
J	
Jock c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) .....	355
K	
Kuganeswaran c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.).....	142
L	
Lawal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.).....	404
LeBlanc (C.A.), Canada (Procureur général) c. ....	257
Letraset Canada Ltd. (C.A.), W.H. Brady Co. c.....	226
M	
M.R.N. (C.A.), C.D. c.....	412
M.R.N. (C.A.), Tyler c.....	68
N	
Nomad Sand & Gravel Ltd. (C.A.), Canada c. ....	172
O	
Olson c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) .....	61
P	
Pacific Press Ltd. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) .....	327
Pénitencier de Kingston (1 <sup>re</sup> inst.), Warriner c. ....	88
S	
Severud c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration) (C.A.).....	318
Société Radio-Canada (1 <sup>re</sup> inst.), Syndicat canadien de la Fonction publique c. ....	455
Southam Inc. c. Canada (Procureur général) (1 <sup>re</sup> inst.) .....	292
Syndicat canadien de la Fonction publique c. Société Radio-Canada (1 <sup>re</sup> inst.) .....	455
T	
Tetzlaff c. Canada (Ministre de l'Environnement) (1 <sup>re</sup> inst.).....	206
Tetzlaff c. Canada (Ministre de l'Environnement) (1 <sup>re</sup> inst.).....	212
Thomas c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) (1 <sup>re</sup> inst.).....	433
Tyler c. M.R.N. (C.A.).....	68

## U

Uy c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) .....	201
--	-----

## W

W.H. Brady Co. c. Letraset Canada Ltd. (C.A.) .....	226
Wang c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) .....	165
Warriner c. Pénitencier de Kingston (1 <sup>re</sup> inst.) .....	88
Wong c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 <sup>re</sup> inst.) .....	186



# CONTENTS OF THE VOLUME

	PAGE
<b>ACCESS TO INFORMATION</b>	
Gough v. Canada (National Parole Board) (T.D.) (T-2439-90).....	117
<b>ANTI-DUMPING</b>	
Weldwood of Canada Ltd. v. Canada (Deputy M.N.R., Customs and Excise) (T-2864-90) .....	D-1
<b>ARMED FORCES</b>	
League for Human Rights of B'Nai Brith Canada v. Canada (Minister of National Defence) (T-3039-89) .....	D-13
<b>BROADCASTING</b>	
Canadian Union of Public Employees v. Canadian Broadcasting Corp. (T.D.) (T-3366-90) .....	455
<b>CITIZENSHIP</b>	
Glynos v. Canada (T-1933-89).....	D-13
<b>Knowledge Requirements</b>	
Ahmed (Re) (T-1424-90) .....	D-25
Majidy (Re) (T-2232-89) .....	D-13
<b>Residency Requirements</b>	
Leung (Re) (T-458-90) .....	D-25
<b>CIVIL CODE</b>	
<i>See: Practice, D-33</i>	
<b>COMBINES</b>	
Canada (Attorney General) v. Canadian Real Estate Assn. (T-2442-90) .....	D-14
Southam Inc. v. Canada (Attorney General) (T.D.) (T-3180-90).....	292
<b>CONSTITUTIONAL LAW</b>	
<i>See also: Armed Forces, D-13; Penitentiaries, D-20</i>	
<b>Charter of Rights</b>	
<i>Criminal Process</i>	
Tyler v. M.N.R. (C.A.) (A-2-89).....	68
Warriner v. Kingston Penitentiary (T.D.) (T-963-89).....	88

	PAGE
<b>CONSTITUTIONAL LAW—Continued</b>	
<b>Charter of Rights—Continued</b>	
<i>Enforcement</i>	
Tyler v. M.N.R. (C.A.) (A-2-89).....	68
<i>Fundamental Freedoms</i>	
C.D. v. M.N.R. (C.A.) (A-207-90).....	412
Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-1026-90).....	327
<i>Life, Liberty and Security</i>	
Gough v. Canada (National Parole Board) (T.D.) (T-2439-90).....	117
Tyler v. M.N.R. (C.A.) (A-2-89).....	68
Warriner v. Kingston Penitentiary (T.D.) (T-963-89).....	88
<i>Limitation Clause</i>	
Gough v. Canada (National Parole Board) (T-2439-90).....	117
Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-1026-90).....	327
Tyler v. M.N.R. (C.A.) (A-2-89).....	68
<b>CONSTRUCTION OF STATUTES</b>	
<i>See: Income tax, D-18, D-28; Trade marks, D-35</i>	
<b>CONTRACTS</b>	
<i>See: Income tax, D-27</i>	
<b>COPYRIGHT</b>	
<b>Infringement</b>	
Canadian Cable Television Assn. v. Canada (Copyright Board) (T-1662-90).....	D-1
Datafile Ltd. v. DRG Inc. (A-1278-87).....	D-37
<b>Practice</b>	
Nintendo of America Inc. v. 798824 Ontario Inc. (T-970-90).....	D-14
<b>CRIMINAL JUSTICE</b>	
<b>Evidence</b>	
Bailey v. Royal Canadian Mounted Police (CEA-1-90).....	D-1
<b>CROWN</b>	
<i>See also: Federal Court Jurisdiction, D-15; Practice, D-33</i>	
Alexander Band No. 134 v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) (T.D.) (T-3904-78).....	3
Bruno v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development), see Alexander Band No. 134 v. Canada (Minister of Indian Affairs and North- ern Development) (T.D.) (T-3904-78).....	3



**CROWN—Continued**

Laboratories Omega Ltée v. Canada (Attorney General) (A-832-85) .....	D-14
Langille v. Canada (Minister of Agriculture) (T-2088-80) .....	D-2
Turner v. Canada (T-1856-88) .....	D-2

**Contracts**

Claver v. Canada (A-1892-83) .....	D-25
Thomas v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) (T.D.) (T-1678-88) .....	433

**Torts**

Prudential Assurance Co. v. Canada (T-1094-88) .....	D-14
--	------

**Trusts**

Callie v. Canada (T.D.) (T-511-88) .....	379
--	-----

**CUSTOMS AND EXCISE**

*See also:* Practice, D-9

**Customs Act**

Pac Stainless Ltd. v. M.N.R. (A-403-89) .....	D-2
Podgurski v. M.N.R. (T-2095-89) .....	D-25

**Customs Tariff**

Xerox Canada Inc. v. Deputy M.N.R., Customs and Excise (A-945-88) .....	D-25
---	------

**Excise Tax Act**

Jager Industries Inc. v. Canada (T-768-88) .....	D-2
--	-----

**ENERGY**

Alexander Band No. 134 v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) (T.D.) (T-3904-78) .....	3
Bruno v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development), see Alexander Band No. 134 v. Canada (Minister of Indian Affairs and North- ern Development) (T.D.) (T-3904-78) .....	3

**ENVIRONMENT**

Carrier-Sekani (Tribal Council) v. Canada (Minister of the Environment) (T-2686-90) .....	D-14
Cree Regional Authority v. Canada (Federal Administrator) (T.D.) (T-451-91) ...	422
Provirotect Inc. v. Canada (Minister of the Environment) (T-3155-90) .....	D-2
Tetzlaff v. Canada (Minister of Environment) (T-2230-89) .....	D-37

**EQUITY**

Callie v. Canada (T.D.) (T-511-88) .....	379
--	-----

**EXPROPRIATION**

Canada (Attorney General) v. Thurston (T-1678-90) .....	D-15
---	------

**FEDERAL COURT JURISDICTION***See also:* Practice D-10**Trial Division**

Canadian Union of Public Employees v. Canadian Broadcasting Corp. (T.D.) (T-3366-90) .....	455
City Centre Properties Inc. v. Canada (A-612-89) .....	D-15
Courchene v. Canada (A-379-88) .....	D-15
Cree Regional Authority v. Canada (Federal Administrator) (T.D.) (T-451-91) ...	422
Heafey v. Canada (T-1311-90) .....	D-26
Hendricks v. Fairweather (T-2736-90) .....	D-2
Jock v. Canada (T.D.) (T-2056-90) .....	355
Kuganeswaran v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-575-87) .....	142
Montana Band v. Canada (T.D.) (T-617-85) .....	273

**FINANCIAL INSTITUTIONS**

National Bank of Canada v. Canada (Superintendent of Financial Institutions) (T-2064-89) .....	D-3
Saskatchewan Co-operative Credit Society Ltd. v. Canada (Minister of Finance) (A-232-90) .....	D-3

**FISHERIES**

Western Pulp Inc. v. Canada (Fisheries Officers, Fisheries Act) (A-1027-90) .....	D-3
---	-----

**HUMAN RIGHTS**

Canada (Attorney General) v. Canada (Human Rights Commission) (T-381-90) .	D-16
Kibale v. Canada (National Energy Board) (T-144-91) .....	D-16

**IMMIGRATION***See also:* Practice, D-9; Judicial review, D-29

Cabalfin v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (T-2081-89) .....	235
Coliseum v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (90-T-827) .....	D-3
El-Khoury v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-2674-90) ....	D-5
Fung v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-222-89) .....	D-4
Gaffney v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-253-89) .....	D-4
Hernandez v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-2449-90) ...	D-26
Hoang v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-220-89) .....	D-5
Lim v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-351-89) .....	D-4
Nguyen v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-3142-90) .....	D-16
Rajpaul v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-3289-90) .....	D-4
Uy v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-240-89) .....	201
Vidal v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-3080-90) .....	D-3
Wong v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (T-2871-90)	186

**Deportation**

El. Khoury v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-2674-90) ...	D-5
Hoang v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-220-89) .....	D-5
Husain v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-467-91) .....	D-37
Palacios v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-880-90) .....	D-17

**IMMIGRATION—Continued****Practice**

Aguiar v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (90-T-744) .....	D-26
Bembenek v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (91-T-30) .....	D-26
Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Guevara-Palacios (T-2464-90) .....	D-26
Lawal v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-549-90) .....	404
Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-1026-90) .....	327
Virk v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (90-T-826) .....	D-5
Wang v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-1136-88) .....	165
Winstanley v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-2171-89) ...	D-5

**Refugee Status**

Antunes v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-679-90) .....	D-17
Branderiz v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-251-90) .....	D-17
Camara v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-600-90) .....	D-17
Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Charles (A-417-90) .....	D-6
Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Paszkowska (A-724-90) ...	D-27
Hilo v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-260-90) .....	D-17
Konadu v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-1063-90) .....	D-27
Kuganeswaran v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-575-87) .....	142
Kumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-576-89) .....	D-37
Li v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-862-90) .....	D-17
Madelat v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-587-89) .....	D-5
Mirzabeglui v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-538-89) ...	D-17
Padilla v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-398-89) .....	D-5
Sebaratnam v. Canada (A-555-89) .....	D-26

**INCOME TAX**

Fraser v. M.N.R. (T-26-90) .....	D-18
Kuchirka v. M.N.R. (T-745-88) .....	D-18
Morena v. Canada (T-1271-89) .....	D-18

**Associated Companies**

Peter Cundill & Associates Ltd. v. Canada (T-2656-89) .....	D-6
---	-----

**Income Calculation***Capital Cost Allowance*

Canada v. Nomad Sand & Gravel Ltd. (C.A.) (A-786-87) .....	172
Tenneco Canada Inc. v. Canada (A-1165-87) .....	D-27

*Capital Gains*

Windrim v. Canada (T-1375-78) .....	D-27
-------------------------------------	------

*Deductions*

Canada v. Nomad Sand & Gravel Ltd. (C.A.) (A-786-87) .....	172
--	-----

**INCOME TAX—Continued****Income Calculation—Continued*****Deductions—Continued***

Canassurance Cie D'Assurance-Vie Inc. v. Canada (T-1684-88) .....	D-28
Cohen v. Canada (T-944-88) .....	D-6
Faulkner v. M.N.R. (T-1334-88) .....	D-18
Oriole Oil & Gas Ltd. v. Canada (T-2916-85) .....	D-27
Placer Dome Inc. v. Canada (T-1853-89) .....	D-18
Sutherland v. Canada (T-1856-89) .....	D-28
Taylor v. Canada (A-922-88) .....	D-28

***Income or Capital Gain***

Canada v. Regina Shoppers Mall Ltd. (A-543-90, A-544-90) .....	D-7
Westfair Foods Ltd. v. Canada (T-1972-89) .....	D-6
Woodward Stores Ltd. v. Canada (T-2569-89) .....	D-6

**Practice**

C.D. v. M.N.R. (C.A.) (A-207-90) .....	412
Tyler v. M.N.R. (C.A.) (A-2-89) .....	68

**Seizures**

Continental Nursery and Landscaping Ltd. (Re) (ITA-5101-89) .....	D-7
---	-----

**INDUSTRIAL DESIGN**

*See:* Copyright, D-37

**INJUNCTIONS**

*See also:* Trade marks, D-24, D-34

688863 Ontario Ltd. v. Landover Enterprises Inc. (T-151-91) .....	D-29
---	------

**JUDGES AND COURTS**

Gough v. Canada (National Parole Board) (T.D.) (T-2439-90) .....	117
Southam Inc. v. Canada (Attorney General) (T.D.) (T-3180-90) .....	292
Tetzlaff v. Canada (Minister of the Environment) (T.D.) (T-2230-89) .....	212

**JUDICIAL REVIEW**

*See also:* Public Service, p. 44; Immigration, D-3, D-5, D-16, D-37; Human Rights, D-16; Postal services, D-31

Jennings v. Canada (Human Rights Commission) (T-2544-90) .....	D-7
--	-----

**Applications to Review**

Aujla v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-520-89) .....	D-29
Berrahma v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-759-90) .....	D-29
Canada (Attorney General) v. Pattinson (A-464-89) .....	D-18
Morissette v. Canada (Employment and Immigration Commission) (A-692-90) .....	D-29
Navigation Harvey & Frères Inc. v. Société d'Habitation du Québec (A-442-87) .....	D-29
Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-1026-90) .....	D-7

**JUDICIAL REVIEW—Continued**

**Applications to Review—Continued**

Severud v. Canada (Employment and Immigration Commission) (C.A.) (A-463-90).....	318
Seymour Drywall (1979) Ltd. v. M.N.R. (A-40-90) .....	D-7

**Equitable Remedies**

*Declarations*

Cabalfin v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (T-2081-89) .....	235
Dene Nation v. Canada (T-148-91) .....	D-19
Montana Band of Indians v. Canada (C.A.) (A-127-90).....	30

**Prerogative Writs**

*Mandamus*

Chhokar v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-1635-90) .....	D-29
Cree Regional Authority v. Canada (Federal Administrator) (T.D.) (T-451-91) ...	422
Mokaka v. Canadian International Development Agency (T-209-91) .....	D-30

*Quo Warranto*

Jock v. Canada (T.D.) (T-2056-90) .....	355
---	-----

**LABOUR RELATIONS**

*See also:* Public Service, D-23

Ager v. United Transportation Union, Local 701 (A-185-89) .....	D-30
International Assn. of Machinists and Aerospace Workers, Local 148 v. Air Canada (T-2872-90) .....	D-8
Maritime Employees Assn. v. Harvey (A-553-90) .....	D-30
Maritime Employees Assn. v. Murray (A-728-90).....	D-30

**MARITIME LAW**

Canadian Imperial Bank of Commerce v. Orion Expedito (The) (T-2421-90).....	D-8
Continental Bank of Canada v. British Columbia (A-497-88) .....	D-38
Versatile Pacific Shipyards Inc. v. Prince George (The) (A-136-90) .....	D-19

**Creditors and Debtors**

Lewmar Marine Ltd. v. C & C Industries Ltd. (T-2720-90) .....	D-19
---	------

**Practice**

Bonnieman v. Claire Anne II (The) (T-2491-89) .....	D-30
Bourhill v. Princess Marguerite (The) (T-3105-90) .....	D-8
False Creek Tugboats Ltd. v. Mary MacKin (The) (T-508-91) .....	D-30

**MORTGAGES***See: Maritime Law, D-19***NATIVE PEOPLES**

Deer v. Mohawk Council of Kahnawake (T.D.) (T-1843-89).....	18
Thomas v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) (T.D.) (T-1678-88).....	433

**Elections**

Jock v. Canada (T.D.) (T-2056-90).....	355
Six Nations Traditional Hereditary Chiefs v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs) (T-1144-88).....	D-30

**Lands**

Alexander Band No. 134 v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) (T.D.) (T-3904-78).....	3
Bruno v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development), see Alexander Band No. 134 v. Canada (Minister of Indian Affairs and North- ern Development) (T.D.) (T-3904-78).....	3
Cree Regional Authority v. Canada (Federal Administrator) (T.D.) (T-451-91) ...	422
Montana Band v. Canada (T.D.) (T-617-85).....	273
Montana Band of Indians v. Canada (C.A.) (A-127-90).....	30

**OFFICIAL LANGUAGES**

St-Onge v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages) (T-3100-90).....	D-19
--	------

**PAROLE**

Gough v. Canada (National Parole Board) (A-1107-90).....	D-20
Gough v. Canada (National Parole Board) (T.D.) (T-2439-90).....	117
Sorgente v. Canada (National Parole Board) (T-178-91).....	D-8

**PATENTS**

Bazz Inc. v. Distributions Nadair Inc. (T-453-90).....	D-8
--	-----

**Infringement**

Diversified Products Corp. v. Tye-Sil Corp. (A-801-87).....	D-20
---	------

**Practice**

Flexi-Coil Ltd. v. F.P. Bourgault Industries Air Seeder Division Ltd. (A-615-90)..	D-20
Imperial Chemical Industries PLC v. Novopharm Ltd. (A-151-87).....	D-31
Imperial Chemical Industries PLC v. Novopharm Ltd. (A-151-87).....	D-38
P.L.G. Research Ltd. v. Jannock Steel Fabricating Co. (T-91-90).....	D-38
Sandoz Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents) (T-2561-90).....	D-20

**PENITENTIARIES**

Comeau v. Canada (Correctional Service) (T-3348-90).....	D-31
Morin v. Gauthier (T-2613-90).....	D-8

**PENITENTIARIES—Continued**

Protective Custody Inmates, Kent Institution v. Warden, Kent Institution (T-3051-90).....	D-20
Warriner v. Kingston Penitentiary (T.D.) (T-963-89).....	88

**POSTAL SERVICES**

Rural Dignity of Canada v. Canada Post Corp. (T-2427-90) .....	D-31
--	------

**PRACTICE**

*See also:* Combines, D-14; Criminal Justice, D-1; Judicial review, D-7; Labour Relations, D-8; Public Service, D-11; Telecommunications, D-39

Dégarie v. Ste. Anne des Plaines Institution (T-3386-90).....	D-8
Scribe v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs) (T-248-91).....	D-20
St-Onge v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-1212-90).....	D-20

**Contempt of Court**

Nintendo of America Inc. v. 798824 Ontario Inc. (T-970-90).....	D-9
---	-----

**Costs**

Anderson v. Nascor Inc. (T-405-90).....	D-32
Canada v. Ontario (Development Corp.) (A-48-89) .....	D-21
Doyle v. Canada (T-1106-83).....	D-21
Ferland v. Lemieux (T-1731-85).....	D-32
Florence v. Canada (Air Transport Committee) (T-1080-88) .....	D-32
Hansen v. Ocean Victoria (The) (T-1750-83) .....	D-9
I.C.I. Americas Inc. v. Canada (T-1116-88).....	D-32
Johnson v. Canada (T-442-87).....	D-21
Kibale v. Canada (Secretary of State) (T-2090-90).....	D-9
Olson v. Canada (T.D.) (T-159-90).....	61
Preston v. 20th Century Fox Canada Ltd. (T-142-85).....	D-21
Salamon v. Canada (T-626-90).....	D-32
Splane v. Canada (T-1784-88) .....	D-21
Stiga Aktiebolag v. SLM Canada Inc. (T-2698-87) .....	D-21
Swaminathan v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-111-90).....	D-21
W.H. Brady Co. v. Letraset Canada Ltd. (C.A.) (A-490-89).....	226

**Discovery***Examination for Discovery*

Canada v. Meyer (T-2004-90).....	D-22
John Labatt Ltd. v. Starline Agencies Inc. (T-87-89).....	D-32

*Production of Documents*

Bleasdale v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-341-90).....	D-9
Cie de Construction Gaston Picard Inc. v. Canada (Minister of Supply and Services) (T-1451-87) .....	D-9
Weber v. Canada (T-2527-87) .....	D-32

**PRACTICE—Continued****Evidence**

C.D. v. M.N.R. (C.A.) (A-207-90).....	412
---------------------------------------	-----

**“Gap” Rule**

M.N.R. v. Continental Nursery & Landscaping Ltd. (ITA-502-90) .....	D-9
Tetzlaff v. Canada (Minister of the Environment) (T.D.) (T-2230-89) .....	206
Tetzlaff v. Canada (Minister of the Environment) (T.D.) (T-2230-89) .....	212

**Judgments and Orders***Default Judgment*

Hodson v. Canada (T-3267-90).....	D-38
-----------------------------------	------

*Reversal or Variation*

Mahurkar v. Vas-Cath of Canada ltd. (T-1128-86).....	D-33
R.W. Blacktop Ltd. v. Artec Equipment Co. (T-859-90) .....	D-38
Tonka Corp. v. Rees (T-2552-90) .....	D-22
W.H. Brady Co. v. Letraset Canada Ltd. (C.A.) (A-490-89).....	226

**Parties***Intervention*

Tetzlaff v. Canada (Minister of the Environment) (T.D.) (T-2230-89) .....	206
Tetzlaff v. Canada (Minister of the Environment) (T.D.) (T-2230-89) .....	212

*Joinder*

Carrier-Sekani (Tribal Council) v. Canada (Minister of the Environment) (T-2686-90).....	D-22
Montana Band v. Canada (T.D.) (T-617-85) .....	273
Save The Bulkley Society v. Canada (Minister of the Environment) (T-2687-90)..	D-33
Tetzlaff v. Canada (Minister of the Environment) (T.D.) (T-2230-89) .....	212

*Standing*

Batchewana Band v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs) (T-3038-90).....	D-22
Canada v. Vaughan (T-2208-88) .....	D-33
Canada (Human Rights Commission) v. Miller (T-798-90).....	D-22
Canadian Union of Public Employees v. Canadian Broadcasting Corp. (T.D.) (T-3366-90).....	455

*Third Party Proceedings*

Montana Band v. Canada (T.D.) (T-617-85) .....	273
--	-----

**Pleadings**

Husky Oil Ltd. v. Canada (T-72-87).....	D-9
Morin v. Canada (T-1129-86).....	D-33



**PRACTICE—Continued****Pleadings—Continued***Amendments*

Jelin Investments Ltd. v. Signtech Inc. (T-5486-79).....	D-10
McAllister Towing & Salvage Inc. v. Nova Marine Ltd. (T-2014-86).....	D-33

*Motion to Strike*

Canadian Union of Public Employees v. Canadian Broadcasting Corp. (T.D.) (T-3366-90).....	455
Cormier v. Canada (T-399-87).....	D-33
Deer v. Mohawk Council of Kahnawake (T.D.) (T-1843-89).....	18
Eccleston v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-3182-90).....	D-22
Montana Band of Indians v. Canada (C.A.) (A-127-90).....	30
Olympia Janitorial Supplies (136971 Canada Ltd.) v. Canada (Minister of Public Works) (A-115-90).....	D-23
Robichaud v. Canada (Attorney General) (T-2028-90).....	D-10
Stromotich v. Canada (T-1627-90).....	D-22
Van Hee v. Canada (T-3230-90).....	D-33

*Particulars*

P.L.G. Research Ltd. v. Jannock Steel Fabricating Co. (T-91-90).....	D-10
--	------

**Representation by Attorney or Solicitor**

I*AM—Institute of Applied Methodology v. M.N.R. (T-1838-90).....	D-10
Titan Linkabit Corp. v. S.E.E. See Electronic Engineering Inc. (T-129-91).....	D-39

**Res judicata**

Wong v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (T-2871-90)	186
--	-----

**Service**

McCain Food Ltd. v. Seatrade Groningen V.B. (A-67-89).....	D-10
Newfoundland Processing Ltd. v. South Angela Shipping Inc. (T-584-90).....	D-10

**Stay of Proceedings**

Bastien v. Canada (T-5302-82).....	D-34
Mil Vickers Inc. v. Saint John Shipbuilding Ltd. (T-2387-90).....	D-23
Renaud Cointreau & Cie v. Cordon Bleu International Ltée (T-2134-90).....	D-23
Southam Inc. v. Canada (Attorney General) (T.D.) (T-3180-90).....	292

**Variation of Time**

Capelos v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (89-T-657).....	D-34
D & J Coustas Shipping Co. S.A. v. Cia de Navegacao Lloyd Brasileiro (T-2922-90).....	D-10

	PAGE
<b>PUBLIC SERVICE</b>	
<i>See also: Veterans, p. 379</i>	
<b>Appeals</b>	
Canada v. MacKintosh (A-116-91) .....	D-11
<b>Jurisdiction</b>	
Jourdain v. Canada (Treasury Board) (A-429-89).....	D-11
Public Service Alliance of Canada v. Canada (A-325-90).....	D-23
<b>Selection Process</b>	
<i>Competitions</i>	
Canada (Attorney General) v. Blashford (C.A.) (A-560-89).....	44
<b>RAILWAYS</b>	
Nova Scotia (Department of Transportation and Communications) v. Canadian National Railway Co. (A-32-91).....	D-23
<b>REAL PROPERTY</b>	
<i>See: Income tax, D-27</i>	
<b>RESTITUTION</b>	
Hosking Diamond Drilling Co. Ltd. v. Canada (T-1705-88) .....	D-34
<b>TELECOMMUNICATIONS</b>	
Telecommunications Workers' Union of Canada (Radio-Television and Telecommunications Commission) (T-2911-90).....	D-39
<b>TRADE MARKS</b>	
<i>See also: Injunctions, D-29</i>	
Nu-Vista International Inc. v. Nu-Vista Professionals Inc. (T-537-90).....	D-34
<b>Expungement</b>	
Coscelebre, Inc. v. Canada (Registrar of Trade Marks) (T-124-88).....	D-11
Fibergrid Inc. v. Pricioneering Ltd. (T-684-90).....	D-34
<b>Infringement</b>	
H.J. Heinz Company of Canada Ltd. v. Edan Foods Sales Inc. (T-3228-90) .....	D-24
Optagest Canada Inc. v. Services Optométriques Inc. (S.O.I.) (T-1976-89).....	D-35
<b>Practice</b>	
Etat Français v. Minitel Communications Corp. (T-3482-90).....	D-35
Tonka Corp. v. Toronto Sun Publishing Corp. (T-2832-90).....	D-11
Unitel Communications Inc. v. Bell Canada (T-718-91).....	D-35

**TRADE MARKS—Continued****Registration**

Piattelli v. A. Gold & Sons Ltd. (T-905-90) .....	D-35
---	------

**TRUSTS**

Canada (Attorney General) v. LeBlanc (C.A.) (A-352-90) .....	257
--	-----

**UNEMPLOYMENT INSURANCE**

Canada v. Cyr (A-473-90) .....	D-11
Canada (Attorney General) v. LeBlanc (C.A.) (A-352-90) .....	257
Chabot-Lavallée v. Canada (Employment and Immigration Commission) (A-689-90) .....	D-36
Paradis v. M.N.R. (A-533-89) .....	D-24
Severud v. Canada (Employment and Immigration Commission) (C.A.) (A-463-90) .....	318

**VETERANS**

Callie v. Canada (T.D.) (T-511-88) .....	379
Dilworth v. Canada (Veterans Affairs) (T-887-89) .....	D-36
Kiely v. Canada (Veterans Appeal Board) (A-484-90) .....	D-24



## TABLE DES MATIÈRES DU VOLUME

PAGE

### ACCÈS À L'INFORMATION

Gough c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2439-90).....	117
--	-----

### ANCIENS COMBATTANTS

Callie c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-511-88) .....	379
Dilworth c. Canada (Anciens combattants) (T-887-89) .....	F-31
Kiely c. Canada (Tribunal d'appel des anciens combattants) (A-484-90).....	F-15

### ANTIDUMPING

Weldwood of Canada Ltd. c. Canada (Sous-ministre M.R.N., Douanes et Accise) (T-2864-90).....	F-1
---	-----

### ASSURANCE-CHÔMAGE

Canada c. Cyr (A-473-90) .....	F-1
Canada (Procureur général) c. LeBlanc (C.A.) (A-352-90) .....	257
Chabot-Lavallée c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration) (A-689-90).....	F-31
Paradis c. M.R.N. (A-553-89) .....	F-15
Severud c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration) (C.A.) (A-463-90).....	318

### BIENS IMMEUBLES

*Voir: Impôt sur le revenu, F-37*

### BREVETS

Bazz Inc. c. Distributions Nadair Inc. (T-453-90).....	F-1
--	-----

### Contrefaçon

Diversified Products Corp. c. Tye-Sil Corp. (A-801-87).....	F-15
---	------

### Pratique

Flexi-Coil Ltd. c. F.P. Bourgault Industries Air Seeder Division Ltd. (A-615-90) .	F-15
Imperial Chemical Industries PLC c. Novopharm Ltd. (A-151-87) .....	F-31
Imperial Chemical Industries PLC c. Novopharm Ltd. (A-151-87) .....	F-45
P.L.G. Research Ltd. c. Jannock Steel Fabricating Co. (T-91-90) .....	F-45
Sandoz Ltd. c. Canada (Commissaire des brevets) (T-2561-90) .....	F-15

**CHEMINS DE FER**

Nouvelle-Écosse (Ministère des Transports et des Communications) c. Cie des chemins de fer nationaux du Canada (A-32-91).....	F-16
---	------

**CITOYENNETÉ**

Glynos c. Canada (T-1933-89).....	F-16
-----------------------------------	------

**Conditions de résidence**

Leung Re (T-458-90).....	F-31
--------------------------	------

**Connaissances requises**

Ahmed (Re) (T-1424-90).....	F-32
Majidy (Re) (T-2232-89).....	F-16

**COALITIONS**

Canada (Procureur général) c. Assoc. canadienne de l'immeuble (T-2442-90).....	F-17
Southam Inc. c. Canada (Procureur général) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-3180-90).....	292

**CODE CIVIL**

*Voir: Pratique, F-43*

**COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE**

*Voir aussi: Pratique, F-13*

**Section de première instance**

Administration régionale crie c. Canada (Administrateur fédéral) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-451-91).....	422
Bande Montana c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-617-85).....	273
City Centre Properties Inc. c. Canada (A-612-89).....	F-17
Courchene c. Canada (A-379-88).....	F-17
Heafey c. Canada (T-1311-90).....	F-32
Hendricks c. Fairweather (T-2736-90).....	F-1
Jock c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2056-90).....	355
Kuganeswaran c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-575-87).....	142
Syndicat canadien de la Fonction publique c. Société Radio-Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-3366-90).....	455

**CONTRATS**

*Voir: Impôt sur le revenu, F-36*

**CONTRÔLE JUDICIAIRE**

*Voir aussi: Droits de la personne, F-19, F-20; Fonction publique, p. 44; Immigration, F-4, F-7, F-22, F-46; Postes, F-40*

Jennings c. Canada (Commission des droits de la personne) (T-2544-90).....	F-1
--	-----

**CONTRÔLE JUDICIAIRE—Suite****Brefs de prérogative***Mandamus*

Administration régionale crie c. Canada (Administrateur fédéral) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-451-91) .....	422
Chhokar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'immigration) (T-1635-90) .....	F-32
Mokaka c. Agence canadienne de développement international (T-209-91) .....	F-32

*Quo warranto*

Jock c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2056-90) .....	355
--	-----

**Demands de révision**

Aujla c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-520-89) .....	F-32
Berrahma c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-759-90) .....	F-33
Canada (Procureur général) c. Pattinson (A-464-89) .....	F-18
Morissette c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration) (A-692-90) .....	F-32
Navigation Harvey & Frères Inc. c. Société d'Habitation du Québec (A-442-87) .....	F-32
Pacific Press Ltd. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-1026-90) .....	F-2
Severud c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration) (C.A.) (A-463-90) .....	318
Seymour Drywall (1979) Ltd. c. M.R.N. (A-40-90) .....	F-2

**Recours en equity***Jugements déclaratoires*

Bande indienne de Montana c. Canada (C.A.) (A-127-90) .....	30
Cabalfin c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2081-89) .....	235
Nation Denée c. Canada (T-148-91) .....	F-18

**COURONNE**

*Voir aussi:* Compétence de la Cour fédérale, F-17; Pratique, F-43

Bande Alexander (N° 134) c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-3904-78) .....	3
Bruno c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), voir Bande Alexander (N° 134) c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-3904-78) .....	3
Laboratoires Omega Ltée c. Canada (Procureur général) (A-832-85) .....	F-18
Langille c. Canada (Ministre de l'Agriculture) (T-2088-80) .....	F-2
Turner c. Canada (T-1856-88) .....	F-2

**Contrats**

Claver c. Canada (A-1892-83) .....	F-33
Thomas c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1678-88) .....	433

**COURONNE—Suite****Fiducies**

Callie c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-511-88) .....	379
---	-----

**Responsabilité délictuelle**

Prudential Assurance Co. c. Canada (T-1094-88) .....	F-18
--	------

**DESSINS INDUSTRIELS**

*Voir:* Droit d'auteur, F-45

**DOUANES ET ACCISE**

*Voir aussi:* Pratique, F-12

**Loi sur la taxe d'accise**

Jager Industries Inc. c. Canada (T-768-88) .....	F-2
--	-----

**Loi sur les douanes**

Pac Stainless Ltd. c. M.R.N. (A-403-89) .....	F-3
Podgurski c. M.R.N. (T-2095-89) .....	F-33

**Tarif des douanes**

Xerox Canada Inc. c. Sous-ministre M.R.N., Douanes et Accise (A-945-88) .....	F-33
---	------

**DROIT CONSTITUTIONNEL**

*Voir aussi:* Forces armées, F-21; Pénitenciers, F-25

**Charte des droits***Clause limitative*

Gough c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2439-90) .....	117
Pacific Press Ltd. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-1026-90) .....	327
Tyler c. M.R.N. (C.A.) (A-2-89) .....	68

*Libertés fondamentales*

C.D. c. M.R.N. (C.A.) (A-207-90) .....	412
Pacific Press Ltd. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-1026-90) .....	327

*Procédures criminelles et pénales*

Tyler c. M.R.N. (C.A.) (A-2-89) .....	68
Warriner c. Pénitencier de Kingston (1 <sup>re</sup> inst.) (T-963-89) .....	88

*Recours*

Tyler c. M.R.N. (C.A.) (A-2-89) .....	68
---------------------------------------	----



**DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite****Charte des droits—Suite***Vie, liberté et sécurité*

Gough c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2439-90).....	117
Tyler c. M.R.N. (C.A.) (A-2-89).....	68
Warriner c. Pénitencier de Kingston (1 <sup>re</sup> inst.) (T-963-89).....	88

**DROIT D'AUTEUR**

Datafile Ltd. c. DRG Inc. (T-1278-87).....	F-45
--	------

**Contrefaçon**

Assoc. canadienne de télévision par câble c. Canada (Commission du droit d'auteur) (T-1662-90).....	F-3
--	-----

**Pratique**

Nintendo of America Inc. c. 798824 Ontario Inc. (T-970-90).....	F-18
---	------

**DROIT MARITIME**

Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Orion Expedito (T-2421-90).....	F-3
Continental Bank of Canada c. Colombie-Britannique (A-497-88).....	F-46
Versatile Pacific Shipyards Inc. c. Prince George (Le) (A-136-90).....	F-18

**Créanciers et débiteurs**

Lewmar Marine Ltd. c. C & C Industries Ltd. (T-2720-90).....	F-19
--	------

**Pratique**

Bonnieman c. Claire Anne II (Le) (T-2491-89).....	F-33
Bourhill c. Princess Marguerite (Le) (T-3105-90).....	F-3
False Creek Tugboats Ltd. c. Mary Mackin (Le) (T-508-91).....	F-34

**DROITS DE LA PERSONNE**

Canada (Procureur général) c. Canada (Commission des droits de la personne) (T-381-90).....	F-19
Kibale c. Canada (Office national de l'énergie) (T-144-91).....	F-20

**ÉNERGIE**

Bande Alexander (N° 134) c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-3904-78).....	3
Bruno c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), voir Bande Alexander (N° 134) c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-3904-78).....	3

**ENVIRONNEMENT**

Administration régionale crie c. Canada (Administrateur fédéral) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-451-91).....	422
---	-----

**ENVIRONNEMENT—Suite**

Carrier-Sekani (Tribal Council) c. Canada (Ministre de l'Environnement) (T-2686-90) .....	F-20
Provirotect Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement) (T-3155-90) .....	F-4
Tetzlaff c. Canada (Ministre de l'Environnement) (T-2230-89) .....	F-46

**EQUITY**

Callie c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-511-88) .....	379
---	-----

**EXPROPRIATION**

Canada (Procureur général) c. Thurston (T-1678-90) .....	F-21
--	------

**FIDUCIE**

Canada (Procureur général) c. LeBlanc (C.A.) (A-352-90) .....	257
---	-----

**FONCTION PUBLIQUE**

*Voir aussi:* Anciens combattants, p. 379

**Appels**

Canada c. MacKintosh (A-116-90) .....	F-4
---------------------------------------	-----

**Compétence**

Alliance de la Fonction publique du Canada c. Canada (A-325-90) .....	F-21
Jourdain c. Canada (Conseil du Trésor) (A-429-89) .....	F-4

**Processus de sélection****Concours**

Canada (Procureur général) c. Blashford (C.A.) (A-560-89) .....	44
---	----

**FORCES ARMÉES**

Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada c. Canada (Ministre de la Défense nationale) (T-3039-89) .....	F-21
--	------

**HYPOTHÈQUES**

*Voir:* Droit maritime, F-18, F-19

**IMMIGRATION**

*Voir aussi:* Contrôle judiciaire, F-32, F-33; Pratique, F-11

Cabalfin c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2081-89) .....	235
Coliseum c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (90-T-827) .....	F-4
Fung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-222-89) .....	F-5
Gaffney c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-253-89) .....	F-5
Hernandez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-2449-90) .....	F-34
Lim c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-351-89) .....	F-6
Nguyen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-3142-90) .....	F-22
Rajpaul c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-3289-90) .....	F-5
Uy c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-240-89) .....	201

**IMMIGRATION—Suite**

Vidal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-3080-90) .....	F-4
Wong c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2871-90) .....	186

**Expulsion**

El-Khoury c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-2674-90).....	F-6
Hoang c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-220-89).....	F-6
Husain c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-467-91).....	F-46
Palacios c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-880-90) .....	F-22

**Pratique**

Aguilar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (90-T-744).....	F-34
Bembenek c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (91-T-30) .....	F-34
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Guevara-Palacios (T-2464-90) .....	F-34
Lawal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-549-90) ...	404
Pacific Press Ltd. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-1026-90).....	327
Virk c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (90-T-826) .....	F-7
Wang c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-1136-88)..	165
Winstanley c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-2171-89) .....	F-6

**Statut de réfugié**

Antunes c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-679-90) .....	F-23
Branderiz c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-251-90).....	F-23
Camara c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-600-90).....	F-23
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Charles (A-417-90) .....	F-7
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Paszkowska (A-724-90) .....	F-35
Hilo c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-260-90).....	F-23
Konadu c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-1063-90).....	F-35
Kuganeswaran c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-575-87).....	142
Kumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-576-89) .....	F-46
Li c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-862-90).....	F-23
Madelat c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-537-89) .....	F-7
Mirzabeglui c. Canada (Ministre de l'Emploi de l'Immigration) (A-538-89).....	F-22
Padilla c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-398-89) .....	F-7
Sebaratnam c. Canada (A-555-89).....	F-35

**IMPÔT SUR LE REVENU**

Fraser c. M.R.N. (T-26-90).....	F-24
Kuchirka c. M.R.N. (T-745-88).....	F-23
Morena c. Canada (T-1271-89) .....	F-24

**Calcul du revenu***Allocation du coût en capital*

Canada c. Nomad Sand & Gravel Ltd. (C.A.) (A-786-87) .....	172
Tenneco Canada Inc. c. Canada (A-1165-87) .....	F-35

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite****Calcul du revenu—Suite***Déductions*

Canada c. Nomad Sand & Gravel Ltd. (C.A.) (A-786-87) .....	172
Canassurance, Cie d'Assurance-Vie Inc. c. Canada (T-1684-88) .....	F-36
Cohen c. Canada (T-944-88) .....	F-7
Faulkner c. M.R.N. (T-1334-88) .....	F-24
Oriole Oil & Gas Ltd. c. Canada (T-2916-85) .....	F-36
Placer Dome Inc. c. Canada (T-1853-89) .....	F-24
Sutherland c. Canada (T-1856-89) .....	F-36
Taylor c. Canada (A-922-88) .....	F-36

*Gains en capital*

Windrim c. Canada (T-1375-78) .....	F-37
-------------------------------------	------

*Revenu ou gain en capital*

Canada c. Regina Shoppers Mall Ltd. (A-543-90, A-544-90) .....	F-8
Westfair Foods Ltd. c. Canada (T-1972-89) .....	F-7
Woodward Stores Ltd. c. Canada (T-2569-89) .....	F-8

**Compagnies associées**

Peter Cundill & Associates Ltd. c. Canada (T-2656-89) .....	F-9
---	-----

**Pratique**

C.D. c. M.R.N. (C.A.) (A-207-90) .....	412
Tyler c. M.R.N. (C.A.) (A-2-89) .....	68

**Saisies**

Continental Nursery and Landscaping Ltd. (Re) (ITA-5101-89) .....	F-9
---	-----

**INJONCTIONS**

*Voir aussi:* Marques de commerce, F-25, F-38

688863 Ontario Ltd. c. Landover Enterprises Inc. (T-151-91) .....	F-37
---	------

**INSTITUTIONS FINANCIÈRES**

Banque Nationale du Canada c. Canada (Surintendant des institutions financières) (T-2064-89) .....	F-9
Saskatchewan Co-operative Credit Society Ltd. c. Canada (Ministre des Finances) (A-232-90) .....	F-9

**INTERPRÉTATION DES LOIS**

*Voir:* Impôt sur le revenu, F-24; F-37; Marques de commerce, F-39

**JUGES ET TRIBUNAUX**

Gough c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2439-90) .....	117
Southam Inc. c. Canada (Procureur général) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-3180-90) .....	292
Tetzlaff c. Canada (Ministre de l'Environnement) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2230-89) .....	212

**JUSTICE CRIMINELLE ET PÉNALE****Preuve**

Bailey c. Gendarmerie Royale du Canada (CEA-1-90).....	F-10
--	------

**LANGUES OFFICIELLES**

St-Onge c. Canada (Commissariat aux langues officielles) (T-3100-90).....	F-24
---	------

**LIBÉRATION CONDITIONNELLE**

Gough c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (A-1107-90).....	F-25
Gough c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2439-90).....	117
Sorgente c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (T-178-91).....	F-10

**MARQUES DE COMMERCE**

*Voir aussi: Injonctions, F-37*

Nu-Vista International Inc. c. Nu-Vista Professionals Inc. (T-537-90).....	F-38
--	------

**Contrefaçon**

H.J. Heinz Company of Canada Ltd. c. Edan Foods Sales Inc. (T-3228-90).....	F-25
Optagest Canada Inc. c. Services Optométriques Inc. (S.O.I.) (T-1976-89).....	F-38

**Enregistrement**

Piatelli c. Gold & Sons Ltd. (T-905-90).....	F-38
--	------

**Pratique**

État français c. Minitel Communications Corp. (T-3482-90).....	F-39
Tonka Corp. c. Toronto Sun Publishing Corp. (T-2832-90).....	F-10
Unitel Communications Inc. c. Bell Canada (T-718-91).....	F-39

**Radiation**

Coscelebre, Inc. c. Canada (Registraire des marques de commerce) (T-124-88) ....	F-10
Fibergrid Inc. c. Precisioneering Ltd. (T-684-90).....	F-39

**PÊCHES**

Western Pulp Inc. c. Canada (Agents des pêches, Loi sur les pêches) (A-1027-90)	F-10
---	------

**PÉNITENCIERS**

Comeau c. Canada (Service correctionnel) (T-3348-90).....	F-39
Détenus en isolement protecteur, établissement Kent c. directeur de l'établis- sement Kent (T-3051-90).....	F-25
Morin c. Gauthier (T-2613-90).....	F-11
Warriner c. Pénitencier de Kingston (1 <sup>re</sup> inst.) (T-963-89).....	88

**PEUPLES AUTOCHTONES**

Deer c. Conseil Mohawk de Kahnawake (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1843-89).....	18
--	----

**PEUPLES AUTOCHTONES—Suite**

Thomas c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1678-88).....	433
---	-----

**Élections**

Chefs héréditaires traditionnels des six nations c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) (T-1144-88).....	F-40
Jock c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2056-90).....	355

**Terres**

Administration régionale crie c. Canada (Administrateur fédéral) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-451-91).....	422
Bande Alexander (N <sup>o</sup> 134) c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-3904-78).....	3
Bande indienne de Montana c. Canada (C.A.) (A-127-90).....	30
Bande Montana c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-617-85).....	273
Bruno c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), voir Bande Alexander (N <sup>o</sup> 134) c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-3904-78).....	3

**POSTES**

Dignité rurale du Canada c. Société canadienne des postes (T-2427-90).....	F-40
--	------

**PRATIQUE**

*Voir aussi:* Coalitions, F-17; Contrôle judiciaire, F-1, F-2; Droit d'auteur, F-18; Fonction publique, F-4; Justice criminelle et pénale, F-9; Relations du travail, F-14; Télécommunications, F-47

Dégarie c. Établissement de Ste-Anne-des-Plaines (T-3386-90).....	F-11
Scribe c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord) (T-248-91).....	F-26
St-Onge c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-1212-90).....	F-25

**Communication de documents et interrogatoire préalable***Interrogatoire préalable*

Canada c. Meyer (T-2004-90).....	F-26
John Labatt Ltd. c. Starline Agencies Inc. (T-87-89).....	F-41

*Production de documents*

Bleasdale c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-341-90).....	F-11
Cie de Construction Gaston Picard Inc. c. Canada (Ministre des Approvisionnements et Services) (T-1451-87).....	F-11
Weber c. Canada (T-2527-87).....	F-41

**Frais et dépens**

Anderson c. Nascor Inc. (T-405-90).....	F-41
Canada c. Ontario (Soc. de développement) (A-48-89).....	F-27
Doyle c. Canada (T-1106-83).....	F-26
Ferland c. Lemieux (T-1731-85).....	F-41
Florence c. Canada (Comité des Transports aériens) (T-1080-88).....	F-41

**PRATIQUE—Suite****Frais et dépens—Suite**

Hansen c. Ocean Victoria (Le) (T-1750-83).....	F-11
I.C.I. Americas Inc. c. Canada (T-1116-88).....	F-41
Johnson c. Canada (T-442-87).....	F-26
Kibale c. Canada (Secrétariat D'État) (T-2090-90).....	F-12
Olson c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-159-90).....	61
Preston c. 20th Century Fox Canada Ltd. (T-142-85).....	F-26
Salamon c. Canada (T-626-90).....	F-42
Splane c. Canada (T-1784-88).....	F-27
Stiga Aktiebolag c. SLM Canada Inc. (T-2698-87).....	F-26
Swaminathan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-111-90) ...	F-27
W.H. Brady Co. c. Letraset Canada ltd. (C.A.) (A-490-89).....	226

**Jugements et ordonnances***Annulation ou modification*

Mahurkar c. Vas-Cath of Canada Ltd. (T-1128-86).....	F-42
R.W. Blacktop Ltd. c. Artec Equipment Co. (T-859-90).....	F-47
Tonka Corp. c. Rees (T-2552-90).....	F-27
W.H. Brady Co. c. Letraset Canada Ltd. (C.A.) (A-490-89).....	226

*Jugement par défaut*

Hodgson c. Canada (T-3267-90).....	F-47
------------------------------------	------

**Modification des délais**

Capelos c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (89-T-657).....	F-42
D & J Coustas Shipping Co. S.A. c. Cia de Navegacao Lloyd Brasileiro (T-2922-90).....	F-12

**Outrage au tribunal**

Nintendo of America Inc. c. 798824 Ontario Inc. (T-970-90).....	F-12
---	------

**Parties**

Bande Montana c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-617-85).....	273
---	-----

*Intervention*

Tetzlaff c. Canada (Ministre de l'Environnement) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2230-89).....	206
Tetzlaff c. Canada (Ministre de l'Environnement) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2230-89).....	212

*Jonction*

Bande Montana c. Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-617-85).....	273
Carrier-Sekani (Conseil Tribal) c. Canada (Ministre de l'Environnement) (T-2686-90).....	F-27
Save The Bulkley Society c. Canada (Ministre de l'Environnement) (T-2687-90)...	F-42
Tetzlaff c. Canada (Ministre de l'Environnement) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2230-89).....	212

**PRATIQUE—Suite****Parties—Suite***Qualité pour agir*

Bande Batchewana c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord) (T-3038-90).....	F-28
Canada c. Vaughan (T-2208-88) .....	F-42
Canada (Commission des droits de la personne) c. Miller (T-798-90).....	F-28
Syndicat canadien de la Fonction publique c. Société Radio-Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-3366-90).....	455

**Plaidoiries**

Husky Oil Ltd. c. Canada (T-72-87) .....	F-12
Morin c. Canada (T-1129-86) .....	F-43

*Détails*

P.L.G. Research Ltd. c. Soc. de fabrication d'acier Jannock (T-91-90) .....	F-12
---	------

*Modifications*

Jelin Investments Ltd. c. Signtech Inc. (T-5486-79).....	F-13
McAllister Towing & Salvage Inc. c. Nova Marine Ltd. (T-2014-86) .....	F-43

*Requête en radiation*

Bande indienne de Montana c. Canada (C.A.) (A-127-90).....	30
Cormier c. Canada (T-399-87).....	F-43
Deer c. Conseil Mohawk de Kahnawake (1 <sup>re</sup> inst.) (T-1843-89).....	18
Eccleston c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-3182-90).....	F-28
Olympia Janitorial Supplies (136971 Canada Ltd.) c. Canada (Ministre des Tra- vaux publics) (A-115-90) .....	F-28
Robichaud c. Canada (Procureur général) (T-2028-90).....	F-13
Stromotich c. Canada (T-1627-90).....	F-28
Syndicat canadien de la Fonction publique c. Société Radio-Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-3366-90).....	455
Van Hee c. Canada (T-3230-90).....	F-43

**Preuve**

C.D. c. M.R.N. (C.A.) (A-207-90).....	412
---------------------------------------	-----

**Règles des «lacunes»**

M.R.N. c. Continental Nursery & Landscaping Ltd. (ITA-502-90) .....	F-13
Tetzlaff c. Canada (Ministre de l'Environnement) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2230-89).....	206
Tetzlaff c. Canada (Ministre de l'Environnement) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2230-89).....	212

**Représentation par procureur ou *solicitor***

I*AM—Institute of Applied Methodology c. M.R.N. (T-1838-90).....	F-13
Titan Linkabit Corp. c. S.E.E. See Electronic Engineering Inc. (T-129-91).....	F-47



**PRATIQUE—Suite****Res judicata**

Wong c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-2871-90) .....	186
--	-----

**Signification**

McCain Food Ltd. c. Seatrade Groningen V.B. (A-67-89) .....	F-14
Newfoundland Processing Ltd. c. South Angela Shipping Inc. (T-584-90) .....	F-13

**Suspension d'instance**

Bastien c. Canada (T-5302-82) .....	F-43
Mil Vickers Inc. c. Saint John Shipbuilding Ltd. (T-2387-90) .....	F-28
Renaud Cointreau & Cie c. Cordon Bleu International Ltée (T-2314-90) .....	F-28
Southam Inc. c. Canada (Procureur général) (1 <sup>re</sup> inst.) (T-3180-90) .....	292

**RADIODIFFUSION**

Syndicat canadien de la Fonction publique c. Société Radio-Canada (1 <sup>re</sup> inst.) (T-3366-90) .....	455
--	-----

**RELATIONS DU TRAVAIL**

*Voir aussi:* Fonction publique, F-21

Ager c. Travailleurs unis des transports, section locale 701 (A-185-89) .....	F-44
Assoc. des employeurs maritimes c. Harvey (A-553-90) .....	F-44
Assoc. des employeurs maritimes c. Murray (A-728-90) .....	F-44
Assoc. Internationale des machinistes et des travailleurs de l'aérospatiale, section locale 148 c. Air Canada (T-2872-90) .....	F-14

**RESTITUTION**

Hosking Diamond Drilling Co. Ltd. c. Canada (T-1705-88) .....	F-44
---	------

**TÉLÉCOMMUNICATIONS**

Syndicat des travailleurs en télécommunications c. Canada (Conseil de la radio- diffusion et des télécommunications) (T-2911-90) .....	F-47
---	------



**TABLE  
OF CASES DIGESTED  
IN THIS VOLUME**

**A**

Ager v. United Transportation Union, Local 701.....	D-30
Aguiar v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-26
Ahmed (Re).....	D-25
Anderson v. Nascor Inc.....	D-32
Antunes v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-17
Aujla v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-29

**B**

Bailey v. Royal Canadian Mounted Police.....	D-1
Bastien v. Canada.....	D-34
Batchewana Band v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs).....	D-22
Bazz Inc. v. Distributions Nadair Inc.....	D-8
Bembenek v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-26
Berrahma v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-29
Bleasdale v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-9
Bonnieman v. Claire Anne II (The).....	D-30
Bourhill v. Princess Marguerite (The).....	D-8
Branderiz v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-17

**C**

Camara v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-17
Canada v. Cyr.....	D-11
Canada v. MacKintosh.....	D-11
Canada v. Meyer.....	D-22
Canada v. Ontario (Development Corp.).....	D-21
Canada v. Regina Shoppers Mall Ltd.....	D-7
Canada v. Vaughan.....	D-33
Canada (Attorney General) v. Canada (Human Rights Commission).....	D-16
Canada (Attorney General) v. Canadian Real Estate Assn.....	D-14
Canada (Attorney General) v. Pattinson.....	D-18
Canada (Attorney General) v. Thurston.....	D-15
Canada (Human Rights Commission) v. Miller.....	D-22
Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Charles.....	D-6
Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Guevara-Palacios.....	D-26
Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Paszkowska.....	D-27
Canadian Cable Television Assn. v. Canada (Copyright Board).....	D-1
Canadian Imperial Bank of Commerce v. Orion Expedito (The).....	D-8
Canassurance Cie d'Assurance-Vie Inc. v. Canada.....	D-28
Capelos v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-34

Carrier-Sekani (Tribal Council) v. Canada (Minister of the Environment) .....	D-14
Carrier-Sekani (Tribal Council) v. Canada (Minister of the Environment) .....	D-22
Chabot-Lavallée v. Canada (Employment and Immigration Commission) .....	D-36
Chhokar v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-29
Cie de Construction Gaston Picard Inc. v. Canada (Minister of Supply and Services).....	D-9
City Centre Properties Inc. v. Canada .....	D-15
Claver v. Canada .....	D-25
Cohen v. Canada .....	D-6
Coliseum v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-3
Comeau v. Canada (Correctional Service) .....	D-31
Continental Bank of Canada v. British Columbia .....	D-38
Continental Nursery and Landscaping Ltd. (Re) .....	D-7
Cormier v. Canada .....	D-33
Coscelebre, Inc. v. Canada (Registrar of Trade Marks) .....	D-11
Courchene v. Canada .....	D-15

## D

D & J Coustas Shipping Co. S.A. v. Cia de Navegacao Lloyd Brasileiro .....	D-10
Datafile Ltd. v. DRG Inc. ....	D-37
Dégarie v. Ste. Anne des Plaines Institution .....	D-8
Dene Nation v. Canada .....	D-19
Dilworth v. Canada (Veterans Affairs) .....	D-36
Diversified Products Corp. v. Tye-Sil Corp. ....	D-20
Doyle v. Canada .....	D-21

## E

Eccleston v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-23
El-Khoury v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-5
Etat Français v. Minitel Communications Corp. ....	D-35

## F

False Creek Tugboats Ltd. v. Mary Mackin (The) .....	D-30
Faulkner v. M.N.R. ....	D-18
Ferland v. Lemieux .....	D-32
Fibergrid Inc. v. Precisioneering Ltd. ....	D-34
Flexi-Coil Ltd. v. F.P. Bourgault Industries Air Seeder Division Ltd. ....	D-20
Florence v. Canada (Air Transport Committee) .....	D-32
Fraser v. M.N.R. ....	D-18
Fung v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-4

## G

Gaffney v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-4
Glynos v. Canada .....	D-13
Gough v. Canada (National Parole Board) .....	D-20

## H

H.J. Heinz Company of Canada Ltd. v. Edan Foods Sales Inc. ....	D-24
Hansen v. Ocean Victoria (The) .....	D-9
Heafey v. Canada .....	D-26
Hendricks v. Fairweather .....	D-2

Hernandez v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-26
Hilo v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-17
Hoang v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-5
Hodgson v. Canada.....	D-38
Hosking Diamond Drilling Co. Ltd. v. Canada .....	D-34
Husain v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-37
Husky Oil Ltd. v. Canada.....	D-9

## I

I*AM—Institute of Applied Methodology v. M.N.R.....	D-10
I.C.I. Americas Inc. v. Canada.....	D-32
Imperial Chemical Industries PLC v. Novopharm Ltd. ....	D-31
Imperial Chemical Industries PLC v. Novopharm Ltd. ....	D-38
International Assn. of Machinists and Aerospace Workers, Local 148 v. Air Canada .....	D-8

## J

Jager Industries Inc. v. Canada.....	D-2
Jelin Investments Ltd. v. Signtech Inc.....	D-10
Jennings v. Canada (Human Rights Commission).....	D-7
John Labatt Ltd. v. Starline Agencies Inc. ....	D-32
Johnson v. Canada .....	D-21
Jourdain v. Canada (Treasury Board).....	D-11

## K

Kibale v. Canada (National Energy Board) .....	D-16
Kibale v. Canada (Secretary of State) .....	D-9
Kiely v. Canada (Veterans Appeal Board).....	D-24
Konadu v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-27
Kuchirka v. M.N.R. ....	D-18
Kumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-37

## L

Laboratories Omega Ltée v. Canada (Attorney General).....	D-14
Langille v. Canada (Minister of Agriculture).....	D-2
League for Human Rights of B'Nai Brith Canada v. Canada (Minister of National Defence) .....	D-13
Leung (Re).....	D-25
Lewmar Marine Ltd. v. C & C Industries Ltd.....	D-19
Li v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-17
Lim v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-4

## M

M.N.R. v. Continental Nursery & Landscaping Ltd.....	D-9
Madelat v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-5
Mahurkar v. Vas-Cath of Canada Ltd. ....	D-33
Majidy (Re) .....	D-13
Maritime Employers Assn. v. Harvey.....	D-30
Maritime Employers Assn. v. Murray.....	D-30
McAllister Towing & Salvage Inc. v. Nova Marine Ltd.....	D-33
McCain Food Ltd. v. Seatrade Groningen V.B. ....	D-10

Mil Vickers Inc. v. Saint John Shipbuilding Ltd. ....	D-23
Mirzabeglui v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-17
Mokaka v. Canadian International Development Agency .....	D-30
Morena v. Canada .....	D-18
Morin v. Canada .....	D-33
Morin v. Gauthier .....	D-8
Morissette v. Canada (Employment and Immigration Commission) .....	D-29

## N

National Bank of Canada v. Canada (Superintendent of Financial Institutions) .....	D-3
Navigation Harvey & Frères Inc. v. Société d'Habitation du Québec .....	D-29
Newfoundland Processing Ltd. v. South Angela Shipping Inc. ....	D-10
Nguyen v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-16
Nintendo of America Inc. v. 798824 Ontario Inc. ....	D-9
Nintendo of America Inc. v. 798824 Ontario Inc. ....	D-14
Nova Scotia (Department of Transportation and Communications) v. Canadian National Railway Co. ....	D-23
Nu-Vista International Inc. v. Nu-Vista Professionals Inc. ....	D-34

## O

Olympia Janitorial Supplies (136971 Canada Ltd.) v. Canada (Minister of Public Works) .....	D-23
Optagest Canada Inc. v. Services Optométriques Inc. (S.O.I.) .....	D-35
Oriole Oil & Gas Ltd. v. Canada .....	D-27

## P

P.L.G. Research Ltd. v. Jannock Steel Fabricating Co. ....	D-38
P.L.G. Research Ltd. v. Jannock Steel Fabricating Co. ....	D-10
Pac Stainless Ltd. v. M.N.R. ....	D-2
Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-7
Padilla v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-5
Palacios v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-17
Paradis v. M.N.R. ....	D-24
Peter Cundill & Associates Ltd. v. Canada .....	D-6
Piattelli v. A. Gold & Sons Ltd. ....	D-35
Placer Dome Inc. v. Canada .....	D-18
Podgurski v. M.N.R. ....	D-25
Preston v. 20th Century Fox Canada Ltd. ....	D-21
Protective Custody Inmates, Kent Institution v. Warden Ken Institution .....	D-20
Provirotect Inc. v. Canada (Minister of the Environment) .....	D-2
Prudential Assurance Co. v. Canada .....	D-14
Public Service Alliance of Canada v. Canada .....	D-23

## R

R.W. Blacktop Ltd. v. Artec Equipment Co. ....	D-38
Rajpaul v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-4
Renaud Cointreau & Cie v. Cordon Bleu International Ltée .....	D-23
Robichaud v. Canada (Attorney General) .....	D-10
Rural Dignity of Canada v. Canada Post Corp. ....	D-31

## S

Salamon v. Canada .....	D-32
Sandoz Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents) .....	D-20
Saskatchewan Co-operative Credit Society Ltd. v. Canada (Minister of Finance) .....	D-3
Save The Bulkley Society v. Canada (Minister of the Environment) .....	D-33
Scribe v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs) .....	D-20
Sebaratnam v. Canada .....	D-26
Seymour Drywall (1979) Ltd. v. M.N.R. ....	D-7
688863 Ontario Ltd. v. Landover Enterprises Inc. ....	D-29
Six Nations Traditional Hereditary Chiefs v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs) .....	D-30
Sorgente v. Canada (National Parole Board) .....	D-8
Splane v. Canada .....	D-21
St-Onge v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-20
St-Onge v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages) .....	D-19
Stiga Aktiebolag v. SLM Canada Inc. ....	D-21
Stromotich v. Canada .....	D-22
Sutherland v. Canada .....	D-28
Swaminathan v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-21

## T

Taylor v. Canada .....	D-28
Telecommunications Workers' Union v. Canada (Radio-Television and Telecommunications Commission) .....	D-39
Tenneco Canada Inc. v. Canada .....	D-27
Tetzlaff v. Canada (Minister of Environment) .....	D-37
Titan Linkabit Corp. v. S.E.E. See Electronic Engineering Inc. ....	D-39
Tonka Corp. v. Rees .....	D-22
Tonka Corp. v. Toronto Sun Publishing Corp. ....	D-11
Turner v. Canada .....	D-2

## U

Unitel Communications Inc. v. Bell Canada .....	D-35
---	------

## V

Van Hee v. Canada .....	D-33
Versatile Pacific Shipyards Inc. v. Prince George (The) .....	D-19
Vidal v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-3
Virk v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-5

## W

Weber v. Canada .....	D-32
Weldwood of Canada Ltd. v. Canada (Deputy M.N.R., Customs and Excise) .....	D-1
Western Pulp Inc. v. Canada (Fisheries Officers, Fisheries Act) .....	D-3
Westfair Foods Ltd. v. Canada .....	D-6
Windrim v. Canada .....	D-27
Winstanley v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	D-5
Woodward Stores Ltd. v. Canada .....	D-6

## X

Xerox Canada Inc. v. Deputy M.N.R., Customs and Excise .....	D-25
--	------





**TABLE**  
**DES FICHES ANALYTIQUES PUBLIÉES**  
**DANS CE VOLUME**

A

Ahmed (Re) .....	F-32
Ager c. Travailleurs unis des transports, section locale 701 .....	F-44
Aguiar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-34
Alliance de la Fonction publique du Canada c. Canada .....	F-21
Anderson c. Nascor Inc.....	F-41
Antunes c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-23
Assoc. canadienne de télévision par câble c. Canada (Commission du droit d'auteur) .....	F-3
Assoc. des employeurs maritimes c. Harvey .....	F-44
Assoc. des employeurs maritimes c. Murray.....	F-44
Assoc. internationale des machinistes et des travailleurs de l'aérospatiale, section locale 148 c. Air Canada .....	F-14
Aujla c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-32

B

Bailey c. Gendarmerie Royale du Canada .....	F-9
Bande Batchewana c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord) .....	F-28
Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Orion Expeditior .....	F-3
Banque Nationale du Canada c. Canada (Surintendant des institutions financières) .....	F-9
Bastien c. Canada .....	F-43
Bazz Inc. c. Distributions Nadair Inc.....	F-1
Bembenek c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-34
Berrahma c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-33
Bleasdale c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-11
Bonnieman c. Claire Anne II (Le).....	F-33
Bourhill c. Princess Marguerite (Le).....	F-3
Branderiz c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-23

C

Camara c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-23
Canada c. Cyr .....	F-1
Canada c. MacKintosh.....	F-4
Canada c. Meyer.....	F-26
Canada c. Regina Shoppers Mall Ltd. ....	F-8
Canada c. Ontario (Soc. de développement).....	F-27
Canada c. Vaughan .....	F-42
Canada (Commission des droits de la personne) c. Miller.....	F-28
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Charles .....	F-7
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Guevara-Palacios.....	F-34
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Paszowska .....	F-35

Canada (Procureur général) c. Assoc. canadienne de l'immeuble .....	F-17
Canada (Procureur général) c. Canada (Commission des droits de la personne) .....	F-19
Canada (Procureur général) c. Pattinson .....	F-18
Canada (Procureur général) c. Thurston .....	F-21
Canassurance, Cie d'Assurance-Vie Inc. c. Canada .....	F-36
Capelos c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-42
Carrier-Sekani (Conseil Tribal) c. Canada (Ministre de l'Environnement) .....	F-27
Carrier-Sekani (Conseil Tribal) c. Canada (Ministre de l'Environnement) .....	F-20
Chabot-Lavallée c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration) .....	F-31
Chefs héréditaires traditionnels des six nations c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) .....	F-40
Chhokar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-32
Cie de Construction Gaston Picard Inc. c. Canada (Ministre des Approvisionnements et Services) .....	F-11
City Centre Properties Inc. c. Canada .....	F-17
Claver c. Canada .....	F-33
Cohen c. Canada .....	F-7
Coliseum c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-4
Comeau c. Canada (Service correctionnel) .....	F-39
Continental Bank of Canada c. Colombie-Britannique .....	F-46
Continental Nursery and Landscaping Ltd. (Re) .....	F-9
Cormier c. Canada .....	F-43
Coscelebre, Inc. c. Canada (Registraire des marques de commerce) .....	F-10
Courchene c. Canada .....	F-17

## D

D & J Coustas Shipping Co. S.A. c. Cia de Navegacao Lloyd Brasileiro .....	F-12
Datafile Ltd. c. DRG Inc. ....	F-45
Dégarie c. Établissement de Ste-Anne-des-Plaines .....	F-11
Détenus en isolement protecteur, établissement Kent c. Directeur de l'établissement Kent .....	F-25
Dignité rurale du Canada c. Société canadienne des postes .....	F-40
Dilworth c. Canada (Anciens combattants) .....	F-31
Diversified Products Corp. c. Tye-Sil Corp. ....	F-15
Doyle c. Canada .....	F-26

## E

Eccleston c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-28
El-Khoury c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-6
État français c. Minitel Communications Corp. ....	F-39

## F

False Creek Tugboats Ltd. c. Mary Mackin (Le) .....	F-34
Faulkner c. M.R.N. ....	F-24
Ferland c. Lemieux .....	F-41
Fibergrid Inc. c. Precisioneering Ltd. ....	F-39
Flexi-Coil Ltd. c. F.P. Bourgault Industries Air Seeder Division Ltd. ....	F-15
Florence c. Canada (Comité des transports aériens) .....	F-41
Fraser c. M.R.N. ....	F-24
Fung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-5

## G

Gaffney c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-5
Glynos c. Canada.....	F-16
Gough c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles).....	F-25

## H

H.J. Heinz Company of Canada Ltd. c. Edan Foods Sales Inc. ....	F-25
Hansen c. Ocean Victoria (Le) .....	F-11
Heafey c. Canada .....	F-32
Hendricks c. Fairweather.....	F-1
Hernandez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-34
Hilo c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-23
Hoang c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-6
Hodgson c. Canada .....	F-47
Hosking Diamond Drilling Co. Ltd. c. Canada .....	F-44
Husain c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-46
Husky Oil Ltd. c. Canada.....	F-12

## I

I*AM—Institute of Applied Methodology c. M.R.N.....	F-13
I.C.I. Americas Inc. c. Canada .....	F-41
Imperial Chemical Industries PLC c. Novopharm Ltd. ....	F-31
Imperial Chemical Industries PLC c. Novopharm Ltd. ....	F-45

## J

Jager Industries Inc. c. Canada .....	F-2
Jelin Investments Ltd. c. Signtech Inc.....	F-13
Jennings c. Canada (Commission des droits de la personne) .....	F-1
John Labatt Ltd. c. Starline Agencies Inc. ....	F-41
Johnson c. Canada .....	F-26
Jourdain c. Canada (Conseil du Trésor) .....	F-4

## K

Kibale c. Canada (Office national de l'énergie) .....	F-20
Kibale c. Canada (Secrétariat d'État).....	F-12
Kiely c. Canada (Tribunal d'appel des anciens combattants) .....	F-15
Konadu c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-35
Kuchirka c. M.R.N. ....	F-23
Kumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-46

## L

Laboratoires Omega Ltée c. Canada (Procureur général) .....	F-18
Langille c. Canada (Ministre de l'Agriculture).....	F-2
Leung Re .....	F-31
Lewmar Marine Ltd. c. C & C Industries Ltd. ....	F-19
Li c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-23
Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada c. Canada (Ministre de la Défense nationale).....	F-21
Lim c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-6

## M

M.R.N. c. Continental Nursery & Landscaping Ltd.....	F-13
Madelat c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-7
Mahurkar c. Vas-Cath of Canada Ltd.....	F-42
Majidy (Re) .....	F-16
McAllister Towing & Salvage Inc. c. Nova Marine Ltd.....	F-43
McCain Food Ltd. c. Seatrade Groningen V.B. ....	F-14
Mil Vickers Inc. c. Saint John Shipbuilding Ltd.....	F-28
Mirzabeglui c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-22
Mokaka c. Agence canadienne de développement international .....	F-32
Morena c. Canada .....	F-24
Morin c. Canada .....	F-43
Morin c. Gauthier .....	F-11
Morissette c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration).....	F-33

## N

Nation Denée c. Canada .....	F-18
Navigation Harvey & Frères Inc. c. Société d'Habitation du Québec .....	F-32
Newfoundland Processing Ltd. c. South Angela Shipping Inc. ....	F-13
Nguyen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-22
Nintendo of America Inc. c. 798824 Ontario Inc.....	F-12
Nintendo of America Inc. c. 798824 Ontario Inc.....	F-18
Nouvelle-Écosse (Ministère des Transports et des Communications) c. Cie des chemins de fer nationaux du Canada.....	F-16
Nu-Vista International Inc. c. Nu-Vista Professionals Inc. ....	F-38

## O

Olympia Janitorial Supplies (136971 Canada Ltd.) c. Canada (Ministre des Travaux publics) .....	F-28
Optagest Canada Inc. c. Services Optométriques Inc. (S.O.I.) .....	F-38
Oriole Oil & Gas Ltd. c. Canada .....	F-36

## P

P.L.G. Research Ltd. c. Soc. de Fabrication d'Acier Jannock .....	F-12
P.L.G. Research Ltd. c. Jannock Steel Fabricating Co. ....	F-45
Pac Stainless Ltd. c. M.R.N.....	F-3
Pacific Press Ltd. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-2
Padilla c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-7
Palacios c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-22
Paradis c. M.R.N.....	F-15
Peter Cundill & Associates Ltd. c. Canada .....	F-9
Piatelli c. Gold & Sons Ltd. ....	F-38
Placer Dome Inc. c. Canada .....	F-24
Podgurski c. M.R.N.....	F-33
Preston c. 20th Century Fox Canada Ltd.....	F-26
Provirotec Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement) .....	F-4
Prudential Assurance Co. c. Canada .....	F-18

## R

R.W. Blacktop Ltd. c. Artec Equipment Co.....	F-47
Rajpaul c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-5

Renaud Cointreau & Cie c. Cordon Bleu International Ltée.....	F-28
Robichaud c. Canada (Procureur général) .....	F-13

## S

Salamon c. Canada.....	F-42
Sandoz Ltd. c. Canada (Commissaire des brevets) .....	F-15
Saskatchewan Co-operative Credit Society Ltd. c. Canada (Ministre des Finances).....	F-9
Save The Bulkley Society c. Canada (Ministre de l'Environnement) .....	F-42
Scribe c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord).....	F-26
Sebaratnam c. Canada .....	F-35
Seymour Drywall (1979) Ltd. c. M.R.N.....	F-2
688863 Ontario Ltd. c. Landover Enterprises Inc.....	F-37
Sorgente c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) .....	F-10
St-Onge c. Canada (Commissariat aux langues officielles) .....	F-24
St-Onge c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-25
Stiga Aktiebolag c. SLM Canada Inc. ....	F-26
Stromotich c. Canada.....	F-28
Splane c. Canada .....	F-27
Sutherland c. Canada.....	F-36
Swaminathan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-27
Syndicat des travailleurs en télécommunications c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications).....	F-47

## T

Taylor c. Canada .....	F-36
Tenneco Canada Inc. c. Canada.....	F-35
Tetzlaff c. Canada (Ministre de l'Environnement) .....	F-46
Titan Linkabit Corp. c. S.E.E. See Electronic Engineering Inc.....	F-47
Tonka Corp. c. Rees .....	F-27
Tonka Corp. c. Toronto Sun Publishing Corp. ....	F-10
Turner c. Canada.....	F-2

## U

Unitel Communications Inc. c. Bell Canada.....	F-39
--	------

## V

Van Hee c. Canada.....	F-43
Versatile Pacific Shipyards Inc. c. Prince George (Le) .....	F-18
Vidal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-4
Virk c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-6

## W

Weber c. Canada .....	F-41
Weldwood of Canada Ltd. c. Canada (Sous-ministre M.R.N., Douanes et accise).....	F-1
Western Pulp Inc. c. Canada (Agents des pêches, Loi sur les pêches) .....	F-10
Westfair Foods Ltd. c. Canada .....	F-7
Windrim c. Canada .....	F-37
Winstanley c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	F-6
Woodward Stores Ltd. c. Canada .....	F-8

## X

Xerox Canada Inc. c. Sous-ministre M.R.N., Douanes et Accise.....	F-33
---	------



## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

### TABLE DE LA JURISPRUDENCE CITÉE

	PAGE
<i>"A (Dr.)" and Council of College of Physicians and Surgeons, Re</i> (1965), 53 D.L.R. (2d) 667; 53 W.W.R. 313 (B.C.S.C.).....	412
<i>A. Tyler v. M.N.R.</i> , [1989] 1 C.T.C. 153; (1988), 88 DTC 5044; 24 F.T.R. 38 (F.C.T.D.).....	68
<i>Adams v. London Improved Motor Coach Builders</i> , [1921] 1 K.B. 495 (C.A.).....	226
<i>Adam's Underground Installation Ltd. v. Armadillo Holdings Ltd.</i> , Briand T.O., T-7541-80, 30/9/83, not reported.....	61
<i>Adidas (Can.) Ltd. v. Skoro Enterprises Ltd.</i> , [1971] F.C. 382; (1971), 12 C.P.R. (2d) 67 (C.A.).....	212
<i>Ahluwalia</i> , 1987 ABD [8-2] 256.....	44
<i>Al-Mehdawi v. Secretary of State for the Home Dept.</i> , [1989] 3 All ER 843 (H.L.).....	142
<i>Allan v. Bushnell T.V. Co. Ltd.; Broadcast News Ltd., Third Party</i> , [1968] 1 O.R. 720; (1968), 67 D.L.R. (2d) 499 (C.A.).....	273
<i>Angle v. M.N.R.</i> , [1975] 2 S.C.R. 248; (1974), 47 D.L.R. (3d) 544; 74 DTC 6278; 2 N.R. 397.....	186
<i>Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)</i> , [1986] 2 F.C. 233; (1986), 1 C.I.P.R. 53; 9 C.P.R. (3d) 193; 1 F.T.R. 310 (T.D.).....	212
<i>Apsassin v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)</i> , [1988] 3 F.C. 20; [1988] 1 C.N.L.R. 73; (1987), 14 F.T.R. 161 (T.D.).....	18
<i>Armand v. Carr</i> , [1927] S.C.R. 348.....	226
<i>Associated Investors of Canada Ltd. v. Minister of National Revenue</i> , [1967] 2 Ex.C.R. 96; [1967] C.T.C. 138; (1967), 67 DTC 5096.....	172
<i>Associated Provincial Picture Houses, Ltd. v. Wednesbury Corporations</i> , [1948] 1 K.B. 233 (C.A.).....	235
<i>Attorney-General v. Butterworth</i> , [1962] 3 All E.R. 326 (C.A.).....	412
<i>Attorney-General for British Columbia v. Esquimalt and Nanaimo Railway Company</i> , [1950] A.C. 87 (P.C.).....	433
<i>Attorney-General for Ontario and Others v. Attorney-General for Canada and Others and Attorney-General for Quebec</i> , [1947] A.C. 127 (P.C.).....	206
<i>Attorney General of Canada v. Appeal Board established by the Public Service Commission</i> , [1982] 1 F.C. 803 (C.A.).....	44
<i>Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.</i> , [1980] 2 S.C.R. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304.....	18
<i>Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.</i> , [1980] 2 S.C.R. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304.....	30
<i>Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.</i> , [1980] 2 S.C.R. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304.....	455

	PAGE
<i>Attorney General of Nova Scotia et al. v. MacIntyre</i> , [1982] 1 S.C.R. 175; (1985), 49 N.S.R. (2d) 609; 132 D.L.R. (3d) 385; 96 A.P.R. 609; 65 C.C.C. (2d) 129; 26 C.R. (3d) 193; 40 N.R. 181 .....	327
<i>Attorney General of Nova Scotia et al. v. MacIntyre</i> , [1982] 1 S.C.R. 175; (1985), 49 N.S.R. (2d) 609; 132 D.L.R. (3d) 385; 96 A.P.R. 609; 65 C.C.C. (2d) 129; 26 C.R. (3d) 193; 40 N.R. 181 .....	412
<i>Avril Holdings Ltd. v. Minister of National Revenue</i> , [1971] S.C.R. 601; (1970), 17 D.L.R. (3d) 23; [1970] C.T.C. 572; 70 DTC 6366 .....	172
<i>B. (otherwise P.) v. Attorney-General</i> , [1965] 3 All E.R. 253 (P.D.A.) .....	412
<i>Badger v. Canada</i> , [1991] 1 F.C. 191 (T.D.) .....	355
<i>Bambrough v. Public Service Commission</i> , [1976] 2 F.C. 109; (1975), 12 N.R. 553 (C.A.) .....	44
<i>Bamrah v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , A-1011-88, F.C.A., Marceau, Hugessen and Desjardins J.J.A., judgment dated 11/10/89, not yet reported .....	142
<i>Bauer v. Public Service Appeal Board</i> , [1973] F.C. 626; (1973), 40 D.L.R. (3d) 126; 6 N.R. 183 (C.A.) .....	44
<i>Beauvais v. R.</i> , [1982] 1 F.C. 171; [1982] 4 C.N.L.R. 43 (T.D.) .....	355
<i>Black v. Law Society of Alberta</i> , [1989] 1 S.C.R. 591; (1989), 96 A.R. 352; 58 D.L.R. (4th) 317; [1989] 4 W.W.R. 1; 66 Alta. L.R. (2d) 97; 38 C.R.R. 193; 93 N.R. 266 .....	327
<i>Blackfoot Indian Band No. 146 (Members) v. Canada and Blackfoot Indian Band, No. 146 (Chief and Councillors)</i> , [1987] 2 C.N.L.R. 63; (1986), 5 F.T.R. 23 (F.C.T.D.) .....	18
<i>Blackfoot Indian Band No. 146 (Members) v. Canada and Blackfoot Indian Band, No. 146 (Chief and Councillors)</i> (1986), 7 F.T.R. 133 (F.C.T.D.) .....	18
<i>Blackfoot Indian Band No. 146 (Members) v. Canada and Blackfoot Indian Band, No. 146 (Chief and Councillors)</i> (1986), 7 F.T.R. 133 (F.C.T.D.) .....	355
<i>Bowen v. Minister of Employment and Immigration</i> , [1984] 2 F.C. 507; (1984), 58 N.R. 223 (C.A.) .....	68
<i>British Columbia v. Hensfrey Samson Belair Ltd.</i> , [1989] 2 S.C.R. 24; (1989), 59 D.L.R. (4th) 726; [1989] 5 W.W.R. 577; 38 B.C.L.R. (2d) 145; 75 C.B.R. (N.S.) 1; 97 N.R. 61; 2 T.C.T. 4263; [1989] 1 T.S.T. 2164 .....	257
<i>British Columbia Forest Products Limited v. The Minister of Industry, Trade and Commerce</i> , Stinson T.O., T-5310-81, taxation dated 18/10/82, not reported .....	61
<i>Broderick v. Fierro</i> , [1933] 1 D.L.R. 476 (Ont. S.C.) .....	226
<i>Brown v. Public Service Commission</i> , [1975] F.C. 345; (1975), 60 D.L.R. (3d) 311; 9 N.R. 493 (C.A.) .....	44
<i>Bryden v. Canada Employment and Immigration Commission</i> , [1982] 1 S.C.R. 443; (1982), 133 D.L.R. (3d) 1; 82 CLLC 14,175; 41 N.R. 180 .....	257
<i>C.D. v. Canada (Minister of National Revenue)</i> , F.C.A., A-207-90, judgment dated 15/3/91, Décarý J.A., not yet reported .....	327
<i>Cadioux v. Director of Mountain Institution</i> , [1985] 1 F.C. 378; (1984), 9 Admin. L.R. 50; 13 C.C.C. (3d) 330; 41 C.R. (3d) 30; 10 C.R.R. 248 (T.D.) .....	117
<i>Calder v. Cleland</i> , [1971] 1 O.R. 667; (1971), 16 D.L.R. (3d) 369 (C.A.) .....	186
<i>Canada v. Foothills Pipe Lines (Yukon) Ltd.</i> , F.C.A., A-306-90, judgment dated 11/10/90, Urie and Marceau J.J.A., not yet reported .....	172
<i>Canada v. Nomad Sand &amp; Gravel Ltd.</i> , [1988] 1 F.C. 95; [1987] 2 C.T.C. 112; (1987), 87 DTC 5343; 13 F.T.R. 81 (T.D.) .....	172



	PAGE
<i>Canada (Attorney-General) v. Alex Couture Inc.</i> , [1987] R.J.Q. 1971; (1987), 14 Q.A.C. 259; 18 C.P.R. (3d) 382 (C.A.) .....	292
<i>Canada (Attorney General) v. Haycock</i> , A-47-90, F.C.A., Marceau J.A., judgment dated 21/9/90, not yet reported .....	257
<i>Canada (Attorney General) v. Jollimore</i> , A-19-90, F.C.A., Décary J.A., judgment dated 23/11/90, not yet reported .....	44
<i>Canada (Attorney General) v. Nield</i> , A-46-90, F.C.A., Marceau J.A., judgment dated 21/9/90, not yet reported .....	257
<i>Canada (Attorney General) v. Viola</i> , [1991] 1 F.C. 373 (C.A.) .....	44
<i>Canada (Attorney General) v. Whelan</i> , A-756-88, F.C.A., Marceau J.A., judgment dated 9/6/89, not reported .....	257
<i>Canada (Director of Investigation and Research) v. NutraSweet Co.</i> (1990), 32 C.P.R. (3d) 1 (Comp. Trib.) .....	292
<i>Canada Metal Co. Ltd. et al. v. Canadian Broadcasting Corp. et al. (No. 2)</i> (1975), 11 O.R. (2d) 167; 65 D.L.R. (3d) 231; 29 C.C.C. (2d) 325 (C.A.) .....	455
<i>Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Chan</i> , A-1123-87, F.C.A., Pratte J.A., judgment dated 14/2/90, not yet reported .....	142
<i>Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada</i> , [1962] S.C.R. 729; (1962), 35 D.L.R. (2d) 49; 62 DTC 1236 .....	68
<i>Canadian Gypsum Co. Ltd. v. Minister of National Revenue</i> , [1965] 2 Ex.C.R. 556; [1965] C.T.C. 210; (1965), 65 DTC 5125 .....	172
<i>Canadian Red Cross Society v. Simpsons Limited</i> , [1983] 2 F.C. 372; (1983), 70 C.P.R. (2d) 19 (T.D.) .....	212
<i>Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)</i> , [1990] 1 F.C. 595; (1989), 32 F.T.R. 81 (T.D.) .....	212
<i>Canadian Wildlife Federation Inc. et al. v. Canada (Minister of the Environment) and Saskatchewan Water Corp.</i> (1989), 31 F.T.R. 1 (F.C.T.D.) .....	212
<i>Carl-Zeiss-Stiftung v. Rayner and Keeler, Ltd. (No. 2)</i> , [1966] 2 All E.R. 536 (H.L.) ...	186
<i>Carruthers v. Therapeutic Abortion Committees</i> , [1983] 2 F.C. 581; (1983), 1 Admin. L.R. 266 (T.D.); affd. (1983), 6 D.L.R. (4th) 57; 4 Admin. L.R. 51; 50 N.R. 373 (F.C.A.) .....	212
<i>Chandler v. Alberta Association of Architects</i> , [1989] 2 S.C.R. 848; (1989), 101 A.R. 321; 62 D.L.R. (4th) 577; [1989] 6 W.W.R. 521; 70 Alta. L.R. (2d) 193; 40 Admin. L.R. 128; 36 C.L.R. 1; 99 N.R. 277 .....	318
<i>Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada</i> , [1991] 1 S.C.R. 139 .....	327
<i>Corporation of the City of Toronto v. Morencie</i> , [1989] 1 S.C.R. vii; (1989), 104 N.R. 298 .....	212
<i>Couture Inc. v. Canada (Attorney-General)</i> (1990), 69 D.L.R. (4th) 635 (Que. S.C.) .....	292
<i>Davie Shipbuilding Limited v. The Queen</i> , [1984] 1 F.C. 461; 4 D.L.R. (4th) 546; 53 N.R. 50 (C.A.) .....	273
<i>Delanoy v. Public Service Commission Appeal Board</i> , [1977] 1 F.C. 562; (1976), 13 N.R. 341 (C.A.) .....	44
<i>Demaria v. Regional Classification Board</i> , [1987] 1 F.C. 74; (1986), 21 Admin. L.R. 227; 30 C.C.C. (3d) 55; 53 C.R. (3d) 88; 5 F.T.R. 160; 69 N.R. 135 (C.A.) .....	117
<i>Desjarlais et al. v. Canada (Minister of Indian Affairs &amp; Northern Development)</i> , [1988] 2 C.N.L.R. 62; (1987), 18 F.T.R. 316 (F.C.T.D.) .....	18
<i>Desjarlais et al. v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)</i> , [1988] 2 C.N.L.R. 62 (F.C.T.D.) .....	433

	PAGE
<i>Dick v. The Queen et al.</i> , [1985] 2 S.C.R. 309; (1985), 23 D.L.R. (4th) 33; [1986] 1 W.W.R. 1; 69 B.C.L.R. 184; 22 C.C.C. (3d) 129; [1985] 4 C.N.L.R. 55; 62 N.R. 1	327
<i>Dominion Taxicab Assn. v. Minister of National Revenue</i> , [1954] S.C.R. 82; [1954] 2 D.L.R. 273; [1954] C.T.C. 34; (1954), 54 DTC 1020	172
<i>Dumont v. Canada (Attorney General)</i> , [1990] 1 S.C.R. 279; [1990] 4 W.W.R. 127	30
<i>Dyson v. Attorney-General</i> [No. 1], [1911] 1 K.B. 410 (C.A.)	30
<i>Dyson v. Attorney-General</i> [No. 2], [1912] 1 Ch. 158 (C.A.)	30
<i>Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)</i> , [1989] 2 S.C.R. 1326; (1989), 103 A.R. 321; 64 D.L.R. (4th) 577; [1990] 1 W.W.R. 577; 71 Alta. L.R. (2d) 273; 45 C.R.R. 1; 102 N.R. 321	327
<i>Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)</i> , [1989] 2 S.C.R. 1326; (1989), 103 A.R. 321; 64 D.L.R. (4th) 577; [1990] 1 W.W.R. 577; 71 Alta. L.R. (2d) 273; 45 C.R.R. 1; 102 N.R. 321	412
<i>Fahlman v. Law Soc. of Alta.</i> , [1982] 6 W.W.R. 75; 21 Alta. L.R. (2d) 297 (Q.B.)	186
<i>Federal Liberal Agency of Canada v. CTV Television Network Ltd.</i> , [1989] 1 F.C. 319; (1988), 24 C.P.R. (3d) 466 (T.D.)	455
<i>Finlay v. Canada (Minister of Finance)</i> , [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	18
<i>Finlay v. Canada (Minister of Finance)</i> , [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	455
<i>Fishing Vessel Owners' Assn. of B.C. v. A.G. Can.</i> (1985), 1 C.P.C. (2d) 312; 57 N.R. 376 (F.C.A.)	212
<i>Ford v. Quebec (Attorney General)</i> , [1988] 2 S.C.R. 712; (1988), 54 D.L.R. (4th) 577; 19 Q.A.C. 69; 10 C.H.R.R. D/5559; 36 C.R.R. 1; 90 N.R. 84	327
<i>Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)</i> , [1990] 2 F.C. 18; (1990), 68 D.L.R. (4th) 375 (C.A.)	212
<i>Gabriel v. Canatouquin</i> , [1978] 1 F.C. 124 (T.D.) affirmed [1980] 2 F.C. 792; [1981] 4 C.N.L.R. 61 (C.A.)	355
<i>Gaffney v. Minister of Employment and Immigration</i> (1989), 27 F.T.R. 234; 8 Imm. L.R. (2d) 273 (F.C.T.D.)	235
<i>Gill v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1987] 2 F.C. 425; (1987), 27 Admin. L.R. 257; 27 C.R.R. 235; 80 N.R. 1 (C.A.)	142
<i>Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057</i> , [1990] 1 S.C.R. 1298; [1990] 4 W.W.R. 385; (1990), 66 Man. R. (2d) 81; 44 Admin. L.R. 149; 90 CLLC 14,020	455
<i>General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing</i> , [1989] 1 S.C.R. 641; (1989), 58 D.L.R. (4th) 255; 24 C.P.R. (3d) 417; 93 N.R. 326; 32 O.A.C. 332	292
<i>Giroux v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)</i> , [1989] 1 F.C. 279; (1988), 88 CLLC 14,032; 86 N.R. 147 (C.A.)	257
<i>Glazer v. Union Contractors Ltd. &amp; Thornton</i> (1960), 25 D.L.R. (2d) 653; 33 W.W.R. 145 (B.C.S.C.)	18
<i>Gough v. Canada (National Parole Board)</i> , [1991] 1 F.C. 171 (C.A.)	117
<i>Gough v. Canada (National Parole Board)</i> , [1991] 1 F.C. 160 (T.D.)	117
<i>Gough v. Canada (National Parole Board)</i> , T-2439-90, F.C.T.D., Reed J., directions dated 8/11/90, not yet reported	117
<i>Grand Trunk Railway Co. v. McKay</i> (1903), 34 S.C.R. 81; 3 C.R.C. 52	455
<i>Guerin v. R.</i> , [1982] 2 F.C. 385; [1982] 2 C.N.L.R. 83; (1981), 10 E.T.R. 61 (T.D.)	273

	PAGE
<i>Guerin et al. v. The Queen et al.</i> , [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; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1 .....	3
<i>Guerin et al. v. The Queen et al.</i> , [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; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1 .....	18
<i>Guerin et al. v. The Queen et al.</i> , [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; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1 .....	273
<i>Guerin et al. v. The Queen et al.</i> , [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; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1 .....	379
<i>Guerin et al. v. The Queen et al.</i> , [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; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1 .....	433
<i>Gunn v. Yeomans</i> , [1981] 2 F.C. 99; (1980), 114 D.L.R. (3d) 288; 55 C.C.C. (2d) 452 (T.D.) .....	88
<i>Hajariwala v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1989] 2 F.C. 79; (1988), 34 Admin. L.R. 206; 23 F.T.R. 241; 6 Imm. L.R. (2d) 222 (T.D.) .....	235
<i>Halco Inc. v. Sandrin Brothers (1968) Ltd.</i> , A-582-85, F.C.A., Hugessen J.A., judgment dated 17-2-86, not reported .....	212
<i>Hanna v. Matsqui Institution Disciplinary Court</i> , T-1479-90, F.C.T.D., Teitelbaum J., judgment dated 13/7/90, not yet reported .....	88
<i>Harelkin v. University of Regina</i> , [1979] 2 S.C.R. 561; (1979), 96 D.L.R. (3d) 14; [1979] 3 W.W.R. 676; 26 N.R. 364 .....	142
<i>Hereford Railway Co. v. The Queen</i> (1894), 24 S.C.R. 1 .....	379
<i>Howard v. Stony Mountain Institution</i> , [1984] 2 F.C. 642; (1985), 19 D.L.R. (4th) 502; 11 Admin L.R. 63; 19 C.C.C. (3d) 195; 45 C.R. (3d) 242; 17 C.R.R. 5; 57 N.R. 280 (C.A.) .....	117
<i>Hoystead v. Commissioner of Taxation</i> , [1926] A.C. 155 (P.C.) .....	186
<i>Hui v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1986] 2 F.C. 96; (1986), 18 Admin. L.R. 264; 65 N.R. 69 (C.A.) .....	235
<i>Hunter et al. v. Southam Inc.</i> , [1984] 2 S.C.R. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241 .....	88
<i>Hunter et al. v. Southam Inc.</i> , [1984] 2 S.C.R. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241 .....	117
<i>In Re Miller's Agreement</i> , [1947] Ch. 615 .....	257
<i>In re Moore and Port Bruce Harbour Company</i> (1857), 14 U.C.Q.B. 365 (C.A.) .....	355
<i>Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)</i> , [1989] 1 S.C.R. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167 .....	327
<i>ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.</i> , [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241 .....	273
<i>ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.</i> , [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241 .....	422

	PAGE
<i>Jabour v. Law Society of British Columbia et al.</i> , [1982] 2 S.C.R. 307; (1982), 137 D.L.R. (3d) 1; [1982] 5 W.W.R. 289; 37 B.C.L.R. 145; 19 B.L.R. 234; 66 C.P.R. (2d) 1; 43 N.R. 451 .....	30
<i>Jackson v. Joyceville Penitentiary</i> , [1990] 3 F.C. 55; (1990), 55 C.C.C. (3d) 50; 75 C.R. (3d) 174 (T.D.) .....	88
<i>Jhammat v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 166 (F.C.T.D.) .....	186
<i>Johal v. Minister of Employment and Immigration</i> (1987), 15 F.T.R. 164; 4 Imm. L.R. (2d) 105 (F.C.T.D.) .....	235
<i>Karavos v. Toronto &amp; Gillies</i> , [1948] 3 D.L.R. 294; [1948] O.W.N 17 (C.A.) .....	186
<i>Kaur v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1990] 2 F.C. 209; (1989), 64 D.L.R. (4th) 317; 104 N.R. 50 (C.A.) .....	142
<i>Kenney v. Cape York (The)</i> , [1989] 3 F.C. 35; (1989), F.T.R. 44 (T.D.) .....	61
<i>Kigowa v. Canada</i> , [1990] 1 F.C. 804; (1990), 67 D.L.R. (4th) 305; 10 Imm. L.R. (2d) 161; 105 N.R. 278 (C.A.) .....	273
<i>Kiist v. Canadian Pacific Railway Co.</i> , [1982] 1 F.C. 361; (1981), 123 D.L.R. (3d) 434; 37 N.R. 91 (C.A.) .....	455
<i>Kinloch v. Secretary of State for India in Council</i> (1882), 7 App. Cas 619 (H.L.) .....	379
<i>Kravets v. Minister of Employment and Immigration</i> , [1985] 1 F.C. 434 (T.D.) .....	68
<i>Kruger v. The Queen</i> , [1986] 1 F.C. 3; (1985), 17 D.L.R. (4th) 591; [1985] 3 C.N.L.R. 15; 32 L.C.R. 65; 58 N.R. 241 (C.A.) .....	3
<i>Kuganeswaran v. Canada (Minister of Employment &amp; Immigration)</i> (1987), 3 Imm. L.R. (2d) 102; 13 F.T.R. 282 (F.C.T.D.) .....	142
<i>Kwong's Estate and Kwong v. Province of Alberta, Thompson's Estate, Stephaniuk and Lazarak</i> (1978), 14 A.R. 120; 96 D.L.R. (3d) 214; [1979] 2 W.W.R. 1; 8 C.C.L.T. 1 (C.A.) <i>aff'd sub nom Kwong et al. v. The Queen in Right of Alberta</i> , [1979] 2 S.C.R. 1010; (1979), 18 A.R. 358; 105 D.L.R. (3d) 576; [1979] 6 W.W.R. 573; 12 C.C.L.T. 297; 29 N.R. 295 .....	3
<i>Lamb v. Kincaid</i> (1907), 38 S.C.R. 516; 27 C.L.T. 489 .....	68
<i>Latham v. Solicitor General of Canada</i> , [1984] 2 F.C. 734; (1984), 9 D.L.R. (4th) 393; 5 Admin. L.R. 70; 12 C.C.C. (3d) 9; 39 C.R. (3d) 78 (T.D.) .....	117
<i>Leaf v. Canada (Governor General In Council)</i> , [1988] 1 F.C. 575; (1987), 15 F.T.R. 268 (T.D.) .....	355
<i>LeBar v. Canada</i> , [1989] 1 F.C. 603; (1988), 33 Admin. L.R. 107; 46 C.C.C. (3d) 103; 90 N.R. 5 (C.A.) .....	18
<i>Lor-Wes Contracting Ltd. v. The Queen</i> , [1986] 1 F.C. 346; [1985] CTC 79; (1985), 85 DTC 5310; 60 N.R. 321 (C.A.) .....	327
<i>MacKay v. Manitoba</i> , [1989] 2 S.C.R. 357; [1989] 6 W.W.R. 351; (1989), 61 Man. R. (2d) 270 .....	68
<i>MacKeen Estate v. Nova Scotia</i> (1978), 28 N.S.R. (2d) 3; 89 D.L.R. (3d) 426; 43 A.P.R. 3; [1978] CTC 557; 2 E.T.R. 264 (C.A.) .....	257
<i>Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.</i> , [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 .....	292
<i>Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board</i> , [1980] 1 S.C.R. 602; (1979), 106 D.L.R. (3d) 385; 50 C.C.C. (2d) 353; 13 C.R. (3d) 1; 15 C.R. (3d) 315; 30 N.R. 119 .....	88

	PAGE
<i>Martineau et al. v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board</i> , [1978] 1 S.C.R. 118; (1977), 74 D.L.R. (3d) 1; 33 C.C.C. (2d) 366; 14 N.R. 285 .....	88
<i>Martinoff v. Gossen</i> , [1978] 2 F.C. 537; (1978), 46 C.C.C. (2d) 368 (T.D.) .....	212
<i>Maxie v. Canada (National Parole Board)</i> , [1987] 1 F.C. 617; (1986), 32 C.C.C. (2d) 231; 55 C.R. (3d) 143; 27 C.R.R. 337; 79 N.R. 176 (C.A.) .....	117
<i>McCleery v. The Queen</i> , [1974] 2 F.C. 352; (1974), 50 D.L.R. (3d) 387; 5 N.R. 229 (C.A.) .....	412
<i>McVey v. U.S.</i> (1989), 40 B.C.L.R. (2d) 273; 52 C.C.C. (3d) 34 (C.A.) .....	327
<i>Minister of Employment and Immigration v. Satiacum</i> (1989), 99 N.R. 171 (F.C.A.) ...	327
<i>Minister of Employment and Immigration et al. v. Jiminez-Perez et al.</i> , [1984] 2 S.C.R. 565; (1984), 14 D.L.R. (4th) 609; [1985] 1 W.W.R. 577; 9 Admin. L.R. 280; 56 N.R. 215 .....	235
<i>Minister of Nat'l Revenue v. Anaconda American Brass Ltd.</i> (1955), 2 D.L.R. (2d) 1; [1955] C.T.C. 311; 55 DTC 1220; [1956] 1 All E.R. 20; [1956] A.C. 85 (P.C.) .....	172
<i>Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand</i> , [1979] 1 S.C.R. 495; (1978), 92 D.L.R. (3d) 1; [1978] CTC 829; 78 DTC 6258 .....	327
<i>Montana Band of Indians v. Canada</i> , [1990] 2 F.C. 198 (T.D.) .....	30
<i>Montreal Trust Company et al. v. The Minister of National Revenue</i> , [1958] S.C.R. 146; (1958), 12 D.L.R. (2d) 226; [1958] C.T.C. 60; 58 DTC 1051 .....	257
<i>National Indian Brotherhood v. CTV Television Network</i> , [1971] F.C. 127 (T.D.) .....	455
<i>Native Communications Society of B.C. v. Canada (M.N.R.)</i> , [1986] 3 F.C. 471; [1986] 4 C.N.L.R. 79; [1986] 2 C.T.C. 170; (1986), 86 DTC 6353; 23 E.T.R. 210; 67 N.R. 146 (C.A.) .....	18
<i>Nomad Sand &amp; Gravel Ltd v MNR</i> , [1982] CTC 2035; (1982), 82 DTC 1070 (T.R.B.) .....	172
<i>Nova, An Alberta Corporation v. Amoco Canada Petroleum Co. Ltd. et al.</i> , [1981] 2 S.C.R. 437; (1981), 32 A.R. 613; 128 D.L.R. (3d) 1; [1981] 6 W.W.R. 391; 38 N.R. 381 .....	379
<i>Nova Scotia Sand and Gravel Ltd v. The Queen</i> , [1980] CTC 378; (1980), 80 DTC 6298; 34 N.R. 297 (F.C.A.) .....	172
<i>Nowegijick v. The Queen</i> , [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 .....	433
<i>Oag v. Canada</i> , [1987] 2 F.C. 511; (1987), 33 C.C.C. (3d) 430; 73 N.R. 149 (C.A.) .....	273
<i>Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.</i> , [1985] 1 S.C.R. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1 .....	18
<i>Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.</i> , [1985] 1 S.C.R. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1 .....	30
<i>Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.</i> , [1985] 1 S.C.R. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1 .....	68
<i>Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1990] 1 F.C. 419; (1990), 10 Imm. L.R. (2d) 42; 104 N.R. 228 (C.A.) .....	327
<i>Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food</i> , [1968] A.C. 997 (H.L.) .....	235
<i>Payne v. Evens</i> (1874), 18 L.R. Eq. 356 .....	379
<i>Pettkus v. Becker</i> , [1980] 2 S.C.R. 834 .....	257
<i>Poizer et al. v. Ward</i> , [1947] 4 D.L.R. 316; [1947] 2 W.W.R. 193; (1947), 55 Man. R. 214 (C.A.) .....	186
<i>Pringle et al. v. Fraser</i> , [1972] S.C.R. 821; (1972), 26 D.L.R. (3d) 28 .....	455

	PAGE
<i>Public Service Alliance of Canada v. Francis et al.</i> , [1982] 2 S.C.R. 72; (1982), 139 D.L.R. (3d) 9; 82 CLLC 14,028; [1982] 4 C.N.L.R. 94; 44 N.R. 136.....	18
<i>Pure Spring Co. Ltd. v. Minister of National Revenue</i> , [1946] Ex.C.R. 471; [1947] 1 D.L.R. 501; [1946] C.T.C. 171.....	186
<i>Quebec, Montreal and Southern Railway Company v. The King</i> (1914), 15 Ex.C.R. 237; 20 D.L.R. 987.....	379
<i>R. v. A.</i> , [1990] 1 S.C.R. 992; (1990), 55 C.C.C. (3d) 570; 77 C.R. (3d) 232; 108 N.R. 214.....	412
<i>R. v. Amway Corp.</i> , [1989] 1 S.C.R. 21; (1989), 56 D.L.R. (4th) 309; 33 C.P.C. (2d) 163; 68 C.R. (3d) 97; 37 C.R.R. 235; [1989] 1 C.T.C. 255; 91 N.R. 18.....	68
<i>R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.</i> , [1985] 1 S.C.R. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81.....	18
<i>R. v. Chief Registrar of Friendly Societies ex p New Cross Building Society</i> , [1984] 2 All ER 27 (C.A.).....	412
<i>R. v. Collins</i> , [1987] 1 S.C.R. 265; (1987), 38 D.L.R. (4th) 508; [1987] 3 W.W.R. 699; 13 B.C.L.R. (2d) 1; 33 C.C.C. (3d) 1; 56 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 122; 74 N.R. 276.....	88
<i>R. v. Hebert</i> , [1990] 2 S.C.R. 151.....	68
<i>R. v. Imperial General Properties Limited</i> , [1985] 1 F.C. 344; (1985), 16 D.L.R. (4th) 615; [1985] 1 CTC 40; 85 DTC 5045; 56 N.R. 358 (C.A.).....	172
<i>R. v. Keegstra</i> , [1990] 3 S.C.R. 697.....	327
<i>R. v. Landry</i> (1909), 44 N.S.R. 138 (C.A.).....	355
<i>R. v. Logan</i> , [1990] 2 S.C.R. 731; (1990), 58 C.C.C. (3d) 391.....	327
<i>R. v. McKinlay Transport Ltd.</i> , [1990] 1 S.C.R. 627; (1990), 76 C.R. (3d) 283; 106 N.R. 385.....	68
<i>R. v. Oakes</i> , [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335.....	327
<i>R. v. Paul Indian Band and Attorney General of Alberta and Attorney General of Canada</i> (1983), 50 A.R. 190; [1984] 2 W.W.R. 540; 20 Alta. L.R. (2d) 310; [1984] 1 C.N.L.R. (C.A.).....	18
<i>R. v. Sparrow</i> , [1990] 1 S.C.R. 1075; [1990] 4 W.W.R. 410.....	18
<i>R. v. Sparrow</i> , [1990] 1 S.C.R. 1075; [1990] 4 W.W.R. 410.....	422
<i>R. v. Sparrow</i> , [1990] 1 S.C.R. 1075; [1990] 4 W.W.R. 410.....	433
<i>R. v. Vermette</i> , [1988] 1 S.C.R. 985; (1985), 14 O.A.C. 161; 41 C.C.C. (3d) 523; 64 C.R. (3d) 82; 84 N.R. 296.....	68
<i>R. v. Wooley</i> (1988), 40 C.C.C. (3d) 531; 63 C.R. (3d) 333; 25 O.A.C. 390 (Ont. C.A.).....	68
<i>R. ex rel. Charles J. Gillespie v. Wheeler</i> , [1979] 2 S.C.R. 650; (1979), 25 N.B.R. (2d) 209; 97 D.L.R. (3d) 605; 51 A.P.R. 209; 9 M.P.L.R. 161; 26 N.R. 323.....	355
<i>R. ex rel. Hennigar v. Stevens</i> (1969), 3 D.L.R. (3d) 668 (N.S.T.D.).....	355
<i>Rans Construction (1966) Ltd. v. Canada</i> , [1988] 1 F.C. 526; [1987] 2 C.T.C. 206; (1987), 87 DTC 5415; 16 F.T.R. 73 (T.D.).....	186
<i>Rathwell v. Rathwell</i> , [1978] 2 S.C.R. 436; (1978), 83 D.L.R. (3d) 289; [1978] 2 W.W.R. 101; 1 E.T.R. 307; 1 R.F.L. (2d) 1.....	257
<i>Re Anti-Inflation Act</i> , [1976] 2 S.C.R. 373; (1976), 68 D.L.R. (3d) 452; 9 N.R. 541.....	327

	PAGE
<i>Re B.C. Motor Vehicle Act</i> , [1985] 2 S.C.R. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266.....	68
<i>Re Boychuck and Appeal Board Established by the Public Service Commission et al.</i> (1982), 135 D.L.R. (3d) 385; 42 N.R. 204 (F.C.A.).....	44
<i>Re Knowles</i> , [1938] O.R. 369; [1938] 3 D.L.R. 178 (C.A.).....	186
<i>Re Malthby et al. and Attorney-General of Saskatchewan et al.</i> (1982), 143 D.L.R. (3d) 649; 20 Sask. R. 366; 2 C.C.C. (3d) 153; 4 C.R.R. 348 (Sask. Q.B.); affd (1984). 10 D.L.R. (4th) 745; 34 Sask. R. 177; 13 C.C.C. (3d) 308; 14 C.R.R. 132 (C.A.)....	88
<i>Re McVey</i> , [1989] 2 W.W.R. 673; (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 28; 45 C.C.C. (3d) 413 (B.C.C.A.).....	327
<i>Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)</i> (1983), 41 O.R. (2d) 113; 34 C.R. (3d) 27; 33 R.F.L. (2d) 279 (C.A.).....	327
<i>Reference re Manitoba Language Rights</i> , [1985] 1 S.C.R. 721; (1985), 19 D.L.R. (4th) 1; [1985] 4 W.W.R. 385; 35 Man. R. (2d) 83; 59 N.R. 321.....	327
<i>Regina v. Taylor and Williams</i> (1979), 55 C.C.C. (2d) 172; [1980] 1 C.N.L.R. 83 (Ont. Div. Ct.); affd. (1981), 34 O.R. (2d) 360; 62 C.C.C. (2d) 227; [1981] 3 C.N.L.R. 114 (C.A.); leave to appeal denied [1981] 2 S.C.R. xi; [1982] 1 C.N.L.R. 183.....	433
<i>Rex v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy</i> , [1924] 1 K.B. 256.....	44
<i>Rhine v. The Queen; Prytula v. The Queen</i> , [1980] 2 S.C.R. 442; (1980), 116 D.L.R. (3d) 385; 34 N.R. 290.....	273
<i>Rice c. Conseil de la bande des Iroquois de Caughnawaga et Police Iroquoise de Caughnawaga et Ministre des Affaires indiennes et du Nord</i> (13 February 1975, Cour supérieure du Québec, not reported).....	355
<i>Ricketts v. Department of Transport</i> (1983), 52 N.R. 381 (F.C.A.).....	44
<i>Rider v. Ear</i> (1979), 103 D.L.R. (3d) 168; [1979] 6 W.W.R. 226; [1979] 4 C.N.L.R. 119 (Alta. T.D.).....	355
<i>Roberts v. Canada</i> , [1989] 1 S.C.R. 322; [1989] 3 W.W.R. 117; (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 1; 25 F.T.R. 161; 92 N.R. 241.....	273
<i>Robertson v. Yeomans</i> , [1982] 1 F.C. 53; (1981), 121 D.L.R. (3d) 353; 58 C.C.C. (2d) 1 (T.D.).....	88
<i>Robins v. Minister of Employment and Immigration et al.</i> (1987), 15 F.T.R. 97; 8 Imm. L.R. (2d) 8 (F.C.T.D.).....	235
<i>Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario</i> , [1990] 2 S.C.R. 232; (1990), 111 N.R. 161.....	327
<i>Russian Commercial and Industrial Bank v. British Bank for Foreign Trade</i> , [1921] 2 A.C. 438, (H.L.).....	30
<i>Rustomjee v. The Queen</i> , [1876] 1 Q.B.D. 487; [1876] 2 Q.B.D. 69 (C.A.).....	379
<i>Ryder v. Commission</i> , CUB 15322, dated 16/5/88, Strayer J. ....	257
<i>Sault v. LaForme</i> , [1989] 2 F.C. 701; (1989), 25 F.T.R. 241 (T.D.).....	355
<i>Scott v. Scott</i> , [1913] A.C. 417 (H.L.).....	412
<i>Seawest Engines Ltd. v. M.V. Quala Nimm</i> , Stinson T.O., T-6096-80, taxation dated 24/6/83, not reported.....	61
<i>Seminole Nation v. United States</i> , 62 S.Ct. 1049 (1942).....	18
<i>Shuswap Cable Ltd. v. Canada</i> , [1987] 1 F.C. 505; (1986), 31 D.L.R. (4th) 349; 13 C.P.C. (3d) 128; 5 F.T.R. 114 (T.D.).....	455

	PAGE
<i>Simpson v. Local Board of Health of Belleville</i> (1917), 41 O.L.R. 320 (H.C.).....	226
<i>Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration</i> , [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1.....	117
<i>Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration</i> , [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1.....	142
<i>Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration</i> , [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1.....	235
<i>Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration</i> , [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1.....	327
<i>Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans and Labour Standards Tribunal (N.S.)</i> , [1989] 1 S.C.R. 238; (1989), 90 N.S.R. (2d) 271; 57 D.L.R. (4th) 1; 230 A.P.R. 271; 25 C.C.E.L. 162; 89 CLLC 14,017; 92 N.R. 179.....	206
<i>Sobrie v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> (1987), 3 Imm. L.R. (2d) 81 (F.C.T.D.).....	235
<i>Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et al. v. Association of Parents for Fairness in Education et al.</i> , [1986] 1 S.C.R. 549; (1986), 69 N.B.R. (2d) 271; 27 D.L.R. (4th) 406; 177 A.P.R. 271; 66 N.R. 173; confg. <i>Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. and Association des Conseillers Scolaires Francophones du Nouveau-Brunswick v. Minority Language School Board No. 50 (defendant) and Association of Parents for Fairness in Education, Grand Falls, District 50 Branch (intended intervenor)</i> (1984), 54 N.B.R. (2d) 198; 8 D.L.R., (4th) 238; 140 A.P.R. 198; 8 Admin. L.R. 138 (C.A.).....	206
<i>Soenen v. Director of Edmonton Remand Centre, Attorney General of Alberta and Solicitor General of Alberta</i> (1983), 48 A.R. 31; 31 D.L.R. (4th) 658; [1984] 1 W.W.R. 71; 28 Alta. L.R. (2d) 62; 8 C.C.C. (3d) 224; 35 C.R. (3d) 206; 6 C.R.R. 368 (Q.B.).....	88
<i>Solosky v. The Queen</i> , [1980] 1 S.C.R. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380.....	30
<i>Southam Inc. v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1987] 3 F.C. 329; (1987), 13 F.T.R. 138; 3 Imm. L.R. (2d) 226 (T.D.).....	327
<i>St. Anne Nackawic Pulp &amp; Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219</i> , [1986] 1 S.C.R. 704; (1986), 73 N.B.R. (2d) 236; 28 D.L.R. (4th) 1; 184 A.P.R. 236; 86 CLLC 14,037; 68 N.R. 112.....	455
<i>The King ex rel Boudret v. Johnston</i> , [1923] 2 D.L.R. 278; (1923), 56 N.S.R. 214 (C.A.).....	355
<i>The Queen v. F.E. Cummings Construction Ltd.</i> , [1974] 2 F.C. 9 (T.D.).....	273
<i>Thomas v. The King</i> , [1928] Ex.C.R. 26; [1928] 2 D.L.R. 535.....	379
<i>Thomson v. Canada</i> , [1988] 3 F.C. 108; (1988), 50 D.L.R. (4th) 454; 31 Admin. L.R. 14; 84 N.R. 169 (C.A.).....	327
<i>Thomson v. Lambert</i> , [1938] S.C.R. 253; [1938] 2 D.L.R. 545; (1938), 70 C.C.C. 78.....	68
<i>Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)</i> , [1990] 1 S.C.R. 425; (1990), 76 C.R. (3d) 129..	68
<i>Tito v. Wadell (No. 2)</i> , [1977] Ch. 106.....	379
<i>Toronto Star Newspapers Ltd. v. Kenney</i> , [1990] 1 F.C. 425; (1990), 33 F.T.R. 194; 10 Imm. L.R. (2d) 22 (T.D.).....	327
<i>Trotchie v. R.</i> , [1978] 1 A.C.W.S. 397.....	355
<i>Turcotte v. McLaughlin et Seafarers' International Union of Canada</i> , [1967] Q.B. 739; (1967), 64 D.L.R. (2d) 645 (Que.).....	355



	PAGE
<i>Uddin v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , T-1017-87, F.C.T.D., Daoust J., judgment dated 2/12/88, not reported .....	142
<i>Union Oil Co. of Canada Ltd. v. The Queen</i> , [1976] 1 F.C. 74; (1975), 72 D.L.R. (3d) 81 (C.A.); affd. [1976] 2 S.C.R. v .....	212
<i>Uy v. Minister of Employment and Immigration</i> (1989), 27 F.T.R. 178; 8 Imm. L.R. (2d) 237 (F.C.T.D.) .....	201
<i>Vennari v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)</i> , [1987] 3 F.C. 129; (1987), 76 N.S.R. (2d) 147; 36 D.L.R. (4th) 614; 87 CLLC 14,018 (C.A.) .....	257
<i>W.H. Brady Co. v. Letraset Canada Ltd.</i> , [1990] 1 F.C. 51; (1989), 28 C.P.R. (3d) 167; 30 F.T.R. 153 (T.D.) revg <i>W.H. Brady Co. v. Letraset Canada Ltd.</i> , [1990] 1 F.C. 46 (T.D.) .....	226
<i>W.H. Brady Co. v. Letraset Canada Ltd.</i> (1985), 7 C.P.R. (3d) 82; 7 C.I.P.R. 1 .....	226
<i>Wang (L.) v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> (1988), 23 F.T.R. 257; 7 Imm. L.R. (2d) 30 (F.C.T.D.) .....	165
<i>Weatherall v. Canada (Attorney General)</i> , [1988] 1 F.C. 369; (1987), 59 C.R. (3d) 247; 11 F.T.R. 279 (T.D.) .....	88
<i>Weatherall v. Canada (Attorney General)</i> , [1989] 1 F.C. 18; (1988), 65 C.R. (3d) 27; 19 F.T.R. 160; 86 N.R. 168 (C.A.) .....	88
<i>Whitebear Band Council and Carpenters Provincial Council of Saskatchewan et al., Re</i> (1982), 135 D.L.R. (3d) 128; [1982] 3 W.W.R. 554; 15 Sask. R. 37 (C.A.) .....	18
<i>Wilcox v. Canadian Broadcasting Corp.</i> , [1980] 1 F.C. 326; (1979), 101 D.L.R. (3d) 484 (T.D.) .....	455
<i>Williams v. Wentworth</i> (1842), 5 Beav. 325; 49 E.R. 603 (Ch.) .....	379
<i>Willis v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , A-793-87, F.C.A., Reed J., judgment dated 5/7/88, not reported .....	142
<i>Wilson v. Minister of Justice</i> , [1985] 1 F.C. 586 (C.A.); (1985), 13 Admin. L.R. 1; 20 C.C.C. (3d) 206; 6 C.P.R. (3d) 283; 46 C.R. (3d) 91; 16 C.R.R. 271; 60 N.R. 194..	88
<i>Wiswell et al. v. Metropolitan Corpn. of Greater Winnipeg</i> , [1965] S.C.R. 512; (1965), 51 D.L.R. (2d) 754; 51 W.W.R. 513 .....	142
<i>Worrall v. Harford</i> (1802), 8 Ves. Jun. 4; 32 E.R. 250 (H.C. of Ch.) .....	379
<i>Yhap v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1990] 1 F.C. 722; (1990), 9 Imm. L.R. (2d) 69; 29 F.T.R. 223 (T.D.) .....	235
<i>Yri-York Ltd. v. Canada</i> , [1988] 3 F.C. 186; (1988), 30 Admin. L.R. 1; 16 F.T.R. 319; 83 N.R. 195 (C.A.) .....	68
<i>Yri-York Ltd. v. Canada (Attorney General)</i> , [1988] 3 F.C. 186; (1988), 30 Admin. L.R. 1; 16 F.T.R. 391; 83 N.R. 195 (C.A.) .....	292



**STATUTES  
AND  
REGULATIONS  
JUDICIALLY  
CONSIDERED**

**LOIS  
ET  
RÈGLEMENTS**

**STATUTES**

**LOIS**

**CANADA**

**CANADA**

PAGE

<p><b>Access to Information Act,</b> R.S.C., 1985, c. A-1 — — —</p>	<p><b>Loi sur l'accès à l'information,</b> L.R.C. (1985), chap. A-1</p>	117
<p><b>Broadcasting Act,</b> R.S.C., 1985, c. B-9</p> <p>s./art. 3 . . . . .</p> <p>s./art. 5 . . . . .</p> <p>s./art. 6 . . . . .</p> <p>s./art. 8 . . . . .</p> <p>s./art. 10 . . . . .</p> <p>s./art. 15 . . . . .</p> <p>s./art. 17 . . . . .</p> <p>s./art. 39 . . . . .</p>	<p><b>Loi sur la radiodiffusion,</b> L.R.C. (1985), chap. B-9</p>	455 455 455 455 455 455 455 455
<p><b>Canada Evidence Act,</b> R.S.C., 1985, c. C-5</p> <p>s./art. 3 . . . . .</p> <p>s./art. 5 . . . . .</p> <p>s./art. 37 . . . . .</p>	<p><b>Loi sur la preuve au Canada,</b> L.R.C. (1985), chap. C-5</p>	412 412 117
<p><b>Canada Labour Code,</b> R.S.C., 1985, c. L-2</p> <p>s./art. 56 . . . . .</p> <p>s./art. 57 . . . . .</p>	<p><b>Code canadien du travail,</b> L.R.C. (1985), chap. L-2</p>	455 455
<p><b>Canadian Bill of Rights,</b> R.S.C., 1985, Appendix III</p> <p>s./art. 1(c) . . . . .</p>	<p><b>Déclaration canadienne des droits,</b> L.R.C. (1985), appendice III</p>	292
<p><b>Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)</b></p> <p>— — —</p> <p>s./art. 1 . . . . .</p>	<p><b>Charte canadienne des droits et libertés qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.)</b></p>	18, 235 68, 88, 117, 327

	PAGE
<b>Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982—Continued</b>	
<b>Charte canadienne des droits et libertés qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982—Suite</b>	
s./art. 2(b) .....	327, 412
s./art. 2(d) .....	292
s./art. 7 .....	68, 88, 117, 142, 327
s./art. 8 .....	68, 88
s./art. 11(c) .....	68
s./art. 11(d) .....	68
s./art. 13 .....	68, 412
s./art. 24 .....	68
<b>Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34</b>	
<b>Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), chap. C-34</b>	
s./art. 1.1 .....	292
s./art. 10 .....	292
s./art. 45 .....	292
s./art. 45.1 .....	292
s./art. 92 .....	292
s./art. 97 .....	292
<b>Competition Tribunal Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19</b>	
<b>Loi sur le Tribunal de la concurrence, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), chap. 19</b>	
s./art. 8(2) .....	292
s./art. 16 .....	292
<b>Constitution Act, 1867, 30 &amp; 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]</b>	
<b>Loi constitutionnelle de 1867, 30 &amp; 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n<sup>o</sup> 5]</b>	
s./art. 92(14) .....	206
s./art. 96 .....	206, 292
s./art. 101 .....	206, 212, 273, 292, 422
s./art. 146 .....	30
<b>Constitution Act, 1871, 34 &amp; 35 Vict., c. 28 (U.K.)</b>	
<b>Loi constitutionnelle de 1871, 34 &amp; 35 Vict., chap. 28 (R.-U.)</b>	
.....	30
<b>Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]</b>	
<b>Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n<sup>o</sup> 44]</b>	
.....	30
s./art. 35 .....	433
s./art. 41(a) .....	212
s./art. 45 .....	212
s./art. 52(1) .....	327
<b>Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46</b>	
<b>Code criminel, L.R.C. (1985), chap. C-46</b>	
s./art. 312 .....	68
<b>Department of Veterans Affairs Act, R.S.C., 1985, c. V-1</b>	
<b>Loi sur le ministère des Anciens combattants, L.R.C. (1985), chap. V-1</b>	
.....	379
<b>Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7</b>	
<b>Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7</b>	
s./art. 2 .....	206, 212, 355, 455
s./art. 2(g) .....	422
s./art. 3 .....	206

<b>Federal Court Act—Continued</b>	<b>Loi sur la Cour fédérale—Suite</b>	
s./art. 4 .....		206
s./art. 17(4) .....		273
s./art. 17(5)(a) .....		273
s./art. 18 .....	68, 186, 212, 292, 355, 422, 455	455
s./art. 19 .....		212
s./art. 23 .....		455
s./art. 25 .....		212
s./art. 28 .....	44, 142, 318, 327, 404, 412	412
s./art. 36 .....		379
s./art. 44 .....		422, 455
s./art. 52(b)(i) .....		165, 201
<b>Financial Administration Act,</b> R.S.C., 1985, c. F-11	<b>Loi sur la gestion des finances publiques,</b> L.R.C. (1985), chap. F-11	
s./art. 2 .....		379
s./art. 17 .....		379
s./art. 18(2) .....		379
s./art. 20(3) .....		379
s./art. 21(2) .....		379
s./art. 26 .....		379
s./art. 37 .....		379
<b>Immigration Act,</b> R.S.C., 1985, c. I-2	<b>Loi sur l'immigration,</b> L.R.C. (1985), chap. I-2	
s./art. 3 .....		235
s./art. 8(1) .....		186
s./art. 9(3) .....		186
s./art. 11(1) .....		186
s./art. 11(2) .....		186
s./art. 11(3) .....		186
s./art. 19(1)(a)(ii) .....		186
s./art. 19(2)(d) .....		186
s./art. 27 .....		327
s./art. 27(2)(g) .....		235
s./art. 29(3) .....		327
s./art. 38 .....		235
s./art. 43(1) .....		327
s./art. 46.02 .....		404
s./art. 67 .....		404
s./art. 68 .....		404
s./art. 69.1 .....		404
s./art. 82.1 .....		235
s./art. 82.1(1) .....		404
s./art. 82.3(2) .....		404
s./art. 94 .....		235
s./art. 114(2) .....		235
<b>Immigration Act, 1976,</b> S.C. 1976-77, c. 52	<b>Loi sur l'immigration de 1976,</b> S.C. 1976-77, chap. 52	
.....		142
s./art. 6(1) .....		201
s./art. 29 .....		327
<b>Income Tax Act,</b> R.S.C. 1952, c. 148	<b>Loi de l'impôt sur le revenu,</b> S.R.C. 1952, chap. 148	
s./art. 231.2 .....		68
s./art. 238.2 .....		68
s./art. 239(1) .....		68
s./art. 241(3) .....		68

<b>Income Tax Act—Continued</b>	<b>Loi de l'impôt sur le revenu—Suite</b>	
S.C. 1970-71-72, c. 63	S.C. 1970-71-72, chap. 63	
s./art. 16 .....		412
s./art. 18(1)(a) .....		172
s./art. 18(1)(e) .....		172
s./art. 241 .....		412
<b>Indian Act,</b>	<b>Loi des sauvages,</b>	
R.S.C. 1906, c. 81	S.R.C. 1906, chap. 81	
s./art. 17 .....		273
s./art. 18 .....		273
s./art. 48 .....		273
s./art. 49 .....		273
<b>Indian Act,</b>	<b>Loi sur les Indiens,</b>	
R.S.C. 1970, c. I-6	S.R.C. 1970, chap. I-6	
s./art. 18(1) .....		3
R.S.C., 1985, c. I-5	L.R.C. (1985), chap. I-5	
.....		30
s./art. 10(4) .....		18
s./art. 18(1) .....		379
s./art. 61(2) .....		379
s./art. 74(1) .....		355
s./art. 81 .....		18
s./art. 114 .....		433
s./art. 115 .....		433
s./art. 116 .....		433
s./art. 117 .....		433
s./art. 118 .....		433
s./art. 119 .....		433
s./art. 120 .....		433
s./art. 121 .....		433
s./art. 122 .....		433
<b>Indian Oil and Gas Act,</b>	<b>Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes,</b>	
S.C. 1974-75-76, c. 15	S.C. 1974-75-76, chap. 15	
.....		3
<b>Interpretation Act,</b>	<b>Loi d'interprétation,</b>	
R.S.C., 1985, c. I-21	L.R.C. (1985), chap. I-21	
s./art. 13 .....		422
<b>James Bay and Northern Quebec Native Claims Settlement Act,</b>	<b>Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois</b>	
S.C. 1976-77, c. 32	S.C. 1976-77, chap. 32	
s./art. 3 .....		422
<b>Manitoba Act, 1870,</b>	<b>Loi de 1870 sur le Manitoba,</b>	
S.C. 1870, c. 3	S.C. 1870, chap. 3	
.....		30
<b>Narcotic Control Act,</b>	<b>Loi sur les stupéfiants,</b>	
R.S.C., 1985, c. N-1	L.R.C. (1985), chap. N-1	
s./art. 4(1) .....		68
s./art. 5(1) .....		68
<b>Parole Act,</b>	<b>Loi sur la libération conditionnelle,</b>	
R.S.C., 1985, c. P-2	L.R.C. (1985), chap. P-2	
.....		117
<b>Penitentiary Act,</b>	<b>Loi sur les pénitenciers,</b>	
R.S.C., 1985, c. P-5	L.R.C. (1985), chap. P-5	
.....		88

<b>Pension Act,</b> R.S.C. 1927, c. 157 s./art. 11 .....	<b>Loi sur les pensions,</b> S.R.C. 1927, chap. 157 .....	379
R.S.C., 1985, c. P-6 s./art. 21(1) .....	L.R.C. (1985), chap. P-6 .....	379
s./art. 31 .....	.....	379
s./art. 35(1) .....	.....	379
s./art. 41(1) .....	.....	379
s./art. 72(1) .....	.....	379
<b>Privacy Act,</b> R.S.C., 1985, c. P-21 .....	<b>Loi sur la protection des renseignements personnels,</b> L.R.C. (1985), chap. P-21 .....	117
<b>Public Service Employment Act,</b> R.S.C., 1985, c. P-33 s./art. 10 .....	<b>Loi sur l'emploi dans la fonction publique,</b> L.R.C. (1985), chap. P-33 .....	44
s./art. 12 .....	.....	44
s./art. 21 .....	.....	44
<b>Rupert's Land Act, 1868,</b> [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 6] .....	<b>Acte de la Terre de Rupert, 1868,</b> [L.R.C. (1985), appendice II, n° 6] .....	30
<b>Tax Court of Canada Act,</b> R.S.C., 1985, c. T-2 s./art. 16 .....	<b>Loi sur la Cour canadienne de l'impôt,</b> L.R.C. (1985), chap. T-2 .....	412
<b>Unemployment Insurance Act,</b> R.S.C., 1985, c. U-1 s./art. 9(6) .....	<b>Loi sur l'assurance-chômage,</b> L.R.C. (1985), chap. U-1 .....	318
s./art. 79 .....	.....	318
s./art. 80 .....	.....	318
s./art. 86 .....	.....	318

NOVA SCOTIA

NOUVELLE-ÉCOSSE

<b>Labour Standards Code,</b> S.N.S. 1972, c. 10 s./art. 34(1) .....	<b>Labour Standards Code,</b> S.N.S. 1972, chap. 10 .....	257
<b>Municipal Act,</b> R.S.N.S. 1967, c. 192 .....	<b>Municipal Act,</b> R.S.N.S. 1967, chap. 192 .....	355

ONTARIO

ONTARIO

<b>Employment Standards Act,</b> R.S.O. 1980, c. 137 s./art. 15 .....	<b>Loi sur les normes d'emploi,</b> L.R.O. 1980, chap. 137 .....	257
<b>Pits and Quarries Control Act, 1971</b> S.O. 1971, c. 96 s./art. 11 .....	<b>Pits and Quarries Control Act, 1971</b> L.O. 1971, chap. 96 .....	172
s./art. 19 .....	.....	172
<b>Pits and Quarries Control Regulations,</b> O. Reg. 545/71 s./art. 2 .....	<b>Pits and Quarries Control Regulations,</b> Règl. de l'Ont. 545/71 .....	172
s./art. 5 .....	.....	172

**ORDERS AND REGULATIONS**

**ORDONNANCES ET RÈGLEMENTS**

**Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order,**

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

SOR/84-467

422

**Guardianship of Veterans' Property Regulations,**

**Règlement sur la curatelle des biens des anciens combattants,**  
C.R.C., chap. 1579

C.R.C., c. 1579

379

**Immigration Regulations, 1978,**

**Règlement sur l'immigration de 1978,**  
DORS/78-172

SOR/78-172

s./art. 8

165

s./art. 8(1)(a)

201

s./art. 8(1)(b)

201

s./art. 9(1)(a)

201

s./art. 9(1)(b)

201

s./art. 11(3)

201

s./art. 11(3)(b)

165

s./art. 22

186

**Income Tax Regulations,**

**Règlement de l'impôt sur le revenu,**  
DORS/54-682

SOR/54-682

s./art. 22

172

s./art. 1104(5)

172

s./art. 1104(6)

172

s./art. 1104(7)

172

s./art. 1104(8)

172

**Indian Band Election Regulations,**

**Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens,**  
C.R.C., chap. 952

C.R.C., c. 952

s./art. 12(1)

355

**Indian Oil and Gas Regulations,**

**Règlement sur l'exploitation du pétrole et le gaz des réserves indiennes,**  
DORS/66-300

SOR/66-300

3

C.R.C., c. 963

C.R.C., chap. 963

s./art. 21(7)

3

**Indian Referendum Regulations,**

**Règlement sur les référendums des Indiens,**  
C.R.C., chap. 957

C.R.C., c. 957

s./art. 31(1)

355

**Parole Regulations,**

**Règlement sur la libération conditionnelle de détenus,**  
C.R.C., chap. 1249

C.R.C., c. 1249

s./art. 17(5)

117

**Penitentiary Service Regulations,**

**Règlement sur le service des pénitenciers,**  
C.R.C., chap. 1251

C.R.C., c. 1251

s./art. 38.1(2)

88

s./art. 39(a)

88

s./art. 41(2)(c)

88



		PAGE
<b>Receipt and Deposit of Public Money Regulations,</b> C.R.C., c. 728	<b>Règlement sur la réception et le dépôt des deniers publics,</b> C.R.C., chap. 728	379
<b>Refugee Claims Backlog Regulations,</b> SOR/86-701 s./art. 2(d)(i)	<b>Règlement sur l'arriéré des revendications du statut de réfugié,</b> DORS/86-701	142
<b>Repayment of Receipts Regulations,</b> C.R.C., c. 729	<b>Règlement sur le remboursement des recettes,</b> C.R.C., chap. 729	379
<b>Revenue Trust Account Regulations,</b> C.R.C., c. 730	<b>Règlement sur les comptes en fiducie de revenu,</b> C.R.C., chap. 730	379
<b>Rupert's Land and North-Western Territory Order,</b> [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 9] (as am. by <i>Canada Act, 1982, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the Constitution Act, 1982, Item 3).</i>	<b>Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest,</b> [L.R.C. (1985), appendice II, n° 9] (mod. par la <i>Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la Loi constitutionnelle de 1982, n° 3)</i>	30
<b>Unemployment Insurance Regulations,</b> C.R.C., c. 1576 s./art. 57(2)(a) s./art. 66	<b>Règlement sur l'assurance-chômage,</b> C.R.C., chap. 1576	257 318
<b>Veterans Care Regulations,</b> SOR/84-709	<b>Règlement sur le soin des anciens combattants,</b> DORS/84-709	379
<b>Veterans Treatment Regulations,</b> C.R.C., c. 1585	<b>Règlement sur le traitement des anciens combattants,</b> C.R.C., chap. 1585	379

## RULES

## RÈGLES

<b>Competition Tribunal Rules,</b> SOR/87-373 R. 15 R. 40(2)	<b>Règles du Tribunal de la concurrence,</b> DORS/87-373	292 292
<b>Federal Court Rules,</b> C.R.C., c. 663 R. 2(1) R. 5 R. 320(1) R. 324 R. 329 R. 330 R. 332(1) R. 336(1)(b)(i) R. 336(5) R. 341A(4) R. 344(1)	<b>Règles de la Cour fédérale,</b> C.R.C., chap. 663	273 206 292 61 142 142 292 226 18 327 61

	PAGE
<b>Federal Court Rules—Continued</b>	
R. 346(1).....	61
R. 346(1.1).....	61
R. 346(2).....	226
R. 355.....	186
R. 419.....	18, 30
R. 419(1)(a).....	455
R. 419(1)(e).....	273
R. 469(3).....	355
R. 475.....	3
R. 1010(3).....	206
R. 1101(a).....	68
R. 1711.....	379
R. 1716(2)(b).....	273
R. 1723.....	30
R. 1726.....	273
R. 1729.....	273
R. 1733.....	142, 226
R. 1906.....	186
<b>Immigration Appeal Board Rules (Convention Refugees), 1981, SOR/81-420</b>	
R. 2.....	142
R. 5.....	142
R. 22.....	142

**Règles de la Cour fédérale—Suite****Règles de 1981 de la Commission d'appel de l'immigration (réfugié au sens de la Convention),  
DORS/81-420****TREATIES****TRAITÉS**

<b>International Covenant on Civil and Political Rights, Dec. 19, 1966 [1976] Can. T.S. No. 47</b>	<b>Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 19 déc. 1966 [1976] R.T. Can. n° 47</b>	
s./art. 1(1).....		30
s./art. 1(2).....		30
s./art. 1(3).....		30
s./art. 27.....		30
<b>Treaty between Her Majesty the Queen and the Chipewa and Cree Indians of Manitoba and Country Adjacent. Canada. Treaties. Indian Treaties and Surrenders from 1680 to 1890, Vol. 1 Treaty No. 124</b>	<b>Traité conclu entre Sa Majesté la Reine et les Chi- paouais et les Cris du Manitoba et des ter- ritoires adjacents. Canada. Treaties. Indian Treaties and Surrenders from 1680 to 1890, Vol. 1, Treaty No. 124</b>	
.....		433

## AUTHORS CITED

---

### DOCTRINE

	PAGE
<i>Black's Law Dictionary</i> , 6th ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, "organization" .....	235
Borchard, Edwin. <i>Declaratory Judgments</i> , 2nd ed., Cleveland: Banks Baldwin Law Publishing Co., 1941 .....	30
de Smith, S.A. <i>Judicial Review of Administrative Action</i> , 4th ed. by J.M. Evans. London: Stevens & Sons Ltd., 1980.....	355
Dussault, R. and Borgeat, L. <i>Administrative Law: A Treatise</i> , 2nd ed., vol. 4, Toronto: Carswell, 1990 .....	355
Evans, J.M. <i>de Smith's Judicial Review of Administrative Action</i> , 4th ed., London: Stevens & Sons Ltd., 1980.....	117
Gautreau, J. R. Maurice "Demystifying the Fiduciary Mystique" (1989), 68 <i>Can. Bar Rev.</i> 1 .....	3
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 44, 4th ed. London: Butterworths, 1983, para. 938 .....	422
Jones, David Phillip and de Villars, Anne S. <i>Principles of Administrative Law</i> , Toronto: Carswell Co. Ltd., 1985.....	142
McKenna Christine Boersma "Hold Separate Orders in Government Antimerger suits" (1982), 70 <i>Georgetown L.J.</i> 1337 .....	292
Note "Preliminary Relief For the Government under Section 7 of the Clayton Act" (1965), 79 <i>Harv. L.R.</i> 391 .....	292
Reid, Robert F. and David, Hillel <i>Administrative Law and Practice</i> , 2nd ed., Toronto: Butterworths, 1978 .....	186
Sgayias, David et al. <i>Federal Court Practice 1990</i> , Toronto: Carswell, 1990.....	212
Underhill, Arthur <i>Law Relating to Trusts and Trustees</i> , 4th ed. by David J. Hayton, London: Butterworths & Co. (Publishers) Ltd. 1987.....	257
Waddams, S. M. <i>The Law of Contracts</i> , 2nd ed. Toronto: Canada Law Book Inc., 1984 .....	433
Waters, D. W. M. <i>Law of Trusts in Canada</i> , 2nd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1984.....	257
Weinrib, Ernest J. "The Fiduciary Obligation" (1975), 25 <i>U.T.L.J.</i> 1 .....	379

## ERRATUM

We have now been advised that in *Northeast Marine Services Ltd. v. Canada*, [1991] 1 F.C. 601, counsel for the defendant, Her Majesty the Queen in Right of Canada, was A.R. Pringle of the Halifax Regional Office of the Department of Justice and not Tosh Hayashi of the Halifax law firm Metcalf, Hayashi. Counsel for the other defendant, Atlantic Pilotage Authority, was not involved in this proceeding, an application to strike out the statement of claim as against the Crown.

On nous informe que dans l'affaire *Northeast Marine Services Ltd. c. Canada*, [1991] 1 C.F. 601, l'avocat de la défenderesse, Sa Majesté la Reine du chef du Canada, était A.R. Pringle du Bureau régional de Halifax du ministère de la Justice et non Tosh Hayashi de l'étude Metcalf, Hayashi de Halifax. L'avocat de l'autre défenderesse, Administration de pilotage de l'Atlantique, n'était pas partie à l'instance qui consiste en une demande de radiation de la déclaration visant la Couronne.

## ERRATUM

In *Gough v. Canada (National Parole Board)*, [1991] 2 F.C., Part 2, at page D-20, the first line should read "Appeal from judgment ([1991] 2 F.C. 117 (T.D.)) quashing".

Dans la décision *Gough c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1991] 2 C.F., fascicule 2, à la page F-25, la première ligne devrait se lire comme suit: «Appel d'un jugement ([1991] 2 C.F. 117 (1<sup>re</sup> inst.)) annulant».

T-3904-78

T-3904-78

Leo Bruno, Edward J. Arcand, James J. Arcand, Arsene Arcand, Stanley Arcand, Angus Paul, George LaFleche, for and on behalf of themselves personally, and for and on behalf of the Alexander Band Indian Council, and the Members of the Alexander Band No. 134, and the Alexander Band No. 134 (*Plaintiffs*)

v.

Her Majesty the Queen in Right of Canada as represented by The Minister of Indian Affairs and Northern Development (*Defendant*)

INDEXED AS: ALEXANDER BAND NO. 134 v. CANADA (MINISTER OF INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT) (T.D.)

Trial Division, Strayer J.—Edmonton, September 25; Ottawa, November 26, 1990.

*Native peoples — Lands — Plaintiffs surrendering oil and gas rights on reserve lands to Crown for lease on their behalf — Losing \$1 million due to unreasonable delays in adopting Indian Oil and Gas Regulations in 1977 — Crown's general fiduciary obligation towards each Indian band in respect of reserve land discussed — Failure to adopt Regulations sooner breach of duty — Although normally no obligation to legislate, possible exception where necessary to adequately perform fiduciary obligation — No liability for failure to legislate Regulations sooner given general application and wide range of activities covered — Narrow wording of special case precluding Court from granting relief.*

*Crown — Plaintiffs losing \$1 million due to unreasonable delay in adopting Indian Oil and Gas Regulations — Fiduciary duty owed to each Indian band in respect of reserve land discussed — Failure to adopt regulations sooner breach of fiduciary duty — Normally no legal obligation to legislate, but possible exception in sui generis relationship — No liability for failure to adopt Regulations sooner given general application and wide range of activities covered — Exercise of general legislative power surpassing fiduciary obligation owed to particular plaintiffs.*

*Energy — Indian Oil and Gas Regulations adopted in 1977 of general application and covering wide range of activities relating to mineral rights on reserve lands — Plaintiffs losing \$1 million during period of rapidly increasing international oil*

Leo Bruno, Edward J. Arcand, James J. Arcand, Arsene Arcand, Stanley Arcand, Angus Paul, George LaFleche, pour leur propre compte et pour celui du conseil de la bande Alexander, les membres de la bande Alexander (n° 134) et la bande Alexander (n° 134) (*demandeurs*)

b c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien (*défenderesse*)

c

RÉPERTORIÉ: BANDE ALEXANDER (N° 134) c. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN) (1<sup>re</sup> INST.)

Section de première instance, juge Strayer—Edmonton, 25 septembre; Ottawa, 26 novembre 1990.

*Peuples autochtones — Terres — Les demandeurs ont cédé à la Couronne leurs droits sur le pétrole et le gaz afférents aux terres de leur réserve afin que ceux-ci soient cédés à bail pour leur compte — Perte de un million de dollars imputable à l'adoption déraisonnablement tardive, en 1977, du Règlement sur le pétrole et le gaz des terres indiennes — Obligation générale de fiduciaire de la Couronne envers chacune des bandes indiennes relativement à leurs réserves — L'omission de prendre le Règlement plus tôt constitue une violation de cette obligation — Même s'il n'y a habituellement pas d'obligation de légiférer, il peut en être autrement lorsque cela est nécessaire pour bien s'acquitter d'une obligation de fiduciaire — Aucune responsabilité découlant de l'omission d'adopter le Règlement plus tôt en raison de l'application générale de celui-ci et du large éventail des activités qu'il vise — Le libellé restrictif du mémoire spécial empêche le tribunal d'accorder un redressement.*

*Couronne — Perte de un million de dollars subie par les demandeurs à cause de l'adoption déraisonnablement tardive du Règlement sur le pétrole et le gaz des terres indiennes — Examen de l'obligation de fiduciaire envers chacune des bandes indiennes relativement à leurs réserves — L'omission de prendre le Règlement plus tôt entraîne la violation de l'obligation de fiduciaire — Il n'existe habituellement pas d'obligation légale de légiférer, mais il peut en être autrement dans le cadre d'un rapport sui generis — Aucune responsabilité découlant de l'omission d'adopter le Règlement plus tôt en raison de l'application générale de celui-ci et du large éventail des activités qu'il vise — L'exercice du pouvoir législatif général va au-delà de l'obligation de fiduciaire envers les demandeurs.*

*Énergie — Le Règlement sur le pétrole et le gaz des terres indiennes adopté en 1977 est d'application générale et vise un large éventail d'activités liées aux droits miniers dans la réserve — Les demandeurs ont subi une perte de un million de*

*prices due to unreasonable delay in adopting Regulations — Fiduciary duty owed by Crown to Indians re: reserve lands discussed — Effect of duty on obligation to legislate — No liability for failure to legislate sooner as Regulations of general application and wide scope.*

This was a special case for determination under Rule 475. In 1947 the Alexander Band surrendered to the Crown all of the petroleum and natural gas rights on its reserve to lease on its behalf, provided that it would be paid royalties. Many leases were entered into under this arrangement between 1947 and 1977. Due to the actions of the Organization of Petroleum Exporting Countries in 1973 there was a rapid increase in the international price of oil, thereby increasing the value of oil and gas extracted in Canada. The Alberta Government promptly enacted regulations which raised royalties for most owners of mineral rights, although the plaintiffs were excepted. Although the federal Regulations were amended in 1974 to increase the royalty rates paid for oil and gas produced from Indian reserves, the plaintiffs still were not paid as much as other Indian bands in Alberta which had the benefit of Alberta regulations. In 1974 the new federal *Indian Oil and Gas Act* authorized the Governor in Council to make regulations prescribing the royalties on oil and gas obtained from Indian lands. No such regulations were made until the *Indian Oil and Gas Regulations* were adopted in 1977. In the interval there had been extensive consultation with Indian bands in western Canada and Ontario. The plaintiffs lost approximately one million dollars as a result of the delay. The plaintiffs argued that the defendant had a duty to enact, in a timely manner, Regulations raising the royalties received by them to levels equivalent to those received by other Alberta bands. The defendant argued that the exercise of the Governor in Council's discretion to make regulations is unfettered and beyond judicial review. The issues were: whether the defendant had a duty to adopt the 1977 *Indian Oil and Gas Regulations* sooner; whether it had breached any such duty; whether any such breach had caused plaintiffs any damages; and the quantum of any such damages.

*Held*, the action should be dismissed.

The plaintiffs suffered a loss which *prima facie* could have been avoided by timely adoption of new regulations by the defendant.

The Crown owes a general fiduciary obligation to each Indian band in respect of its reserve land: *Guerin et al. v. The Queen et al.* The fact that since the Royal Proclamation of 1763 Indian title can only be surrendered to the Crown, and only the Crown can alienate it thereafter, means that the Crown is interposed between the Indians and prospective purchasers or lessees to guard against the exploitation of the

*dollars au cours d'une période où le prix international du pétrole a monté en flèche, à cause du retard déraisonnable apporté dans l'adoption du Règlement — Examen de l'obligation de fiduciaire de la Couronne envers les Indiens relativement à leurs réserves — Conséquences de cette obligation sur celle de légiférer — Aucune responsabilité découlant de l'omission de légiférer plus tôt étant donné que le Règlement est d'application générale et a une portée étendue.*

La Cour est appelée à statuer sur un mémoire spécial en application de la Règle 475. En 1947, la bande Alexander a cédé à la Couronne tous les droits sur le pétrole et le gaz naturel afférents à sa réserve afin que ceux-ci soient cédés à bail, pour son compte, et que des redevances lui soient versées. Par suite de cette cession, de nombreux baux ont été conclus entre 1947 et 1977. En raison des mesures prises en 1973 par l'Organisation des pays exportateurs de pétrole, le prix international du pétrole a monté en flèche, ce qui a entraîné un accroissement de la valeur du pétrole et du gaz produits au Canada. Le gouvernement albertain a rapidement pris des règlements ayant pour effet d'augmenter le montant des redevances versées à la plupart des titulaires de droits miniers, sauf les demandeurs. Bien que le règlement fédéral ait été modifié en 1974 de manière à majorer le taux des redevances versées pour le pétrole et le gaz provenant des réserves indiennes, les demandeurs n'ont pas touché autant de redevances que les autres bandes indiennes de l'Alberta qui bénéficiaient de l'application des règlements albertains. En 1974, la nouvelle *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes* fédérale a conféré au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre des règlements qui prescrivent les redevances sur le pétrole et le gaz provenant des terres indiennes. Aucun règlement de cette nature n'a été établi avant 1977, soit l'année où le *Règlement sur le pétrole et le gaz des terres indiennes* a été adopté. Dans l'intervalle, d'importantes consultations avaient eu lieu avec des bandes indiennes de l'Ouest canadien et de l'Ontario. Les demandeurs ont perdu environ un million de dollars à cause du retard. Les demandeurs prétendent que la défenderesse avait l'obligation de prendre, en temps opportun, un règlement pour majorer les redevances qui leur étaient versées de telle sorte que celles-ci soient équivalentes à celles touchées par les autres bandes albertaines. La défenderesse rétorque que le pouvoir discrétionnaire du gouverneur en conseil de prendre des règlements n'est restreint d'aucune manière et qu'il échappe au contrôle judiciaire. Questions à trancher: La défenderesse avait-elle l'obligation de prendre plus tôt le *Règlement sur le pétrole et le gaz des terres indiennes* de 1977? Le cas échéant, a-t-elle manqué à cette obligation? Le manquement, s'il en est, a-t-il causé des dommages aux demandeurs? Quel est le montant des dommages?

*Jugement*: l'action devrait être rejetée.

Les demandeurs ont subi une perte qui, à première vue, aurait pu être évitée si la défenderesse avait pris un nouveau règlement en temps opportun.

La Couronne a une obligation de fiduciaire envers chacune des bandes indiennes relativement à leurs réserves (*Guerin et autres c. La Reine et autre*). Comme, depuis la Proclamation royale de 1763, un titre indien ne peut être cédé qu'à la Couronne et que seule celle-ci peut l'aliéner par la suite, la Couronne sert d'intermédiaire entre les Indiens et les acquéreurs ou preneurs éventuels afin d'empêcher que les Indiens ne

Indians. The grant of the discretion to the Crown in the *Indian Act*, subsection 18(1) to determine what use of the reserve lands may be "for the use and benefit of the band" imposes on the Government a fiduciary obligation, which is the law's means for controlling the exercise of such discretion. A court can hold the Government to the fiduciary's strict standard of conduct, which is that of utmost loyalty to his principal. The Government of Canada did not obtain as good a return from the lease of Indian reserve lands as could reasonably and lawfully be achieved, thus breaching its fiduciary duty. What was thought proper and lawful to do in 1977 could have been done in 1973 or 1974 and that delay was unreasonable.

The Crown's obligation to the Indians with respect to their interest in the land is not a public law duty, but rather in the nature of a private law duty. Although there is normally no legal obligation to legislate, there may be an exception where the relationship between the Crown and the Indians is *sui generis*. The Crown kept the exclusive right to acquire and dispose of Indian title because it had the unique power and responsibility to act as a protector of the interests of indigenous peoples. Therefore the Crown should exercise these governmental powers which only it has, to perform adequately the specific fiduciary obligation it owes to a particular band whose Indian title has been surrendered to the Crown.

Notwithstanding the foregoing, the Government was not liable for failure to legislate because the special case related only to the *Indian Oil and Gas Regulations* adopted in 1977. The defendant did not have any judicially enforceable duty to adopt those Regulations sooner, given their general application and the wide range of activities in relation to mineral rights covered. Such an exercise of a general legislative power goes far beyond any fiduciary obligation owed to these particular plaintiffs. The enactment of regulations was primarily the performance of a political duty which is not enforceable in the courts. The special case failed to put to the Court the question whether it was a matter of fiduciary obligation that a simple provision have been adopted, in a timely manner, increasing plaintiffs' revenue from their particular mineral rights.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 475.  
*Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 18(1) (now R.S.C., 1985, c. I-5, s. 18(1)).  
*Indian Oil and Gas Act*, S.C. 1974-75-76, c. 15.  
*Indian Oil and Gas Regulations*, SOR/66-300 (as am. by SOR/74-206).  
*Indian Oil and Gas Regulations*, C.R.C., c. 963, s. 21(7).

soient exploités. L'octroi à la Couronne, au paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Indiens*, du pouvoir discrétionnaire de décider quelle utilisation des terres d'une réserve est «à l'usage et au profit de la bande», confère au gouvernement une obligation de fiduciaire qui permet, du point de vue juridique, le contrôle judiciaire de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Un tribunal peut obliger le gouvernement à respecter les normes strictes de conduite auxquelles le fiduciaire est tenu de se conformer, soit une obligation de loyauté absolue envers son commettant. Le gouvernement canadien n'a pas tiré de la cession à bail des terres de la réserve le meilleur rendement qui pouvait raisonnablement et légalement être obtenu, se soustrayant ainsi à son obligation de fiduciaire. Ce qui a été jugé opportun et légal en 1977 aurait pu être fait en 1973 ou en 1974, et le retard est déraisonnable.

L'obligation de la Couronne envers les Indiens relativement aux droits de ceux-ci sur les terres de leurs réserves n'en est pas une de droit public, mais est plutôt de la nature d'une obligation de droit privé. Même si, en règle générale, il n'y a pas, du point de vue juridique, d'obligation de légiférer, il peut en être autrement lorsque le rapport qui est établi entre la Couronne et les Indiens est *sui generis*. La Couronne s'est réservé le droit exclusif d'acquérir et d'aliéner les titres indiens parce qu'elle seule avait le pouvoir et la responsabilité de protéger les droits des peuples autochtones. La Couronne doit par conséquent exercer les pouvoirs étatiques dont elle est seule investie, pour bien s'acquitter de son obligation de fiduciaire envers une bande en particulier dont le titre indien lui a été cédé.

Néanmoins, le gouvernement ne saurait être tenu responsable de l'omission de légiférer, vu que le mémoire spécial ne porte que sur le *Règlement sur le pétrole et le gaz des terres indiennes* pris en 1977. La défenderesse n'avait pas d'obligation susceptible d'exécution par voie judiciaire d'adopter à une date antérieure ce règlement, étant donné que celui-ci est d'application générale et qu'il vise un large éventail d'activités liées aux droits miniers. Cet exercice du pouvoir législatif général va bien au-delà de toute obligation de fiduciaire envers les demandeurs. L'adoption du règlement relève essentiellement d'une obligation politique dont l'exécution ne peut être obtenue par voie judiciaire. La question de savoir s'il relève d'une obligation de fiduciaire d'adopter en temps opportun une simple disposition ayant pour effet d'accroître les revenus des demandeurs provenant de leurs droits miniers, n'est pas posée dans le mémoire spécial.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*, S.C. 1974-75-76, chap. 15.  
*Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 18(1) (remplacé par L.R.C. (1985), chap. I-5, art. 18(1)).  
*Règlement sur l'exploitation du pétrole et du gaz des réserves indiennes*, DORS/66-300 (mod. par DORS/74-206).  
*Règlement sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*, C.R.C., chap. 963, art. 21(7).  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663, Règle 475.



## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## DISTINGUISHED:

*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; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1. <sup>a</sup>

## REFERRED TO:

*Kwong's Estate and Kwong v. Province of Alberta, Thompson's Estate, Stephaniuk and Lazarak* (1978), 14 A.R. 120; 96 D.L.R. (3d) 214; [1979] 2 W.W.R. 1; 8 C.C.L.T. 1 (C.A.) *affd sub nom Kwong et al. v. The Queen in Right of Alberta*, [1979] 2 S.C.R. 1010; (1979), 18 A.R. 358; 105 D.L.R. (3d) 576; [1979] 6 W.W.R. 573; 12 C.C.L.T. 297; 29 N.R. 295; *Kruger v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 3; (1985), 17 D.L.R. (4th) 591; [1985] 3 C.N.L.R. 15; 32 L.C.R. 65; 58 N.R. 241 (C.A.). <sup>b</sup> <sup>c</sup>

## AUTHORS CITED

Gautreau, J. R. Maurice "Demystifying the Fiduciary Mystique" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 1. <sup>d</sup>

## COUNSEL:

*Robert F. Roddick, Q.C.* and *Douglas E. Sanders* for plaintiffs. <sup>e</sup>  
*D. Bruce Logan* for defendant.

## SOLICITORS:

*Roddick & Peck*, Edmonton, for plaintiffs. <sup>f</sup>  
*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by* <sup>g</sup>

STRAYER J.:

Relief requested

Pursuant to a joint application by the parties an order was made on April 26, 1990 by Lefebvre S.P. for the determination of a special case pursuant to Rule 475 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663]. The questions stated for the opinion of the Court are as follows:

(a) whether the Defendant was under any duty to the Plaintiffs to enact the Indian Oil & Gas Regulations at some date earlier than April 22, 1977;

(b) whether the Defendant breached any such duty;

## JURISPRUDENCE

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*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; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Kwong's Estate and Kwong v. Province of Alberta, Thompson's Estate, Stephaniuk and Lazarak* (1978), 14 A.R. 120; 96 D.L.R. (3d) 214; [1979] 2 W.W.R. 1; 8 C.C.L.T. 1 (C.A.); *confirmé sub nom Kwong et autres c. La Reine du chef de la province de l'Alberta*, [1979] 2 R.C.S. 1010; (1979), 18 A.R. 358; 105 D.L.R. (3d) 576; [1979] 6 W.W.R. 573; 12 C.C.L.T. 297; 29 N.R. 295; *Kruger c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 3; (1985), 17 D.L.R. (4th) 591; [1985] 3 C.N.L.R. 15; 32 L.C.R. 65; 58 N.R. 241 (C.A.).

## DOCTRINE

Gautreau, J. R. Maurice «Demystifying the Fiduciary Mystique» (1989), 68 *Rev. du Bar can.* 1.

## AVOCATS:

*Robert F. Roddick, c.r.* et *Douglas E. Sanders* pour les demandeurs.  
*D. Bruce Logan* pour la défenderesse.

## PROCUREURS:

*Roddick & Peck*, Edmonton, pour les demandeurs.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour la défenderesse.

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

LE JUGE STRAYER:

Redressement demandé

<sup>h</sup> Par suite d'une demande commune déposée par les parties, le protonotaire en chef Lefebvre a ordonné, le 26 avril 1990, qu'il soit statué sur un mémoire spécial en application de la Règle 475 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663]. <sup>i</sup> On demande en effet à la Cour de se prononcer sur les questions suivantes:

[TRADUCTION] a) la défenderesse avait-elle, vis-à-vis des demandeurs, l'obligation d'adopter le *Règlement sur le pétrole et le gaz des terres indiennes* à une date antérieure au 22 avril 1977?

b) la défenderesse a-t-elle manqué à une telle obligation?

- (c) whether any such breach caused any damages to be suffered by the Plaintiffs;  
 (d) the quantum of such damages, if any.

- c) le manquement, s'il en est, est-il à l'origine des dommages que les demandeurs ont subis?  
 d) quel montant convient-il d'accorder à titre de dommages-intérêts, le cas échéant?

The Court is requested, upon determination of these questions, to give judgment in the action accordingly and to make an appropriate disposition of costs.

*a* On demande à la Cour, une fois qu'elle aura répondu à ces questions, de prononcer un jugement et d'octroyer les dépens en conséquence.

### Facts

The plaintiffs represent themselves and the Indian Band of which they are members, namely the Alexander Band No. 134 which has a reserve in Alberta.

### *b* Les faits

Les demandeurs agissent pour leur propre compte et pour celui de la bande indienne à laquelle ils appartiennent, soit la bande Alexander (n° 134) dont la réserve est située en Alberta.

On June 24, 1947 the Band executed a surrender to the Crown of all of the petroleum and natural gas rights pertaining to its reserve:

Le 24 juin 1947, la bande a cédé à Sa Majesté la totalité des droits sur le pétrole et le gaz naturel afférents à sa réserve:

... in trust to lease the same to such person or persons, and upon such terms as the Government of the Dominion of Canada may deem most conducive to our welfare and that of our people.

*d* [TRANSDUCTION] ... en fiducie afin que celle-ci les cède à bail à la(aux) personne(s) et aux conditions que le gouvernement du Canada juge les plus susceptibles d'assurer notre bien-être et celui de notre peuple.

And upon the further condition that all moneys received from the leasing of the petroleum and natural gas mining rights thereon shall be placed to our credit and the interest thereon paid to us in the usual way.

*e* À titre de condition supplémentaire, toutes les sommes provenant de la cession à bail des droits d'exploitation du pétrole et du gaz naturel doivent être placées pour notre compte, et l'intérêt couru doit nous être versé de la manière habituelle.

From July 31, 1947 to April 21, 1977 the defendant Crown entered into many petroleum and natural gas leases in respect of this reserve and royalties from those leases were credited to the Alexander Band. By an agreement effective March 1, 1960 the interests of the lessees under these leases were unitized by an agreement and thereafter the field was operated by Norcen Energy Resources Limited or its predecessors.

*f* Du 31 juillet 1947 au 21 avril 1977, la défenderesse a conclu de nombreux baux visant le pétrole et le gaz naturel que renfermait cette réserve, et les redevances versées en application des baux ont été portées au crédit de la bande Alexander. Aux termes d'un contrat prenant effet le 1<sup>er</sup> mars 1960, les droits des preneurs suivant ces baux ont été regroupés et le champ a par la suite été exploité par Norcen Energy Resources Limited ou ses prédécesseurs.

Although not spelled out in the agreed statement of facts my attention was drawn to certain national and international events commencing in the fall of 1973 which drastically affected the international price of crude oil, and led to extensive governmental intervention in the pricing of oil and gas produced in Canada. There was no dispute between counsel as to the general nature of these developments which were notorious and of which I can take judicial notice. Associated with a crisis in the Middle East in the autumn of 1973 the Organization of Petroleum Exporting Countries by joint action caused a rapid increase in the international price of crude oil. As this had the effect of causing

*h* Bien que l'exposé conjoint des faits n'en fasse pas mention, on a attiré mon attention sur le fait que, à partir de l'automne de 1973, certains événements nationaux et internationaux ont fait monter en flèche le coût du pétrole brut et ont forcé le gouvernement à intervenir dans l'établissement des prix du pétrole et du gaz produits au Canada. Les avocats n'ont pas contesté ces événements de notoriété publique dont je prends connaissance d'office. Dans le contexte de la crise du Moyen-Orient à l'automne de 1973, l'Organisation des pays exportateurs de pétrole a fait grimper rapidement le prix du pétrole brut à l'échelle internationale. Cette action concertée ayant entraîné l'accroissement

a sudden and arbitrary increase in the value of oil and gas extracted in Canada, the federal and certain provincial governments were generally quick to act to ensure that the new windfall profits (generated by a sudden multiplication of market prices without any accompanying increase in the cost of production) should be shared with Canadian public treasuries and Canadian owners of mineral rights (provincial governments being among the major owners). It was stated by counsel for the plaintiffs, and not disputed, that the province of Alberta enacted measures which had the effect of raising the royalties received by the owners of most mineral rights in Alberta. Two fields in the province were excepted from these measures and the mineral rights of the plaintiffs were included in one of those fields.

On March 28, 1974, the Governor in Council amended the federal *Indian Oil and Gas Regulations* [SOR/66-300 (as am. by SOR/74-206)] made under the *Indian Act*<sup>1</sup> to empower the Minister to increase the royalty rates to be paid for oil and natural gas produced from lands situated on Indian reserves across Canada. As will be seen, this general increase did not have the effect of producing as much revenue for the plaintiffs as was being realized by other Indian bands in Alberta. Those bands had the benefit of the Alberta regulations because, as I understand it, production from their reserves was unitized within fields made subject to the provincial regulations.

On December 20, 1974 assent was given to a new federal law, the *Indian Oil and Gas Act*.<sup>2</sup> It was apparently adopted in part to overcome some perceived uncertainties as to the validity of the previous Oil and Gas Regulations made under the *Indian Act*. Among other regulation-making powers specifically given to the Governor in Council by this Act, he was authorized to make regulations prescribing the royalties on oil and gas obtained from Indian lands. However, no such regulations were made under this Act until the adoption of the *Indian Oil and Gas Regulations*

<sup>1</sup> Then R.S.C. 1970, c. I-6.

<sup>2</sup> S.C. 1974-75-76, c. 15.

soudain et arbitraire de la valeur du pétrole et du gaz produits au Canada, le gouvernement fédéral et certaines provinces ont, de manière générale, agi rapidement pour faire en sorte que le profit inattendu (attribuable à la soudaine montée en flèche des prix sans augmentation des coûts de production) soit partagé entre les trésors publics au Canada et les titulaires canadiens de droits miniers (les provinces figurant au nombre des principaux titulaires). L'avocat des demandeurs a déclaré, sans que ce ne soit contesté, que la province de l'Alberta avait adopté des mesures qui ont eu pour effet d'augmenter le montant des redevances versées aux titulaires de la plupart des droits miniers en Alberta. Deux champs de cette province n'ont cependant pas été visés par ces mesures, dont un était l'objet des droits miniers des demandeurs.

Le 28 mars 1974, le gouverneur en conseil a modifié, au palier fédéral, le *Règlement sur l'exploitation du pétrole et du gaz des réserves indiennes* [DORS/66-300 (mod. par DORS/74-206)] pris en vertu de la *Loi sur les Indiens*<sup>1</sup> pour conférer au ministre le pouvoir de majorer le taux des redevances dues à l'égard du pétrole et du gaz provenant de terres situées dans des réserves indiennes au Canada. Or, il semble que cette majoration générale n'ait pas profité autant aux demandeurs qu'aux autres bandes indiennes de l'Alberta. Selon ce que la Cour a pu comprendre, celles-ci ont en effet tiré avantage des mesures albertaines parce que la production de leurs réserves a été regroupée avec celle de champs visés par la réglementation provinciale.

Le 20 décembre 1974, la nouvelle loi fédérale intitulée *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*<sup>2</sup> a été sanctionnée. Il semble que cette loi ait été adoptée en partie pour remédier à certaines incertitudes concernant la validité de l'ancien règlement sur le pétrole et le gaz pris en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Parmi les autres pouvoirs de réglementation que la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes* accorde expressément au gouverneur en conseil, mentionnons celui d'établir des règlements prescrivant les redevances sur le pétrole et le gaz tirés des terres

<sup>1</sup> Anciennement, S.R.C. 1970, chap. I-6.

<sup>2</sup> S.C. 1974-75-76, chap. 15.

brought into force on April 22, 1977.<sup>3</sup> Subsection 21(7) of those Regulations empowered the Manager of Indian Minerals of the Department of Indian and Northern Affairs to notify a lessee of Indian minerals of the

21. ...

(7) ... dollar value of the oil or gas that would be realized if it were sold in a business-like manner, at the time and place of production in an arm's length transaction ...

and upon such notice the lessee would be thereafter obliged to calculate his royalty payments (normally fixed as a percentage of the value of the oil or gas produced) on the basis of the deemed value thus specified by the Manager. On May 2, 1977 the Manager sent such a notice to Norcen in respect of the gas produced from the Alexander reserve, the effect being to increase very substantially the unit value of that gas upon which royalties would have to be paid. On May 5, 1977 Norcen ceased gas production from this field, such cessation being, according to the agreed statement of facts:

... pending negotiations with its customers for payment at a "fair market value".

It is also agreed that in the period between the adoption of the *Indian Oil and Gas Act* in December, 1974, and the adoption of the Regulations thereunder in April, 1977 there was extensive consultation with Indian bands with oil and gas production or potential production in Alberta, Saskatchewan, Manitoba, British Columbia, and Ontario. National meetings were held for this purpose. Representatives of the plaintiffs attended one of these national meetings, in October, 1975 but did not participate in a subsequent meeting also held for this purpose. It is agreed, however, that between December, 1975 and March, 1977 the plaintiffs contacted representatives of the defendant on several occasions and expressed their concern about their loss of revenue due to the failure to pass new regulations. Consistently with this, a group of members of their Band picketed

<sup>3</sup> C.R.C., c. 963.

indiennes. Toutefois, aucun règlement de cette nature n'a été établi en vertu de cette Loi avant l'adoption du *Règlement sur le pétrole et le gaz des terres indiennes* entré en vigueur le 22 avril 1977<sup>3</sup>. Aux termes du paragraphe 21(7) de ce Règlement, le gestionnaire des ressources minérales (terres indiennes) du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien est habilité à informer le preneur de ressources minérales (terres indiennes) de la

21. ...

(7) ... valeur monétaire réalisable si la vente s'effectuait de façon sérieuse, au moment et à l'endroit de la production au cours d'une transaction n'ayant aucun lien de dépendance ...

le titulaire devant dès lors calculer le montant des paiements de redevances (habituellement exprimé sous forme de pourcentage de la valeur du pétrole et du gaz produits) en fonction de la valeur présumée que précise alors le gestionnaire. Le 2 mai 1977, le gestionnaire a transmis à Norcen un avis relatif au gaz tiré de la réserve Alexander, ce qui a eu pour effet d'accroître très substantiellement la valeur unitaire du gaz à partir de laquelle le montant des redevances devait être calculé. Le 5 mai 1977, Norcen a suspendu la production de gaz dans ce champ et ce, suivant l'exposé conjoint des faits:

[TRADUCTION] ... pendant les négociations avec ses clients relativement à un paiement fondé sur la «juste valeur marchande».

Les parties conviennent en outre du fait qu'entre l'adoption de la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes* en décembre 1974 et celle de son règlement d'application en avril 1977, d'importantes consultations ont eu lieu avec des bandes indiennes produisant ou susceptibles de produire du pétrole et du gaz en Alberta, en Saskatchewan, au Manitoba, en Colombie-Britannique et en Ontario. Des assemblées ont d'ailleurs été tenues à cet égard à l'échelle nationale. Des représentants des demandeurs ont assisté à l'une de ces assemblées nationales en octobre 1975, mais ils n'ont pas participé à une assemblée subséquente également tenue à cette fin. Il est admis cependant que de décembre 1975 à mars 1977, les demandeurs se sont mis en rapport avec des représentants de la défenderesse à plusieurs occasions et ont exprimé leur inquiétude concernant la perte de revenu

<sup>3</sup> C.R.C., chap. 963.

the surface-lease site of Norcen on March 28, 1977, and prevented agents and employees of that company from gaining access to or operating the Alexander gas production and compression facilities. This demonstration was interrupted by an *ex parte* injunction and shortly thereafter the new federal regulations were adopted under the *Indian Oil and Gas Act*.

The plaintiffs asserted in their statement of claim in effect that the defendant was under a duty to take timely action to raise the revenues realized from the extraction of gas from the Alexander reserve to a level equivalent to the royalty revenues realized by other Indian bands in Alberta during the period from 1973 to April, 1977. The only evidence I have as to the extent of the alleged loss is set out in paragraph 17 of the agreed statement of facts which is as follows:

It has been estimated by the Defendant that the Plaintiffs would have received approximately \$1.056 Million more in royalties from 1973 through 1977 had the wellhead prices been similar to the fair market values prevailing during that period. Attached hereto and marked Exhibit "N" is a copy of a letter dated June 22nd, 1977, with attachment.

The letter referred to, trial Exhibit 1-N (part of the agreed statement of facts) reads in part as follows:

In reply to your recent request, a recalculation of the gas royalties from 1973 through 1977 until shut-in, has been made and indicates that the Band would have received approximately \$1,056,000.00 more at prices received by other Bands in Alberta.

It is next to impossible to be very precise in this calculation because the prices used for other gas production vary by Company, however the above value, which is based on another field supplying an Alberta utility, is felt to be a reasonable estimate.

It was agreed at trial by counsel that the correct figure representing the additional amount "that the plaintiffs would have received" is \$994,415.82, this reflecting errors in addition in the letter from the Manager of Indian Minerals dated June 22, 1977 (Exhibit 1-N).

qu'ils subissaient en raison de l'omission d'adopter un nouveau règlement. Dans la même foulée, le 28 mars 1977, des membres de leur bande ont occupé les lieux visés par le bail consenti à Norcen et ont empêché les mandataires et les employés de celle-ci d'y avoir accès ou d'assurer le fonctionnement des installations de production et de compression du gaz dans la réserve Alexander. Une injonction *ex parte* a été obtenue pour mettre fin à cette obstruction et, peu après, le nouveau règlement fédéral a été adopté en vertu de la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*.

Dans leur déclaration, les demandeurs prétendent que la défenderesse avait l'obligation de prendre des mesures en temps opportun pour augmenter les revenus provenant de l'exploitation du gaz dans la réserve Alexander de façon que ceux-ci soient équivalents aux revenus provenant de redevances touchées par d'autres bandes indiennes en Alberta de 1973 à avril 1977. Le seul élément de preuve relatif à l'étendue de la perte que les demandeurs auraient subie se trouve au paragraphe 17 de l'exposé conjoint des faits, dont voici le libellé:

[TRADUCTION] La défenderesse a estimé que les demandeurs auraient touché, de 1973 à 1977, environ 1 056 000 \$ de plus sous forme de redevances si le prix à la tête du puits avait été équivalent à la juste valeur marchande ayant cours pendant cette période. Une copie d'une lettre datée du 22 juin 1977, avec pièces jointes, accompagne les présentes et est déposée sous la cote «N».

Voici un extrait de cette lettre qui constitue la pièce 1-N (et qui fait partie intégrante de l'exposé conjoint des faits):

[TRADUCTION] Pour donner suite à votre récente demande, nous avons à nouveau procédé au calcul des redevances gazières de 1973 à 1977 jusqu'à la fermeture, et il appert que la bande aurait touché environ 1 056 000 \$ de plus compte tenu des prix obtenus par d'autres bandes en Alberta.

Il est presque impossible d'effectuer ces calculs avec grande précision, car les prix retenus à l'égard d'autres productions gazières varient d'une entreprise à l'autre. Nous estimons toutefois que la valeur susmentionnée, qui se fonde sur un autre champ exploité par une entreprise albertaine, est une estimation raisonnable.

Les avocats ont convenu à l'audience que le montant exact de la somme supplémentaire [TRADUCTION] «que les demandeurs auraient touché» s'élève à 994 415,82 \$, étant donné que la lettre du 22 juin 1977 (pièce 1-N) du gestionnaire des ressources minérales (terres indiennes) comportait quelques erreurs de calcul.

This action was commenced on August 25, 1978. No explanation was offered as to why there has been a delay of over twelve years in commencement of the trial.

### Conclusions

As the parties have elected to proceed on the basis of an agreed statement of facts and an agreed formulation of the questions to be answered, I am obliged to draw the necessary inferences from a very limited evidentiary base and can answer only the precise questions put to the Court.

With that *caveat* in mind, I would conclude at the outset that the plaintiffs did not receive, during the period 1973-1977 covered by Exhibit 1-N, royalty revenues from gas produced from their reserve in an amount which they could and should have received. I have no basis for taking at other than its face value the statement by E. A. Moore, Manager, Indian Minerals, in his letter of June 22, 1977, Exhibit 1-N, that "the Band would have received . . . [a larger amount, as now corrected] at prices received by other Bands in Alberta". Mr. Moore takes pains to say in his letter that he has made his calculation based on revenues from comparable fields. While at trial counsel for the defendant speculated on what might have happened to prevent these extra revenues from being realized, I must go on the basis of the agreed evidence which can only be reasonably interpreted as meaning that the plaintiffs would have received more money had they had the benefit of a regulatory scheme comparable to that imposed by the province of Alberta which had the effect of raising the royalties received by all other Indian bands in Alberta with petroleum producing reserves. In short, a loss was suffered by the plaintiffs, a loss which *prima facie* could have been avoided by timely action by the defendant in the form of new regulations.

Having reached that conclusion, I must then consider whether the defendant had any duty to

Par ailleurs, aucune explication n'a été donnée quant au fait qu'il se soit écoulé plus de douze ans depuis que la présente action a été intentée, le 25 août 1978.

### <sup>a</sup> Conclusions

<sup>b</sup> Comme les parties ont décidé de recourir à l'exposé conjoint des faits et à la formulation conjointe des questions devant être soumises au tribunal, je suis dans l'obligation de tirer des conclusions à partir d'éléments de preuve très limités et je dois me contenter de répondre aux questions précises posées à la Cour.

<sup>c</sup> Par conséquent, j'en viens à la conclusion tout d'abord que les demandeurs n'ont pas touché, pendant la période allant de 1973 à 1977 et visée par la pièce déposée sous la cote 1-N, à l'égard du gaz tiré de leur réserve, les redevances qui auraient pu et qui auraient dû leur être versées. Je n'ai pas de motif de mettre en doute la véracité de la déclaration du gestionnaire des ressources minérales (terres indiennes), M. E. A. Moore, que renferme sa lettre du 22 juin 1977, déposée sous la cote 1-N, selon laquelle [TRADUCTION] «la bande aurait touché . . . [un montant supérieur, par suite de la correction apportée] compte tenu des prix obtenus par d'autres bandes en Alberta». M. Moore prend d'ailleurs la peine de mentionner, dans sa lettre, qu'il a effectué le calcul en se fondant sur les revenus touchés à l'égard de champs comparables. Même si, à l'audience, l'avocat de la défenderesse a formulé des hypothèses quant à ce qui aurait pu empêcher les demandeurs de toucher ces revenus supplémentaires, je dois m'en tenir à la preuve que les parties ont convenu de présenter. La seule conclusion raisonnable que je puisse tirer de celle-ci est que les demandeurs auraient touché plus d'argent s'ils avaient bénéficié de dispositions réglementaires comparables à celles adoptées par l'Alberta et qui ont eu pour effet d'accroître les redevances versées à toutes les autres bandes indiennes de cette province dont la réserve produisait du pétrole. Bref, les demandeurs ont subi une perte qui aurait pu leur être épargnée si la défenderesse avait pris des mesures en temps opportun, c'est-à-dire si elle avait adopté un nouveau règlement.

<sup>j</sup> Après avoir tiré cette conclusion, je me dois de déterminer si la défenderesse avait quelque obliga-

adopt the *Oil and Gas Regulations* adopted in April, 1977 and if so, whether it met that duty by producing effective regulations only some three and one-half years after more adequate royalties were being received by other Alberta bands pursuant to provincial regulations. This is the form in which the issues are put to me by the special case.

It now appears clear, since the decision of the Supreme Court of Canada in *Guerin et al. v. The Queen et al.*<sup>4</sup> that there is a general fiduciary obligation owed by the Crown in right of Canada towards each Indian band in respect of the reserve land of each band. Indian title predates and is independent of the *Indian Act*<sup>5</sup> but is recognized by, *inter alia*, subsection 18(1) of the Act which provides as follows:

18. (1) Subject to this Act, reserves are held by Her Majesty for the use and benefit of the respective bands for which they were set apart, and subject to this Act and to the terms of any treaty or surrender, the Governor in Council may determine whether any purpose for which lands in a reserve are used or are to be used is for the use and benefit of the band.

In the view of Dickson J. [as he then was], writing on behalf of four judges of the Supreme Court, the fact that, ever since the Royal Proclamation of 1763 it has been recognized that Indian title can only be surrendered to the Crown, and only the Crown can alienate it thereafter, means that the Crown is interposed between the Indians and prospective purchasers or lessees "so as to prevent the Indians from being exploited".<sup>6</sup> While subsection 18(1) appears to confer on the Government the

tion de prendre le *Règlement sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*, adopté en avril 1977 et, le cas échéant, si elle s'est acquittée de cette obligation en établissant un règlement applicable seulement trois ans et demi, environ, après que d'autres bandes de l'Alberta eussent touché des redevances plus appropriées en application de règlements provinciaux. Voilà comment me sont présentées les questions en litige aux termes du mémoire spécial.

Il semble désormais clair, depuis l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Guerin et autres c. La Reine et autre*<sup>4</sup>, que Sa Majesté la Reine du chef du Canada a des obligations générales de fiduciaire envers chacune des bandes indiennes relativement à leur réserve. Le titre indien est antérieur à la *Loi sur les Indiens*<sup>5</sup> et il existe indépendamment de celle-ci. Le paragraphe 18(1) de cette Loi, entre autres, le reconnaît toutefois; en voici le libellé:

18. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, Sa Majesté détient des réserves à l'usage et au profit des bandes respectives pour lesquelles elles furent mises de côté; sous réserve des autres dispositions de la présente loi et des stipulations de tout traité ou cession, le gouverneur en conseil peut décider si tout objet, pour lequel des terres dans une réserve sont ou doivent être utilisées, se trouve à l'usage et au profit de la bande.

Selon le juge Dickson [alors juge puîné], qui s'exprime au nom de quatre autres juges de la Cour suprême, comme depuis la Proclamation royale de 1763 il est établi qu'un titre indien ne peut être cédé qu'à Sa Majesté et comme seule celle-ci peut l'aliéner par la suite, Sa Majesté est donc un intermédiaire entre les Indiens et les acquéreurs ou preneurs éventuels «de manière à empêcher que les Indiens se fassent exploiter»<sup>6</sup>. Bien que le paragraphe 18(1) semble conférer au gouverneur

<sup>4</sup> [1984] 2 S.C.R. 335.

<sup>5</sup> Now R.S.C., 1985, c. I-5; the relevant provision in the present case, subsection 18(1) was part of R.S.C. 1970, c. I-6 and remains unchanged today.

<sup>6</sup> *Guerin* case, *supra*, note 4, at p. 383. Only eight judges participated in this judgment. While Wilson J. writing on behalf of three judges held that the Crown was in the role of

(Continued on next page)

<sup>4</sup> [1984] 2 R.C.S. 335.

<sup>5</sup> Désormais, L.R.C. (1985), chap. I-5; la disposition pertinente en l'espèce, le paragraphe 18(1), qui figurait dans S.R.C. 1970, chap. I-6, n'a pas été modifiée depuis.

<sup>6</sup> Affaire *Guerin*, *supra*, note 4, à la p. 383. Seulement huit juges ont pris part au jugement. S'exprimant au nom de trois autres juges, le juge Wilson a statué que Sa Majesté a un rôle

(Suite à la page suivante)

discretionary power to determine what use of the reserve lands may be “for the use and benefit of the band”, it was held in *Guerin* that this did not have the effect of excluding the jurisdiction of the courts to review the Crown’s exercise of its discretion. Instead, the grant of this discretion, by putting the Indians “at the mercy of the [Government’s] discretion” imposes on the Government a fiduciary obligation which is the law’s means for controlling the exercise of such discretion. A court through its equity jurisdiction can supervise such a relationship by holding the Government “to the fiduciary’s strict standard of conduct”.<sup>7</sup> The duty of a fiduciary “is that of utmost loyalty to his principal”.<sup>8</sup>

The facts of the *Guerin* case are, of course, distinguishable from the present case in at least two respects. First, in *Guerin* members of the band had conveyed to the Government their views as to what the minimum acceptable terms for a lease of their surrendered land would be, and the Government ignored those views. Secondly, the Government was acting in essentially the same role as a private party in negotiating a lease of the land to a golf club. In the present case, there are no express or implied terms in the surrender of the plaintiffs’ mineral rights as to the terms upon which they might be leased for exploitation. Further, as I understand it (and I specifically questioned counsel for the plaintiffs in this respect) the plaintiffs are not asserting that the Government here could

en conseil le pouvoir discrétionnaire de décider quelle utilisation des terres d’une réserve est «à l’usage et au profit de la bande», la Cour suprême a statué dans l’affaire *Guerin* que cela n’a pas pour effet de soustraire l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire au contrôle judiciaire. L’octroi de ce pouvoir discrétionnaire, qui fait en sorte que les Indiens sont «à la merci du pouvoir discrétionnaire [de l’État]», confère en fait au gouvernement des obligations de fiduciaire qui permettent, du point de vue juridique, le contrôle judiciaire de l’exercice du pouvoir discrétionnaire. Grâce à sa compétence en *equity*, un tribunal peut exercer une surveillance sur les modalités d’un tel rapport et obliger l’État à respecter les «normes strictes de conduite auxquelles le fiduciaire est tenu de se conformer»<sup>7</sup>, le fiduciaire ayant en effet une obligation de «loyauté absolue envers son commettant»<sup>8</sup>.

Évidemment, les faits à l’origine de l’affaire *Guerin* diffèrent et ce, à au moins deux égards. Premièrement, dans cette affaire, les membres de la bande avaient informé l’État de ce qu’ils considéraient comme des conditions minimales acceptables pour la conclusion d’un bail relatif aux terres qu’ils avaient cédées. Le gouvernement avait fait fi de l’avis des membres de la bande. Deuxièmement, le gouvernement agissait essentiellement au même titre qu’un particulier en négociant la cession à bail des terres à un club de golf. Dans la présente affaire, la cession des droits miniers des demandeurs ne comporte aucune condition expresse ou tacite à laquelle ces droits peuvent être cédés à bail aux fins d’exploitation. De plus, pour autant que je sache (et j’ai questionné l’avocat des demandeurs à

(Continued from previous page)

trustee, she viewed this as a specialized form of fiduciary obligation owed by the Crown. The Federal Court of Appeal has regarded the judgment of Dickson J. on behalf of four judges as being definitive, in *Kruger v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 3 (C.A.). While the Royal Proclamation, 1763, did not apply in most respects to lands such as these formerly within the domain of the Hudson’s Bay Company, it is not disputed in the present case that the same fiduciary obligation devolved on the Government of Canada in respect of Indian lands in Alberta.

<sup>7</sup> *Ibid.*, at p. 384; see also the judgment of Wilson J., at pp. 349-351.

<sup>8</sup> *Ibid.*, at p. 389.

(Suite de la page précédente)

fiduciaire et que les obligations de fiduciaire de celle-ci revêtent un caractère particulier. Dans *Kruger c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 3 (C.A.), le Cour d’appel fédérale a considéré le jugement rendu par le juge Dickson au nom de quatre autres juges, comme définitif. Même si la Proclamation royale de 1763 ne s’appliquait pas aux terres comme celles qu’englobait le domaine de la Compagnie de la Baie d’Hudson, il ne fait nul doute en l’espèce que les mêmes obligations de fiduciaire incombent au gouvernement du Canada relativement aux terres indiennes en Alberta.

<sup>7</sup> *Ibid.*, à la p. 384; se reporter également aux p. 349 à 351 du jugement du juge Wilson.

<sup>8</sup> *Ibid.* à la p. 389.



have simply acted like a private party and renegotiated the mineral leases in the period 1973-1977 in order to obtain a suitable increase in the royalty being paid for extracted gas. Those leases provided, apparently, for a fixed royalty and a fixed deemed wellhead price which, according to normal rules of contract, would have remained stable and thus below the actual market price of gas during this period. In other words I must consider, in determining if the *Guerin* principles apply here, whether the Crown had a duty to use governmental powers to achieve unilaterally a revision of the mineral leases covering the plaintiffs' reserve in order to yield to them returns comparable to those being obtained by other Indian bands in Alberta and, even if so, did that duty include the earlier adoption of the precise regulations finally adopted in 1977?

With respect to the first point, having regard to the historical relationship between the Crown and Indians, I believe the fiduciary's duty of "utmost loyalty to his principal" would in general oblige the Crown to seek to achieve as good a return from the property of the beneficiary of the fiduciary obligation as could reasonably and lawfully be achieved.<sup>9</sup> On the face of matters here, the Government of Canada did not do this. It is undisputed, and Exhibit 1-N (the letter from the Manager of Indian Minerals in the Department of Indian and Northern Affairs) confirms, that the Band represented by the plaintiffs would have received approximately one million dollars more at prices received by other bands in Alberta. It is further accepted that other bands in Alberta received the higher prices because of timely legislative action of the Government of Alberta, action of a type which the Government of Canada took in a very moder-

<sup>9</sup> See J. R. Maurice Gautreau, "Demystifying the Fiduciary Mystique" (1989), 68 *Can. Bar. Rev.* 1, at pp. 18-20 where it is said that the scope of the fiduciary duty is in part defined by what the fiduciary has undertaken to do. In its historical role of protector, doing what the band is not itself empowered to do, the Crown can surely be seen to have assumed a responsibility to get the best price it can reasonably and lawfully achieve.

ce sujet précis), les demandeurs ne prétendent pas que le gouvernement aurait pu simplement agir comme un particulier et négocié de nouveau les baux miniers entre 1973 et 1977 de façon à obtenir des redevances supérieures pour le gaz produit. Il semble que les baux en cause prévoyaient une redevance fixe et un prix présumé à la tête de puits, fixe également, qui, suivant les règles habituellement applicables aux contrats, serait demeuré stable et donc inférieur au cours véritable du gaz pendant cette période. En d'autres termes, je dois déterminer, pour conclure que les principes établis dans l'arrêt *Guerin* s'appliquent ou non en l'espèce, si Sa Majesté avait l'obligation d'exercer ses pouvoirs étatiques pour modifier de façon unilatérale les baux miniers visant la réserve des demandeurs afin que ceux-ci touchent un rendement comparable à celui obtenu par d'autres bandes indiennes en Alberta et, le cas échéant, si cette obligation englobait l'adoption à une date antérieure du règlement à cet effet finalement adopté en 1977.

En ce qui concerne la première question, compte tenu de l'historique des rapports entre Sa Majesté et les Indiens, j'estime que l'obligation du fiduciaire de faire preuve d'une «loyauté absolue envers son commettant» oblige Sa Majesté, de manière générale, à tenter de tirer des biens du bénéficiaire de l'obligation de fiduciaire le meilleur rendement pouvant être raisonnablement et légalement obtenu<sup>9</sup>. Il appert de la preuve présentée en l'occurrence que l'État canadien s'est soustrait à cette obligation. Il est admis par les parties, et la pièce déposée sous la cote 1-N (soit la lettre du gestionnaire des ressources minérales (terres indiennes) du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien) le confirme, que la bande à laquelle appartiennent les demandeurs aurait touché environ un million de dollars de plus si les redevances avaient été calculées en fonction des prix consentis à d'autres bandes en Alberta. Il est en outre admis

<sup>9</sup> See reporter à J. R. Maurice Gautreau, «Demystifying the Fiduciary Mystique» (1989), 68 *Rev. du Bar. can.* 1, aux p. 18 à 20. La portée de l'obligation de fiduciaire est déterminée en partie par ce que le fiduciaire s'engage à accomplir. Compte tenu de son rôle historique de protecteur, c'est-à-dire qu'elle accomplit ce que la bande n'est pas habilitée à accomplir elle-même, on peut certainement considérer que Sa Majesté s'est engagée à obtenir le meilleur prix qui puisse raisonnablement et légalement être obtenu.

ate way in 1974 but did not again take until the adoption of the *Indian Oil and Gas Regulations* in 1977. Subject to the next point to be discussed below, one could conclude that what it was thought proper and lawful to do in 1977 could have been done in 1973 or 1974 and that the delay, resulting in a loss of some million dollars to this Band, was unreasonable.

The second issue to be addressed, however, is that of whether the Government can in any context be liable for a failure to legislate. The defendant relies mainly on the general principle that the failure to pass regulations cannot be the subject of an action and it is not open to a court to say that there should have been regulations and award damages for failure to adopt them.<sup>10</sup> The basis for this principle is, I take it, that legislatures and those having delegated legislative powers have the discretion to adopt or not adopt laws and that it is not for the courts to second-guess them. This excellent principle, while no doubt generally sound, may sometimes have to give way in light of the decision in the *Guerin* case. For the essence of that decision is that the Government of Canada, once it accepts a surrender of Indian title in respect of a particular reserve, undertakes a fiduciary obligation towards the Indian band in question to exercise its discretion with "utmost loyalty" to the band and its interests. Thus it was found in *Guerin* that the seemingly unfettered discretion given to the Governor in Council by subsection 18(1) of the *Indian Act* to decide how surrendered reserve lands might best be used for the benefit of the band was limited by the overriding fiduciary obligation of utmost loyalty. In the present case the defendant is arguing that the exercise of the discretion given to the Governor in Council to make regulations under either the *Indian Act* or the *Indian Oil and Gas Act* is completely unfet-

que d'autres bandes albertaines ont bénéficié de prix supérieurs grâce aux mesures législatives prises en temps opportun par le gouvernement albertain. Ces mesures s'apparentent à celles beaucoup plus restreintes que le gouvernement du Canada a prises en 1974 ainsi qu'au *Règlement sur le pétrole et le gaz des terres indiennes* adopté en 1977. Sous réserve de la deuxième question qui est examinée ci-après, on pourrait conclure que ce qui a été jugé opportun et légal en 1977 aurait pu être fait en 1973 ou en 1974 et que le retard qui a occasionné une perte d'environ un million de dollars a été déraisonnable.

La deuxième question sur laquelle la Cour doit statuer est celle de savoir si l'État peut, quel que soit le contexte, être tenu responsable de l'omission de légiférer. La défenderesse s'en remet surtout au principe général selon lequel l'omission de prendre un règlement ne peut fonder une action et selon lequel les tribunaux n'ont pas le pouvoir de décider qu'un règlement aurait dû être adopté et d'octroyer des dommages-intérêts parce que tel n'a pas été le cas<sup>10</sup>. Selon moi, ce principe se fonde sur le fait que les assemblées législatives et les organismes auxquels sont délégués des pouvoirs législatifs ont le pouvoir discrétionnaire d'adopter ou non des lois et que les tribunaux n'ont pas à reconsidérer leurs actes. Suivant l'arrêt *Guerin*, même si cet excellent principe est sans aucun doute bien fondé en général, il doit parfois être écarté. Il ressort en effet de cet arrêt que le gouvernement du Canada, une fois qu'il a accepté la cession d'un titre indien visant une réserve en particulier, contracte une obligation de fiduciaire envers la bande indienne en cause et est ainsi tenu d'exercer son pouvoir discrétionnaire avec «loyauté absolue» vis-à-vis de la bande et des intérêts de celle-ci. Dans l'affaire *Guerin*, la Cour a statué que le pouvoir discrétionnaire apparemment absolu dont est investi le gouverneur en conseil aux termes du paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Indiens*, relativement à l'utilisation des terres indiennes cédées qui est la plus susceptible de profiter à la bande, est limité par l'obligation prépondérante de loyauté absolue du fiduciaire. Dans la présente affaire, la défenderesse soutient que l'exercice du pouvoir

<sup>10</sup> *Kwong's Estate and Kwong v. Province of Alberta, Thompson's Estate, Stephaniuk and Lazarak* (1978), 14 A.R. 120 (C.A.), confirmé par [1979] 2 S.C.R. 1010.

<sup>10</sup> *Kwong's Estate and Kwong v. Province of Alberta, Thompson's Estate, Stephaniuk and Lazarak* (1978), 14 A.R. 120 (C.A.), confirmé dans [1979] 2 R.C.S. 1010.

tered and beyond review by a court. But as Dickson J. said in the *Guerin* case:

It should be noted that fiduciary duties generally arise only with regard to obligations originating in a private law context. Public law duties, the performance of which requires the exercise of discretion, do not typically give rise to a fiduciary relationship. As the "political trust" cases indicate, the Crown is not normally viewed as a fiduciary in the exercise of its legislative or administrative function. The mere fact, however, that it is the Crown which is obligated to act on the Indians' behalf does not of itself remove the Crown's obligation from the scope of the fiduciary principle. As was pointed out earlier, the Indians' interest in land is an independent legal interest. It is not a creation of either the legislative or executive branches of government. The Crown's obligation to the Indians with respect to that interest is therefore not a public law duty. While it is not a private law duty in the strict sense either, it is nonetheless in the nature of a private law duty. Therefore, in this *sui generis* relationship, it is not improper to regard the Crown as a fiduciary.<sup>11</sup>

It will be noted that Dickson J. regarded the government's obligation to the Indians in such circumstances not to be a mere "political trust" nor a "public law duty". Instead, it is "in the nature of a private law duty". Accepting, then, that normally neither Parliament nor those exercising delegated legislative powers have a legal obligation to legislate, here in this *sui generis* relationship, as the Supreme Court called it, the Governor in Council at least may be in a different position. One can deduce from the protective stance taken by the Crown ever since the Royal Proclamation, 1763 that the Crown kept to itself the exclusive right to acquire and dispose of Indian title because it had the unique power and responsibility to act as an appropriate protector of the interests of the people who inhabited this land before the arrival of Europeans. It is wholly consistent with this view that the Crown should exercise these governmental powers which only it has, where this may reasonably and lawfully be done to perform adequately the specific fiduciary obligation it owes to a given band whose Indian title has been surrendered to the Crown.

<sup>11</sup> *Supra*, note 4, at p. 385.

discretionnaire de prendre un règlement que confère au gouverneur en conseil la *Loi sur les Indiens* ou la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes* n'est restreint d'aucune manière et échappe au contrôle judiciaire. Or, comme le déclare le juge Dickson dans l'arrêt *Guerin*:

Il nous faut remarquer que, de façon générale, il n'existe d'obligations de fiduciaire que dans le cas d'obligations prenant naissance dans un contexte de droit privé. Les obligations de droit public dont l'acquiescement nécessite l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ne créent normalement aucun rapport fiduciaire. Comme il se dégage d'ailleurs des décisions portant sur les «fiducies politiques», on ne prête pas généralement à Sa Majesté la qualité de fiduciaire lorsque celle-ci exerce ses fonctions législatives ou administratives. Cependant, ce n'est pas parce que c'est à Sa Majesté qu'incombe l'obligation d'agir pour le compte des Indiens que cette obligation échappe à la portée du principe fiduciaire. Comme nous l'avons souligné plus haut, le droit des Indiens sur leurs terres a une existence juridique indépendante. Il ne doit son existence ni au pouvoir législatif ni au pouvoir exécutif. L'obligation qu'a Sa Majesté envers les Indiens en ce qui concerne ce droit n'est donc pas une obligation de droit public. Bien qu'il ne s'agisse pas non plus d'une obligation de droit privé au sens strict, elle tient néanmoins de la nature d'une obligation de droit privé. En conséquence, on peut à bon droit, dans le contexte de ce rapport *sui generis*, considérer Sa Majesté comme un fiduciaire<sup>11</sup>.

Il importe de souligner que le juge Dickson considère que l'obligation de l'État envers les Indiens n'est pas, dans les circonstances, une simple «fiducie politique» ni une «obligation de droit public», mais qu'elle est plutôt «de la nature d'une obligation de droit privé». Partant, même si, en règle générale, ni l'assemblée législative ni les organismes auxquels sont délégués des pouvoirs législatifs ne sont tenus par le droit de légiférer, dans le cadre du rapport *sui generis* (pour reprendre les termes utilisés par la Cour suprême) qui est établi en l'espèce, il peut à tout le moins en être autrement pour le gouverneur en conseil. On peut inférer du rôle protecteur joué par l'État depuis la Proclamation royale de 1763 que Sa Majesté s'est réservé le droit exclusif d'acquérir et d'aliéner les titres indiens parce qu'elle seule avait le pouvoir et la responsabilité de protéger de façon adéquate les droits des peuples qui habitaient le pays avant l'arrivée des Européens. Il s'ensuit alors que Sa Majesté doit exercer les pouvoirs étatiques qui sont conférés à elle seule lorsqu'elle peut le faire raisonnablement et légalement pour bien s'acquitter de son obligation de fiduciaire envers une bande dont le titre indien lui a été cédé.

<sup>11</sup> *Supra*, note 4, à la p. 385.

I am, however, constrained by the terms of the special case to determine only one question as to the defendant's duty, namely:

... whether the Defendant was under any duty to the Plaintiffs to enact the Indian Oil and Gas Regulations at some date earlier than April 22, 1977.

Having regard to the principles to which I have referred earlier, I am unable to say that the defendant had any judicially enforceable duty to adopt at an earlier date the particular regulations obviously being referred to in this question in the special case, namely the regulations adopted on April 22, 1977. An examination of these regulations reveals that they apply generally to all Indian lands in Canada in respect of mineral rights, and include provisions which cover a whole range of activities in relation to the management, disposition, and exploitation of mineral rights including exploration and production. As such they involve the exercise of a general legislative power granted to the Governor in Council which goes far beyond any possible fiduciary obligation owed by the defendant to these particular plaintiffs in the particular facts of this case. The enactment of the regulations must be seen as primarily the performance of a political duty which is not enforceable in the courts. Because of the general nature of these regulations, it must also be recognized that wide consultation among all Indian bands with mineral production was not only desirable but required by section 7 of the enabling legislation. Thus it would not be appropriate for a court to assess the timeliness of their adoption.

In the circumstances, it is not open to me to determine whether the early adoption of a simple provision to increase the revenue of the plaintiffs from their particular mineral rights, so as to equate these returns to those of other Alberta bands, was a matter of fiduciary obligation. That question was not put to me by the special case.

Having so concluded, it is not necessary to consider the questions of quantum or of the pre-judgment interest claimed by the plaintiffs.

The action is therefore dismissed with costs to the defendant.

Je dois cependant m'en tenir au libellé du mémoire spécial et statuer sur la seule question de l'obligation de la défenderesse, c'est-à-dire:

[TRADUCTION] ... la défenderesse avait-elle, vis-à-vis des demandeurs, l'obligation d'adopter le *Règlement sur le pétrole et le gaz des terres indiennes* à une date antérieure au 22 avril 1977?

Compte tenu des principes déjà invoqués, je ne peux conclure que la défenderesse avait une obligation susceptible d'exécution par voie judiciaire d'adopter à une date antérieure le règlement expressément visé par cette question du mémoire spécial, soit celui adopté le 22 avril 1977. Il ressort de l'examen de ce règlement que ses dispositions s'appliquent de manière générale à toutes les terres indiennes du Canada en ce qui concerne les droits miniers et qu'elles visent un large éventail d'activités liées à la gestion, à l'aliénation et à l'exploitation de droits miniers, y compris l'exploration et la production. Ce règlement implique donc l'exercice du pouvoir législatif général qui est conféré au gouverneur en conseil et dont la portée va bien au-delà de savoir si la défenderesse a une obligation de fiduciaire envers les demandeurs dans les circonstances de la présente affaire. L'adoption du règlement relève essentiellement d'une obligation politique dont l'exécution ne saurait être obtenue par voie judiciaire. En raison du caractère général de ce règlement, il faut de plus souligner que la vaste consultation menée auprès de toutes les bandes indiennes s'occupant de production minière était non seulement souhaitable mais aussi requise à l'article 7 de la loi d'habilitation. Un tribunal ne saurait par conséquent se prononcer sur l'opportunité de son adoption à une date ou à une autre.

Dans ce contexte, il ne m'est pas permis de déterminer si l'adoption à une date antérieure d'une simple disposition ayant pour effet d'accroître les revenus des demandeurs provenant de leurs droits miniers, de façon à atteindre le rendement obtenu par d'autres bandes albertaines, relève d'une obligation de fiduciaire. Cette question ne m'est pas posée dans le mémoire spécial.

Il est donc inutile d'examiner la question du montant des dommages-intérêts et celle de l'intérêt avant jugement que réclament les demandeurs.

L'action est donc rejetée avec dépens.

T-1843-89

T-1843-89

Mary Deer and William Rainey (*Plaintiffs*)Mary Deer et William Rainey (*demandeurs*)

v.

c.

The Mohawk Council of Kahnawake, being the Council of the Kahnawake Band, purporting to be duly constituted under the *Indian Act*, Grand Chief Joe Norton, in his capacity as Grand Chief of the Kahnawake Band and Chief of the Mohawk Council of Kahnawake, Davis Rice, Walter Goodleaf, Hazel Lazare, Paul G. Deer, Melvin Jacobs, John Bud Morris, Thomas Phillips, Richard White, Joe Delaronde, Billy Two Rivers, and Alvin Delisle, the Councillors of the Mohawk Council of Kahnawake, in their capacities as Councillors of the said Council, and the Honourable Pierre Cadieux, in his capacity as Minister of Indian Affairs and Northern Development and in his capacity as Superintendent General of Indian Affairs and Her Majesty the Queen (*Defendants*)

Le conseil Mohawk de Kahnawake, conseil de la bande Kahnawake censé être dûment constitué sous le régime de la *Loi sur les Indiens*, le grand chef Joe Norton, en sa qualité de grand chef de la bande de Kahnawake et chef du conseil Mohawk de Kahnawake, Davis Rice, Walter Goodleaf, Hazel Lazare, Paul G. Deer, Melvin Jacobs, John Bud Morris, Thomas Phillips, Richard White, Joe Delaronde, Billy Two Rivers, et Alvin Delisle, membres du conseil Mohawk de Kahnawake, en leur qualité de membres de ce conseil, et l'honorable Pierre Cadieux, en sa qualité de ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et de surintendant général des affaires indiennes et Sa Majesté la Reine (*défendeurs*)

INDEXED AS: DEER v. MOHAWK COUNCIL OF KAHNAWAKE (T.D.)

RÉPERTORIÉ: DEER c. CONSEIL MOHAWK DE KAHNAWAKE (1<sup>re</sup> INST.)

Trial Division, Dubé J.—Montréal, November 8; Ottawa, November 23, 1990.

Section de première instance, juge Dubé—Montréal, 8 novembre; Ottawa, 23 novembre 1990.

*Practice — Pleadings — Motion to strike — Appeal from order striking paragraphs of statement of claim alleging Minister of Indian Affairs and Queen breaching duty to enforce Indian Act and Charter — Plaintiffs married and residing on reserve — Band Council passing resolution requiring female plaintiff to evict non-Indian husband — Statement of claim alleging Minister charged with enforcing Act; aware of Band Council's actions, but doing nothing to stop them — Appeal allowed — Not "plain and obvious" and "beyond doubt" no case against Queen and Minister — Novelty of cause of action not militating against plaintiffs — Courts reluctant to strike allegations concerning Crown's fiduciary obligations to Indians.*

*Pratique — Plaidoiries — Requête en radiation — Appel contre l'ordonnance portant radiation de quatre paragraphes de la déclaration qui reprochent au ministre des Affaires indiennes et à la Reine de manquer à l'obligation qui leur incombe d'appliquer la Loi sur les Indiens et la Charte — Les demandeurs sont mariés l'un à l'autre et résident dans la réserve — Le conseil de bande a adopté une résolution sommant la demanderesse d'expulser son mari qui n'est pas Indien — La déclaration reproche au ministre, qui est chargé de l'application de la Loi, d'être au courant des actes du conseil de bande et de ne rien faire pour les empêcher — Appel accueilli — Il n'est pas «évident et au delà de tout doute» qu'il n'y a aucune cause d'action contre la Reine et le ministre — La nouveauté de la cause ne joue pas contre les demandeurs — Les tribunaux sont réticents à radier des allégations concernant les obligations de fiduciaire de la Couronne envers les Indiens.*

*Native peoples — Appeal from order striking paragraphs of statement of claim containing allegations Minister of Indian Affairs and Northern Development and Queen breaching duty to uphold law — Plaintiffs married and residing on reserve — Band Council passing resolution requiring female plaintiff to evict non-Indian husband — Statement of claim alleging Minister charged with enforcing Act; knew of Band Council's actions, but took no steps to prevent them — Alleging breach of duties under Indian Act and Charter — Appeal allowed — Not plain and obvious no cause of action — Review of Band Council's powers under Indian Act — Although Act criticized, still valid and Minister having vast powers thereunder —*

*Peuples autochtones — Appel contre l'ordonnance portant radiation des paragraphes de la déclaration qui reprochent au ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et à la Reine de manquer à l'obligation d'appliquer la loi — Les demandeurs sont mariés l'un à l'autre et résident dans la réserve — Le conseil de bande a adopté une résolution sommant la demanderesse d'expulser son mari qui n'est pas Indien — La déclaration reproche au ministre, qui est chargé de l'application de la Loi, d'être au courant des actes du conseil de bande et de ne rien faire pour les empêcher — Allégation de manquement aux obligations découlant de la Loi sur les Indiens et de la Charte — Appel accueilli — Il n'est pas*

*Judicial reluctance to strike allegations of breach of fiduciary obligation owed by Crown to Indians.*

This was an appeal from an order of the Senior Prothonotary striking out paragraphs of the statement of claim alleging that the Minister of Indian Affairs and Northern Development was responsible for the enforcement of the *Indian Act*; that he knew of the actions of the other defendants, but took no action to prevent those actions, and therefore the Minister and the Queen breached their duties under the Act and Charter. Paragraphs in the prayer for relief seeking declarations to that effect were also struck. Consequently the Minister and the Queen were struck out as defendants. The plaintiffs are married and live on the Kahnawake reserve. The Mohawk Council pursuant to a resolution, demanded that the female plaintiff, who is an Indian and a band member, evict her non-Indian husband. The Senior Prothonotary held that the main question was the validity of a by-law and that the Minister was not entitled to intervene and decide whether a Council's by-law was *ultra vires*. The plaintiffs argued that the legality of the by-law was only one of a number of important issues raised in the statement of claim. They wanted to assert their right to live together on the reserve according to the *Indian Act* as amended in 1985 and the Charter. Their position is that the Queen and the Minister have a duty to uphold the law, and to ensure that moneys disbursed by the band council are properly spent. The Crown argued that it was for tribunals to decide the validity of a by-law, not the Minister, as an Indian band council is an elected public authority, with powers similar to those of rural municipalities in that it can pass by-laws covering matters similar to municipal by-laws. The issue was whether it was "plain and obvious" and "beyond doubt" that the plaintiffs have no cause of action against the Queen and the Minister.

*Held*, the appeal should be allowed.

The action against the Queen and her Minister was not frivolous. It was not "plain and obvious" and "beyond doubt" that the plaintiffs had no case against them. The novelty of the cause of action cannot militate against the plaintiffs. It may not be sustainable throughout but it is too early to limit the issue to the validity of a by-law. In recent years, the Court has been reticent to strike out allegations concerning the fiduciary obligations owed by the Crown to Indians. The *Indian Act* is still valid, although subjected to strong criticism in a recent report of the Canadian Human Rights Commission, and the Minister is still vested with vast powers and responsibilities for the proper administration of the Act.

*évident et au delà de tout doute qu'il n'y a aucune cause d'action — Examen des pouvoirs que tient le conseil de bande de la Loi sur les Indiens — Bien que critiquée, la Loi est toujours en vigueur et le ministre est toujours investi de pouvoirs étendus sous son régime — Hésitation des tribunaux à radier les allégations de manquement aux obligations de fiduciaire de la Couronne envers les Indiens.*

Appel contre une ordonnance du protonotaire-chef qui radie les paragraphes de la déclaration portant que le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien était chargé de l'application de la *Loi sur les Indiens*, qu'il était au courant des actes des autres défendeurs mais ne faisait rien pour les empêcher, et qu'en conséquence le ministre et la Reine ont manqué aux obligations qu'ils tiennent de la Loi et de la Charte. Les paragraphes de la conclusion qui demandaient un jugement déclaratoire à cet effet ont été également radiés. Le ministre et la Reine ont donc été radiés à titre de défendeurs. Les demandeurs sont mariés l'un à l'autre et résident dans la réserve de Kahnawake. Le conseil Mohawk a pris une résolution pour sommer la demanderesse, qui est Indienne et membre de la bande, d'expulser son mari qui n'est pas Indien. Le protonotaire-chef a conclu que la question principale était de déterminer la validité d'un règlement administratif, et que le ministre n'avait pas le droit d'intervenir pour décider si un règlement administratif adopté par le conseil de bande était *ultra vires*. Les demandeurs soutiennent que la légalité du règlement administratif n'était que l'une des questions importantes soulevées dans la déclaration. Ils veulent faire valoir leur droit de vivre ensemble dans la réserve en vertu de la *Loi sur les Indiens*, telle qu'elle a été modifiée en 1985, et de la Charte. Ils soutiennent que la Reine et le ministre ont l'obligation d'appliquer la loi et de veiller à ce que les fonds déboursés par le conseil de bande soient bien dépensés. La Couronne soutient qu'il appartient aux tribunaux et non au ministre de se prononcer sur la validité d'un règlement administratif, par ce motif qu'un conseil de bande est un corps électif public, investi de pouvoirs semblables à ceux des municipalités et habilité à prendre des règlements administratifs ayant les mêmes objets que les arrêtés municipaux. Il échet d'examiner s'il est «évident et au delà de tout doute» que les demandeurs n'ont aucune cause d'action contre la Reine et le ministre.

*Jugement*: l'appel devrait être accueilli.

L'action contre la Reine et le ministre n'est pas futile. Il n'est pas «évident et au delà de tout doute» que les demandeurs n'ont aucune cause d'action contre eux. La nouveauté de la cause d'action ne doit pas jouer contre les demandeurs. Il se peut que les demandeurs ne puissent faire valoir toutes leurs conclusions, mais il est encore trop tôt pour limiter le litige à la validité d'un règlement administratif. Au cours des dernières années, la Cour s'est montrée circonspecte pour ce qui est de radier des allégations concernant les obligations de fiduciaire de la Couronne envers les Indiens. Quoique vigoureusement critiquée dans un rapport récent de la Commission canadienne des droits de la personne, la *Loi sur les Indiens* est toujours en vigueur, et le ministre est toujours investi de larges pouvoirs et attributions pour l'application de cette Loi.

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].  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R.R. 336(5), 419.  
*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 10(4), 81 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 15).

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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), chap. I-5, art. 10(4), 81 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 32, art. 15).  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663, Règles 336(5), 419.

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; *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304; *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1.

CONSIDERED:

*Native Communications Society of B.C. v. Canada (M.N.R.)*, [1986] 3 F.C. 471; [1986] 4 C.N.L.R. 79; [1986] 2 C.T.C. 170; (1986), 86 DTC 6353; 23 E.T.R. 210; 67 N.R. 146 (C.A.); *Glazer v. Union Contractors Ltd. & Thornton* (1960), 25 D.L.R. (2d) 653; 33 W.W.R. 145 (B.C.S.C.); *LeBar v. Canada*, [1989] 1 F.C. 603; (1988), 33 Admin. L.R. 107; 46 C.C.C. (3d) 103; 90 N.R. 5 (C.A.); *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; *Seminole Nation v. United States*, 62 S.Ct. 1049 (1942).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Native Communications Society of B.C. c. Canada (M.R.N.)*, [1986] 3 C.F. 471; [1986] 4 C.N.L.R. 79; [1986] 2 C.T.C. 170; (1986), 86 DTC 6353; 23 E.T.R. 210; 67 N.R. 146 (C.A.); *Glazer v. Union Contractors Ltd. & Thornton* (1960), 25 D.L.R. (2d) 653; 33 W.W.R. 145 (B.C.S.C.); *LeBar c. Canada*, [1989] 1 C.F. 603; (1988), 33 Admin. L.R. 107; 46 C.C.C. (3d) 103; 90 N.R. 5 (C.A.); *Finlay c. 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; *Seminole Nation c. United States*, 62 S.Ct. 1049 (1942).

REFERRED TO:

*Whitebear Band Council and Carpenters Provincial Council of Saskatchewan et al., Re* (1982), 135 D.L.R. (3d) 128; [1982] 3 W.W.R. 554; 15 Sask. R. 37 (C.A.); *R. v. Paul Indian Band and Attorney General of Alberta and Attorney General of Canada* (1983), 50 A.R. 190; [1984] 2 W.W.R. 540; 20 Alta. L.R. (2d) 310; [1984] 1 C.N.L.R. (C.A.); *Public Service Alliance of Canada v. Francis et al.*, [1982] 2 S.C.R. 72; (1982), 139 D.L.R. (3d) 9; 82 CLLC 14,028; [1982] 4 C.N.L.R. 94; 44 N.R. 136; *Apsassin v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1988] 3 F.C. 20; [1988] 1 C.N.L.R. 73; (1987), 14 F.T.R. 161 (T.D.); *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; [1990] 4 W.W.R. 410; *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; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1; *Desjarlais et al. v. Canada (Minister of Indian Affairs & Northern Development)*, [1988] 2 C.N.L.R. 62; (1987), 18 F.T.R. 316 (F.C.T.D.); *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385;

DÉCISIONS CITÉES:

*Whitebear Band Council and Carpenters Provincial Council of Saskatchewan et al., Re* (1982), 135 D.L.R. (3d) 128; [1982] 3 W.W.R. 554; 15 Sask. R. 37 (C.A.); *R. v. Paul Indian Band and Attorney General of Alberta and Attorney General of Canada* (1983), 50 A.R. 190; [1984] 2 W.W.R. 540; 20 Alta. L.R. (2d) 310; [1984] 1 C.N.L.R. (C.A.); *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Francis et autres*, [1982] 2 R.C.S. 72; (1982), 139 D.L.R. (3d) 9; 82 CLLC 14,028; [1982] 4 C.N.L.R. 94; 44 N.R. 136; *Apsassin c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1988] 3 C.F. 20; [1988] 1 C.N.L.R. 73; (1987), 14 F.T.R. 161 (1<sup>re</sup> inst.); *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; [1990] 4 W.W.R. 410; *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; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1; *Desjarlais et al. c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1988] 2 C.N.L.R. 62; (1987), 18 F.T.R. 316 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta.

85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81; *Blackfoot Indian Band, No. 146 (Members) v. Canada and Blackfoot Indian Band, No. 146 (Chief and Councillors)*, [1987] 2 C.N.L.R. 63; (1986), 5 F.T.R. 23 (F.C.T.D.); *Blackfoot Indian Band, No. 146 (Members) v. Canada and Blackfoot Indian Band, No. 146 (Chief and Council-* a  
lors) (1986), 7 F.T.R. 133 (F.C.T.D.).

## COUNSEL:

*Diane Soroka* for plaintiffs.  
*Jean-Marc Aubry* for defendants Her Majesty the Queen and the Honourable Pierre Cadieux.  
*Philip Schneider* for defendants The Mohawk Council of Kahnawake, Grand Chief Joe Norton, Davis Rice, Walter Goodleaf, Hazel Lazare, Paul G. Deer, Melvin Jacobs, John Bud Morris, Thomas Phillips, Richard White, Joe Delaronde, Billy Two Rivers and Alvin Delisle. d

## SOLICITORS:

*Hutchins, Soroka & Dionne*, Montréal, for plaintiffs. e  
*Deputy Attorney General of Canada* for defendants Her Majesty the Queen and the Honourable Pierre Cadieux.  
*Patenaude Dubois & Associés*, Longueuil, Québec, for defendants The Mohawk Council of Kahnawake, Grand Chief Joe Norton, Davis Rice, Walter Goodleaf, Hazel Lazare, Paul G. Deer, Melvin Jacobs, John Bud Morris, Thomas Phillips, Richard White, Joe Delaronde, Billy Two Rivers and Alvin Delisle. f g

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

DUBÉ J.: This appeal under Rule 336(5) [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] is from an order of the Senior Prothonotary dated June 7, 1990 granting a motion on behalf of two of the defendants, Her Majesty the Queen and the Honourable Pierre Cadieux, and striking out paragraphs 33, 34, 35 and 36 of the plaintiffs' statement of claim and subparagraphs (i), (j), (n) and (o) of the prayer for relief and, consequently, striking out the names of these two defendants, on the ground that the paragraphs in question do not disclose a

L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81; *Bande n° 146 des Indiens Pieds-Noirs (membres) c. Canada et Bande n° 146 des Indiens Pieds-Noirs (chef et conseillers)*, [1987] 2 C.N.L.R. 63; (1986), 5 F.T.R. 23 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Bande n° 146 des Indiens Pieds-Noirs (membres) c. Canada et Bande n° 146 des Indiens Pieds-Noirs (chef et conseillers)* (1986), 7 F.T.R. 133 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## AVOCATS:

*Diane Soroka* pour les demandeurs. b  
*Jean-Marc Aubry* pour les défendeurs Sa Majesté la Reine et l'honorable Pierre Cadieux.  
*Philip Schneider* pour les défendeurs Conseil Mohawk de Kahnawake, grand chef Joe Norton, Davis Rice, Walter Goodleaf, Hazel Lazare, Paul G. Deer, Melvin Jacobs, John Bud Morris, Thomas Phillips, Richard White, Joe Delaronde, Billy Two Rivers et Alvin Delisle. d

## PROCUREURS:

*Hutchins, Soroka & Dionne*, Montréal, pour les demandeurs. e  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les défendeurs Sa Majesté la Reine et l'honorable Pierre Cadieux.  
*Patenaude Dubois & Associés*, Longueuil, Québec, pour les défendeurs Conseil Mohawk de Kahnawake, grand chef Joe Norton, Davis Rice, Walter Goodleaf, Hazel Lazare, Paul G. Deer, Melvin Jacobs, John Bud Morris, Thomas Phillips, Richard White, Joe Delaronde, Billy Two Rivers et Alvin Delisle. f g

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

LE JUGE DUBÉ: Le présent appel interjeté en vertu de la Règle 336(5) [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663] attaque une ordonnance rendue par le protonotaire-chef le 7 juin 1990 et accueillant une requête présentée pour le compte de deux des défendeurs, Sa Majesté la Reine et l'honorable Pierre Cadieux, et radiant les paragraphes 33, 34, 35 et 36 de la déclaration des demandeurs et les sous-alinéas (i), (j), (n) et (o) de la demande de redressement, et radiant en conséquence les noms de ces deux défendeurs pour le



reasonable cause of action against them. In his order, the Senior Prothonotary outlined the following grounds for his decision:

1. The main question is to determine the validity of a by-law; that belongs to the Court.
2. The Minister has specific powers; for example, sections 20, 28, 32, 34, 42, 43, 51, 52, 54, 55, 56, 60, 61, 62, 63, 64, 71, 74, 91, 93, 114; the Council of the band also has specific powers; for example 81-82-83.
3. The Minister is not entitled to intervene and decide if a by-law adopted by a band's Council is *ultra vires*.

It appears in the statement of claim that the two plaintiffs are married and reside on the Kahnawake reserve. The plaintiff Mary Deer is an Indian and a member of the Kahnawake Indian Band. The plaintiff William Rainey is not. On May 23, 1989 the Mohawk Council demanded that she evict her husband pursuant to a resolution of the Council. The four paragraphs ordered struck out by the Senior Prothonotary are as follows:

33. DEFENDANT the Honourable Pierre Cadieux in his quality as Minister of Indian Affairs and Northern Development and in his quality as Superintendent General of Indian Affairs is responsible for the administration, implementation and the enforcement of the Indian Act;
34. DEFENDANTS the Honourable Pierre Cadieux and preceding [*sic*] Ministers of Indian Affairs and Northern Development and Her Majesty the Queen have been informed and have had knowledge of the actions of the other DEFENDANTS in this case;
35. DEFENDANTS the Honourable Pierre Cadieux and Her Majesty the Queen have taken no action to prevent or stop the illegal actions of the other DEFENDANTS in this case nor have they taken appropriate measures to ensure the full application of the Indian Act or to ensure that the rights to which individuals such as PLAINTIFF, Mary Deer, are entitled under the Indian Act, are implemented and respected, thereby encouraging the other DEFENDANTS in this case to continue and to pursue their illegal actions;
36. The tolerance of the above-mentioned illegal actions of the other DEFENDANTS in this case and the lack of diligence in the application, implementation and enforcement of the Indian Act on the part of DEFENDANTS, the Honourable Pierre Cadieux and Her Majesty the Queen constitute a breach of their legal duties including:
  - (a) their duties under the Indian Act including the fiduciary duty owed by said DEFENDANTS to Mary Deer;
  - (b) their duty under the Charter to ensure that the rights and freedoms guaranteed to PLAINTIFFS Mary Deer and William Rainey thereunder are respected;

motif que les paragraphes en question ne révèlent aucune cause d'action raisonnable contre eux. Dans son ordonnance, le protonotaire-chef a motivé sa décision comme suit:

- a [TRADUCTION] 1. La question principale est de déterminer la validité d'un règlement administratif; cela relève de la Cour.
2. Le ministre jouit de pouvoirs spécifiques; par exemple les articles 20, 28, 32, 34, 42, 43, 51, 52, 54, 55, 56, 60, 61, 62, 63, 64, 71, 74, 91, 93, 114; le conseil de bande jouit également de pouvoirs spécifiques; par exemple 81-82-83.
- b 3. Le ministre n'a pas le droit d'intervenir pour décider si un règlement administratif adopté par le conseil de bande est *ultra vires*.

La déclaration indique que les deux demandeurs sont mariés et résident sur la réserve de Kahnawake. La demanderesse Mary Deer est une Indienne et est membre de la bande indienne de Kahnawake. Le demandeur William Rainey ne l'est pas. Le 23 mai 1989, le conseil Mohawk a demandé qu'elle évince son mari conformément à une résolution du conseil. Texte des quatre paragraphes dont le protonotaire-chef a ordonné la radiation:

- c [TRADUCTION] 33. LE DÉFENDEUR l'honorable Pierre Cadieux, en sa qualité de ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et de surintendant général des affaires indiennes, est responsable de l'application, de la mise en œuvre et de l'exécution de la Loi sur les Indiens;
- d 34. LES DÉFENDEURS l'honorable Pierre Cadieux, ainsi que les ministres précédents des Affaires indiennes et du Nord canadien, et Sa Majesté la Reine ont été informés et avaient connaissance des actes des autres DÉFENDEURS en l'espèce;
- e 35. LES DÉFENDEURS l'honorable Pierre Cadieux et Sa Majesté la Reine n'ont pris aucune mesure pour empêcher ou faire cesser les actes illégaux des autres DÉFENDEURS en l'espèce; ils n'ont pris aucune mesure appropriée pour assurer la pleine application de la Loi sur les Indiens ou pour veiller à ce que les droits garantis aux individus tels que la DEMANDERESSE, Mary Deer, par la Loi sur les Indiens soient mis en œuvre et respectés, encourageant de ce fait les autres DÉFENDEURS en l'espèce à continuer et à poursuivre leurs actes illégaux;
- f 36. Le fait de tolérer les actes illégaux susmentionnés de la part des autres DÉFENDEURS en l'espèce et le manque de diligence dans l'application, la mise en œuvre et l'exécution de la Loi sur les Indiens par les DÉFENDEURS, l'honorable Pierre Cadieux et Sa Majesté la Reine, constituent un manquement à leurs obligations légales, notamment:
  - g (a) leurs obligations au titre de la Loi sur les Indiens, y compris l'obligation de fiduciaire des DÉFENDEURS envers Mary Deer;
  - h (b) leur obligation au titre de la Charte d'assurer que les droits et libertés garantis aux DEMANDEURS Mary Deer et William Rainey sont respectés;
  - i
  - j

(c) their duty to ensure that the other DEFENDANTS in this case, acting under authority delegated to them by legislation enacted by Parliament, carry out their responsibilities in a manner compatible with the terms of the enabling legislation and the Charter;

The following subparagraphs of the prayer in the statement of claim were also struck out:

(i) DECLARE that the Honourable Pierre Cadieux in his quality as Minister of Indian Affairs and Northern Development and/or in his quality as Superintendent General of Indian Affairs has been negligent in his duty to see to the proper administration, implementation and enforcement of the Indian Act;

(j) DECLARE that DEFENDANTS, the Honourable Pierre Cadieux and Her Majesty the Queen are in breach of their legal duties including:

(i) their duties under the Indian Act including the fiduciary duty owed by said DEFENDANTS to Mary Deer;

(ii) their duty under the Charter to ensure that the rights and freedoms guaranteed to PLAINTIFFS Mary Deer and William Rainey thereunder are respected;

(iii) their duty to ensure that the other DEFENDANTS in this case, acting under authority delegated to them by legislation enacted by Parliament, carry out their responsibilities in a manner compatible with the terms of the enabling legislation and the Charter;

(n) ORDER DEFENDANT Her Majesty the Queen to pay to PLAINTIFF Mary Deer the sum of \$25,000.00 for suffering and humiliation and deprivation of her legal rights;

(o) ORDER DEFENDANT Her Majesty the Queen to pay to PLAINTIFF William Rainey the sum of \$10,000.00 for suffering and humiliation;

Thus, the question to be resolved is whether it is “plain and obvious and beyond doubt”<sup>1</sup> that the plaintiffs have no cause of action against Her Majesty the Queen and the Minister of Indian Affairs and Northern Development.

It is trite law that in such strike out proceedings under Rule 419 the allegations of fact advanced in the statement of claim must be taken as true and provable. In a nutshell, the plaintiffs allege that the Minister is responsible for the administration and enforcement of the *Indian Act*,<sup>2</sup> that he has been informed of the actions of the Kahnawake

(c) leur obligation d’assurer que les autres DÉFENDEURS en l’espèce, agissant en vertu d’une délégation de pouvoir au titre d’une loi édictée par le Parlement, exercent leurs responsabilités d’une manière compatible avec la loi habilitante et la Charte;

Ont également été radiés les sous-alinéas suivants de la demande de redressement exposée dans la déclaration:

(i) DÉCLARER que l’honorable Pierre Cadieux en sa qualité de ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien ou de surintendant général des affaires indiennes, a manqué à son obligation de veiller à l’application, à la mise en œuvre et à l’exécution régulière de la Loi sur les Indiens;

(j) DÉCLARER que les DÉFENDEURS, l’honorable Pierre Cadieux et Sa Majesté la Reine, ont manqué à leurs obligations légales, notamment:

(i) leurs obligations au titre de la Loi sur les Indiens, y compris l’obligation de fiduciaire des défendeurs envers Mary Deer;

(ii) leur obligation au titre de la Charte d’assurer que les droits et libertés garantis aux DÉFENDEURS Mary Deer et William Rainey sont respectés;

(iii) leur obligation d’assurer que les autres DÉFENDEURS en l’espèce, agissant en vertu d’une délégation de pouvoir au titre d’une loi édictée par le Parlement, exercent leurs responsabilités d’une manière compatible avec la loi habilitante et la Charte;

n) ORDONNER à la DÉFENDERESSE Sa Majesté la Reine de verser à la DEMANDERESSE Mary Deer la somme de 25 000 \$ pour les souffrances et l’humiliation qu’elle a subies, et la négation des droits que lui reconnaît la loi;

o) ORDONNER À LA DÉFENDERESSE Sa Majesté la Reine de verser au DEMANDEUR William Rainey la somme de 10 000 \$ pour les souffrances et l’humiliation subies;

Ainsi la question à trancher est-elle de savoir s’il est «évident et au-delà de tout doute»<sup>1</sup> que les demandeurs n’ont aucune cause d’action contre Sa Majesté la Reine et le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien.

Il est établi en droit qu’en ce qui concerne la radiation des plaidoiries prévue sous le régime de la Règle 419, les faits allégués dans la déclaration doivent être considérés comme vrais et prouvables. En un mot, les demandeurs allèguent que le ministre est responsable de l’application et de l’exécution de la *Loi sur les Indiens*<sup>2</sup>, qu’il a été informé

<sup>1</sup> See the test in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, at p. 740.

<sup>2</sup> R.S.C., 1985, c. I-5.

<sup>1</sup> Voir le critère énoncé dans *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735, à la p. 740.

<sup>2</sup> L.R.C. (1985), chap. I-5.

Council, that he has taken no measures to prevent these actions, and therefore that he and Her Majesty the Queen have breached their legal duties under the Act and 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]]. In their prayer, the plaintiffs seek a declaration to that effect and damages.

The Senior Prothonotary held that the main question to be determined is “the validity of a by-law” and that “the Minister is not entitled to intervene”. This is essentially the position taken by Crown counsel, namely that all actions complained about by the plaintiffs emanate from the band council, not from the Minister or the Queen, and that it is for the tribunals to deal with these actions if they are *ultra vires*.

Crown counsel argues that an Indian band council is an elected public authority, dependent on Parliament for its existence, and is intended to provide a form of local government. More specifically, section 81 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 15) clothes the Indian band with powers usually associated with rural municipalities, by way of delegation from Parliament, and not from the Minister or the Crown (see *Whitebear Band Council and Carpenters Provincial Council of Saskatchewan et al., Re*).<sup>3</sup> The only operations or activities that a band council is empowered to carry on are those authorized by Parliament under the *Indian Act* and particularly under section 81 (see *R. v. Paul Indian Band and Attorney General of Alberta and Attorney General of Canada*).<sup>4</sup> That section gives the council power to make by-laws, not inconsistent with the Act or regulations, for many specified purposes which are similarly covered by the by-laws of municipalities. The council is a designated body of persons which is given a specific role under the provisions of the *Indian Act* (see *Public Service Alliance of Canada v. Francis et al.*).<sup>5</sup> Of course, the *Indian Act* does impose certain restrictions on the actions and on

des actes du conseil de Kahnawake, qu’il n’a pris aucune mesure pour empêcher ces actes et, par conséquent, lui et Sa Majesté la Reine ont manqué à leurs obligations légales prévues par la Loi et la *a Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. Dans leur demande de redressement, les *b* demandeurs sollicitent un jugement déclaratoire à cet effet et des dommages-intérêts.

Le protonotaire chef a conclu que la question principale à trancher était «la validité d’un règlement administratif» et que «le ministre n’a pas le droit d’intervenir». C’est là essentiellement la position adoptée par l’avocat de la Couronne, à savoir que tous les actes attaqués par les demandeurs émanent du conseil de bande, et non du ministre ou de la Reine, et qu’il appartient aux tribunaux de les examiner, s’ils sont *ultra vires*.

L’avocat de la Couronne soutient qu’un conseil de bande indienne est un corps électif public, dont l’existence relève du Parlement, son objet étant d’assurer une forme d’administration locale. Plus précisément, l’article 81 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 32, art. 15) accorde aux bandes *f* indiennes les pouvoirs généralement reconnus aux municipalités rurales, par voie de délégation de pouvoir du Parlement, et non du ministre ou de la Couronne (voir *Whitebear Band Council and Carpenters Provincial Council of Saskatchewan et al., Re*).<sup>3</sup> Les seules activités qu’un conseil de bande est habilité à exercer sont celles qui sont autorisées par le Parlement dans la *Loi sur les Indiens*, et particulièrement à l’article 81 (voir *R. v. Paul Indian Band and Attorney General of Alberta and Attorney General of Canada*).<sup>4</sup> Cet article habilite *h* le conseil à prendre des règlements administratifs, non incompatibles avec la Loi ou avec un règlement, à des fins multiples précises qui sont les mêmes fins régies par des arrêtés municipaux. Le conseil est un corps désigné de personnes jouissant d’un rôle précis en vertu de la *Loi sur les Indiens* (voir *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Francis et autres*).<sup>5</sup> Évidemment, la *Loi sur les*

<sup>3</sup> (1982), 135 D.L.R. (3d) 128 (Sask. C.A.), at p. 133.

<sup>4</sup> (1983), 50 A.R. 190 (C.A.), at p. 195.

<sup>5</sup> [1982] 2 S.C.R. 72, at p. 78.

<sup>3</sup> (1982), 135 D.L.R. (3d) 128 (C.A. Sask.), à la p. 133.

<sup>4</sup> (1983), 50 A.R. 190 (C.A.), à la p. 195.

<sup>5</sup> [1982] 2 R.C.S. 72, à la p. 78.

the rights of status Indians but they are not "to be treated at law somehow as if they were not *sui juris* such as infants or persons incapable of managing their own affairs . . . . They are fully entitled to avail themselves of federal and provincial laws and of our judicial system as a whole to enforce their rights, as they are indeed doing in the case at bar" (see *Apsassin v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*).<sup>6</sup>

It is well known that there are strong views to the effect that the *Indian Act* ought to be abolished and the Department of Indian Affairs be scrapped, to wit a recent report of the Canadian Human Rights Commission, but the Act is still on the books and the Minister is still vested with vast powers and responsibilities for the proper administration of that Act.

The plaintiffs contend that the statement of claim raises a number of important issues, only one of which is the legality of the by-law in question. The plaintiffs want to assert their right to live together on the reserve by virtue of the *Indian Act* as amended in 1985 and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Minister is responsible for the administration of the *Indian Act* on the reserve. He is also named superintendent general of Indian Affairs. On that score, Mr. Justice Stone of the Federal Court of Appeal said as follows in *Native Communications Society of B.C. v. Canada (M.N.R.)*<sup>7</sup>:

A cursory examination of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6, as amended reveals the extent of state involvement. I would note, for example, that it may have a say in: establishing of bands and the occupancy of reserve lands; the registration of Indian people, the holding, management and expenditure of Indian moneys; the compulsory taking or using, or the surrender of lands of a reserve; descent of property, wills and the distribution of property on intestacy; mental incompetency and guardianship; trading with the Indians; enfranchisement; schools. The statute is under the administration of the Minister of Indian Affairs and Northern Development who is also the superintendent general of Indian Affairs. It provides for a "superintendent" which is defined to include a commissioner, regional supervisor, Indian superintendent, assistant Indian superintendent, etc. as well as the superintendent for a particular

*Indiens* impose certaines restrictions à l'égard des actes et des droits des Indiens inscrits, mais qui ne doivent pas «être légalement traités comme s'ils étaient incapables d'exercer pleinement leurs droits, comme le sont les mineurs ou les personnes incapables de s'occuper de leurs affaires . . . Ils sont pleinement habilités à recourir aux lois fédérales et provinciales ainsi qu'à notre système judiciaire pour faire valoir leurs droits, comme ils le font d'ailleurs en l'espèce» (voir *Apsassin c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*)<sup>6</sup>.

Il est notoire que certains sont fermement convaincus que la *Loi sur les Indiens* devrait être abolie et que le ministère des Affaires indiennes devrait être éliminé comme le recommande un récent rapport de la Commission canadienne des droits de la personne, mais la Loi est toujours en vigueur et le ministre jouit toujours de vastes attributions pour l'application éclairée de cette Loi.

Les demandeurs soutiennent que la déclaration soulève un certain nombre de questions importantes, dont une seulement a trait à la légalité du règlement administratif en question. Ils veulent faire valoir leur droit de vivre ensemble sur la réserve en vertu de la *Loi sur les Indiens*, telle qu'elle a été modifiée en 1985, et de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le ministre est responsable de l'application de la *Loi sur les Indiens* sur la réserve. Il a également été désigné surintendant général des affaires indiennes. À cet égard, le juge Stone, de la Cour d'appel fédérale, s'est exprimé comme suit dans *Native Communications Society of B.C. c. Canada (M.N.R.)*<sup>7</sup>:

Un examen sommaire de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. I-6 et de ses modifications révèle jusqu'où va l'intervention de l'État. Je ferais observer, par exemple, que celui-ci peut avoir voix au chapitre dans: la constitution des bandes et l'occupation des terres situées dans une réserve; l'enregistrement des Indiens; la détention, la gestion et l'utilisation de l'argent des Indiens; la prise ou l'utilisation obligatoires, ou la cession, des terres d'une réserve; la transmission des biens par droit de succession, les testaments et la distribution des biens *ab intestat*; l'incapacité mentale et la tutelle; le commerce avec les Indiens; l'émancipation; les écoles. C'est le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien qui est chargé de l'application de la Loi, et il est également le surintendant général des Affaires indiennes. La Loi prévoit un «surintendant», dont la définition s'étend à un commissaire, à un surveillant régional, à

<sup>6</sup> [1988] 3 F.C. 20 (T.D.), at pp. 46-47.

<sup>7</sup> [1986] 3 F.C. 471 (C.A.), at p. 483.

<sup>6</sup> [1988] 3 C.F. 20 (1<sup>re</sup> inst.) aux p. 46 et 47.

<sup>7</sup> [1986] 3 C.F. 471 (C.A.), à la p. 483.

band or reserve. From this elaborate set of provisions it may be seen that the state has assumed a special responsibility for the welfare of the Indian people. Unlike the vast majority of their fellow citizens they are rather a people set apart for particular assistance and protection in many aspects of their lives.

The plaintiffs claim that the Queen and the Minister have a duty to uphold the law. The rule respecting Indian status and band membership was substantially overhauled in 1985, so as to conform with section 15 of the Charter which came into force on April 17 of that year. Under the new rule, the band council has no power to determine who is a status Indian. It has the option, however, of adopting its own rules for band membership if it complies with the procedure and requirements set out in the *Indian Act*. These requirements include a prohibition of any interference with rights acquired by women who were reinstated as Indians and band members under the terms of the amendments of the Act (see subsection 10(4)). The Mohawk Council of Kahnawake has not opted to adopt its own rules for band membership: it must therefore follow the rules set out in the Act. Both defendants may not disregard their plain duty to ensure that the *Indian Act* is applied and enforced.

The plaintiffs refer to a British Columbia Supreme Court decision, *Glazer v. Union Contractors Ltd. & Thornton*,<sup>8</sup> where it was found that a Minister of the Provincial Government was guilty of contempt of court for not having complied with the terms of an injunction of which he had informal notice. Norris J. held, at page 678, that "his actions throughout show a lack of a proper sense of responsibility in the observance of the law".

The plaintiffs also refer to a decision of our own Federal Court of Appeal, *LeBar v. Canada*,<sup>9</sup> wherein MacGuigan J. said as follows:

un surintendant des Indiens, à un surintendant adjoint des Indiens, etc., ainsi qu'au surintendant d'une bande ou d'une réserve déterminée. Cet ensemble détaillé de dispositions montre bien que l'État a assumé une responsabilité particulière à l'égard du bien-être des Indiens. Contrairement à la grande majorité de leurs concitoyens, ils constituent un peuple désigné pour recevoir une aide et une protection particulières dans maints aspects de leur vie.

Les demandeurs prétendent que la Reine et le ministre ont l'obligation d'appliquer la loi. La règle concernant l'inscription des Indiens et l'appartenance aux bandes a été remaniée en grande partie en 1985 de manière à être conforme à l'article 15 de la Charte qui est entré en vigueur le 17 avril 1985. D'après cette nouvelle règle, le conseil de bande ne jouit d'aucun pouvoir pour déterminer qui est un Indien inscrit. Il a plutôt le choix d'adopter ses propres règles définissant l'appartenance à la bande, si elles sont conformes à la procédure et aux exigences énoncées dans la *Loi sur les Indiens*. Ces exigences comprennent l'interdiction de toute atteinte aux droits acquis par les femmes qui ont été réinscrites comme Indiennes et membres d'une bande en vertu des modifications de la Loi (voir le paragraphe 10(4)). Le conseil Mohawk de Kahnawake n'a pas choisi d'adopter ses propres règles d'appartenance: il doit, par conséquent, suivre les règles énoncées dans la Loi. Les deux défendeurs ne peuvent se soustraire à leur obligation manifeste de veiller à l'application et à l'exécution de la *Loi sur les Indiens*.

Les demandeurs mentionnent la décision que la Cour suprême de la Colombie-Britannique a rendue dans *Glazer v. Union Contractors Ltd. & Thornton*<sup>8</sup>. La Cour a alors statué qu'un ministre du gouvernement provincial était coupable d'outrage au tribunal parce qu'il ne s'était pas conformé à une injonction dont il avait été officieusement informé. Le juge Norris a statué, à la page 678, que [TRADUCTION] «tout au long, ses actes manifestent un manque de sens approprié de responsabilité dans l'observation de la loi».

Les demandeurs mentionnent également la décision que notre Cour d'appel fédérale a rendue dans *LeBar c. Canada*<sup>9</sup> où le juge MacGuigan a déclaré:

<sup>8</sup> (1960), 25 D.L.R. (2d) 653 (B.C.S.C.).

<sup>9</sup> [1989] 1 F.C. 603 (C.A.), at pp. 613 and 614.

<sup>8</sup> (1960), 25 D.L.R. (2d) 653 (B.C.S.C.).

<sup>9</sup> [1989] 1 C.F. 603 (C.A.), aux p. 613 et 614.

Even if in the minds of its officials it has good reason to pause and consider, it is not enough for the Government to remain outwardly mute and disobedient in the face of a declaratory judgment, because such an apparent failure to obey the law is a ready occasion of scandal for the public. The Government must be seen to be obedient to the law. If it has some reason for uncertainty, it owes it to the principle of the rule of law to reveal its position publicly, through a legal challenge to its apparent duty as declared by the courts. In my view, the rule of law can mean no less. I therefore reject the appellant's contention that she had no obligation to follow the declaratory judgment in *MacIntyre*.

The plaintiffs also make the argument that the Crown and the Minister are responsible for use by the band of moneys voted annually and disbursed through the Department of Indian Affairs. Both have a duty to see that those moneys are used for the benefit of all Indians who are members of the band and for the proper carrying out of the duties and responsibilities of the band council. In *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*,<sup>10</sup> three Federal Cabinet Ministers named as defendants in an action moved to have their names struck out on the ground that there was no nexus to the Crown. The Supreme Court of Canada found that the plaintiff Finlay had sufficient standing and a cause of action against them. In this case, it was alleged that the payments made by the Government of Canada to the Province of Manitoba under the terms of a federal-provincial cost-sharing agreement, authorized by the Canada Assistance Plan, were illegal and the Province was not complying with the terms of the Plan. On the merits, the plaintiff Finlay won his case at all levels.

Thus, the plaintiffs affirm there is a fiduciary duty owed by the Queen and the Minister to the plaintiff Mary Deer, a duty to ensure that moneys disbursed by the band council are properly spent. They quote an American decision, *Seminole Nation v. United States*,<sup>11</sup> where the U.S. Supreme Court found that:

In carrying out its treaty obligations with the Indian tribes the Government is something more than a mere contracting party . . . it has charged itself with moral obligations . . . Payment of funds at the request of a tribal council which, to the knowledge

<sup>10</sup> [1986] 2 S.C.R. 607.

<sup>11</sup> 62 S.Ct. 1049 (1942), at pp. 1054 and 1055.

Même si ses fonctionnaires croient qu'il a une bonne raison de marquer un temps d'arrêt et d'étudier la question, il ne suffit pas au gouvernement de rester en apparence muet à l'égard d'un jugement déclaratoire et de ne pas s'y conformer, parce qu'une telle inobservation manifeste de la loi peut facilement scandaliser le public. On doit s'apercevoir que le gouvernement obéit à la loi. S'il a quelque raison de ne pas être certain, il doit bien au principe de la primauté du droit de faire connaître publiquement sa position, en contestant juridiquement l'obligation apparente imposée par les tribunaux. À mon avis, la primauté du droit ne peut pas vouloir dire moins que cela. Je rejette donc la prétention de l'appelante selon laquelle elle n'était pas tenue de se conformer au jugement déclaratoire prononcé dans l'affaire *MacIntyre*.

Les demandeurs soutiennent également que la Couronne et le ministre sont responsables de l'utilisation par la bande des crédits votés annuellement et déboursés par l'intermédiaire du ministère des Affaires indiennes. Tous deux ont l'obligation de voir à ce que ces fonds soient utilisés dans l'intérêt de tous les Indiens qui sont membres de la bande et pour l'exercice approprié des attributions du conseil de bande. Dans l'affaire *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*<sup>10</sup>, trois ministres fédéraux cités comme défendeurs dans une action avaient demandé de faire radier leurs noms pour le motif qu'il n'y avait pas de lien avec la Couronne. La Cour suprême du Canada a conclu que le demandeur Finlay avait qualité suffisante pour agir et qu'il avait une cause d'action contre eux. Dans cette affaire, on prétendait que des paiements que le gouvernement du Canada avait versés à la province du Manitoba au titre d'une entente de partage des frais et que le Régime d'assistance publique du Canada avait autorisés étaient illégaux et que la province ne se conformait pas aux modalités du Régime. Le demandeur Finlay a eu gain de cause sur le fond à tous les niveaux.

Ainsi, les demandeurs affirment que la Reine et le ministre sont assujettis à une obligation de fiduciaire envers la demanderesse Mary Deer, soit l'obligation de veiller à ce que les fonds déboursés par le conseil de bande soient bien dépensés. Ils citent une décision américaine, *Seminole Nation c. United States*<sup>11</sup>, dans laquelle la Cour suprême des États-Unis a conclu comme suit:

[TRADUCTION] Dans l'exercice de ses obligations découlant des traités avec les tribus indiennes, le gouvernement est plus qu'une simple partie contractante . . . il s'est donné des obligations morales . . . Le versement de fonds effectué à la demande

<sup>10</sup> [1986] 2 R.C.S. 607.

<sup>11</sup> 62 S.Ct. 1049 (1942), aux pp. 1054 et 1055.

of the Government officers charged with the administration of Indian affairs and the disbursement of funds to satisfy treaty obligations, was composed of representatives faithless to their own people and without integrity would be a clear breach of the Government's fiduciary obligation.

In recent years, the concept of the fiduciary duty owed by the Crown to the Indians has been greatly discussed and expanded upon by Canadian courts.<sup>12</sup>

The plaintiffs contend that there is a positive duty owed by the Queen and the Minister to ensure that the plaintiffs' rights are respected under the Charter: both have a self-executory duty to take all necessary steps to prevent and eliminate any violation of their rights. The Charter is a purposive document. Its interpretation, "a generous rather than a legalistic one", is aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals full benefit of the Charter's protection.<sup>13</sup>

Consequently, it is not "plain and obvious" and "beyond doubt" that the plaintiffs have no case against the Queen and her Minister. It is well established that the courts ought to be careful and hesitant before striking out a statement of claim, or paragraphs from a statement of claim, as disclosing no reasonable cause of action. As mentioned by Madame Justice Wilson in *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*:<sup>14</sup> "nor will the novelty of the cause of action militate against the plaintiffs".

This action against the two defendants is not frivolous. It may not be sustainable throughout but it is too early to limit the issue to the validity of a by-law. In recent years, this Court has been reticent to strike out allegations concerning the fiduciary obligations owed by the Crown to Indians. Thus, in two decisions involving the Blackfoot

d'un conseil tribal, qui, à la connaissance des fonctionnaires chargés de l'administration des affaires indiennes et du déboursement de fonds au titre des obligations découlant des traités, était composé de représentants non fidèles à leur peuple et sans intégrité serait un manquement manifeste par le gouvernement à son obligation de fiduciaire.

Au cours des dernières années, le concept d'obligation de fiduciaire de la Couronne envers les Indiens a été considérablement discuté et élargi par les tribunaux canadiens<sup>12</sup>.

Les demandeurs prétendent que la Reine et le ministre sont assujettis à l'obligation positive d'assurer que sont respectés les droits que leur reconnaît la Charte: la Reine et le ministre ont tous les deux l'obligation immédiatement exécutoire de prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher et éliminer toute violation de leurs droits. La Charte est un document qui vise un but. Son interprétation, «large plutôt que formaliste», vise à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la Charte<sup>13</sup>.

Par conséquent, il n'est pas «évident et au-delà de tout doute» que les demandeurs n'ont aucune cause d'action contre la Reine et son ministre. Il est bien établi que les tribunaux doivent se montrer prudents et hésitants avant de radier tout ou partie d'une déclaration pour le motif qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action. Comme l'a mentionné madame le juge Wilson dans *Operation Dismantle Inc. et autres c. la Reine et autres*<sup>14</sup>: «et la nouveauté de la cause d'action ne joue pas contre les demandeurs.»

La présente action intentée contre les deux défendeurs n'est pas futile. Il se pourrait qu'elle ne soit pas prouvable sur tous les plans, mais il est encore trop tôt pour limiter la question à la validité d'un règlement administratif. Au cours des dernières années, la Cour s'est montrée réticente à radier des allégations concernant les obligations de fidu-

<sup>12</sup> *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335; and *Desjarlais et al. v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, [1988] 2 C.N.L.R. 62 (F.C.T.D.).

<sup>13</sup> *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295.

<sup>14</sup> [1985] 1 S.C.R. 441, at p. 477.

<sup>12</sup> *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335; et *Desjarlais et al. c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1988] 2 C.N.L.R. 62 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>13</sup> *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295.

<sup>14</sup> [1985] 1 R.C.S. 441, à la p. 477.

Indian Band, my colleagues Reed J.<sup>15</sup> on June 11 and Teitelbaum J.<sup>16</sup> on November 7, 1986 denied the Crown's applications for a strike out.

Consequently, the plaintiffs' appeal is allowed with costs in the cause.

ciaire de la Couronne envers les Indiens. Ainsi, dans deux décisions ayant trait à la bande indienne Pieds-Noirs, mes collègues, le juge Reed<sup>15</sup> le 11 juin et le juge Teitelbaum<sup>16</sup> le 7 novembre 1986, ont refusé des demandes de radiation présentées a par la Couronne.

Par conséquent, l'appel des demandeurs est accueilli avec dépens dans la cause.

<sup>15</sup> *Blackfoot Indian Band, No. 146 (Members) v. Canada and Blackfoot Indian Band, No. 146 (Chief and Councillors)*, [1987] 2 C.N.L.R. 63 (F.C.T.D.).

<sup>16</sup> *Blackfoot Indian Band, No. 146 (Members) v. Canada and Blackfoot Indian Band, No. 146 (Chief and Councillors)* (1986), 7 F.T.R. 133 (F.C.T.D.).

<sup>15</sup> *Bande n° 146 des Indiens Pieds-Noirs (membres) c. Canada et Bande n° 146 des Indiens Pieds-Noirs (chef et conseillers)*, [1987] 2 C.N.L.R. 63 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>16</sup> *Bande n° 146 des Indiens Pieds-Noirs (membres) c. Canada et Bande n° 146 des Indiens Pieds-Noirs (chef et conseillers)* (1986), 7 F.T.R. 133 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).



A-127-90

A-127-90

MONTANA BAND, Chief Melvin Potts and Leo Cattleman, Darrel Strongman, and Maurice Rabbit, Councillors of the Montana Band, suing on their own behalf and on behalf of the members of the Montana Band of Indians,

SAMSON BAND, Chief Jim Omeasoo and Arnup Louis, Roy Louis, Lawrence Saddleback, George Saddleback, Victor Bruno, Leo Bruno, Wilson Okeymow, Brian Lightnigh, Frank Buffalo, Robert Swampy, Floyd Dion and Stanley Buffalo, Councillors of the Samson Band, suing on their own behalf and on behalf of the members of the Samson Band of Indians,

ERMINESKIN BAND, Chief Arthur Littlechild and Ken Cutarm, Marvin Littlechild, Eddie Littlechild, Richard Littlechild, Lawrence Wildcat, Emily Minde, Gerald Wolfe, Rose Makinaw, Lester Frayne, Maurice Wolfe, Brian Lee and Gerry Ermineskin, Councillors of the Ermineskin Band, suing on their own behalf and on behalf of the members of the Ermineskin Band of Indians,

LOUIS BULL BAND, Chief Simon Threefingers, and Harvey Roasting, Jonathan Bull, Theresa Bull, Henry Raine, Stanley Deschamps, George Deschamps, Jerry Moonais, Herman Roasting, Councillors of the Louis Bull Band, suing on their own behalf and on behalf of the members of the Louis Bull Band of Indians (*Appellants*) (*Plaintiffs*)

v.

Her Majesty the Queen (*Respondent*) (*Defendant*)

INDEXED AS: MONTANA BAND OF INDIANS v. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Heald, Hugessen and Stone J.J.A.—Vancouver, January 29, 1991; Ottawa, February 18, 1991.

*Practice — Pleadings — Motion to strike — Trial Judge striking amended statement of claim as failing to identify grievance — Motion under R. 419(1)(a) (pleading disclosing no reasonable cause of action) — Order set aside by Court of Appeal — Not persuaded outcome of case “plain and obvious” — Indian bands seeking declarations (1) undertaking given by Canada when Rupert’s Land surrendered by Hudson’s Bay Company part of Constitution of Canada (2) undertaking*

LA BANDE DE MONTANA, le chef Melvin Potts et Leo Cattleman, Darrel Strongman et Maurice Rabbit, conseillers de la bande de Montana, agissant en leur nom personnel et au nom des membres de la bande indienne de Montana,

LA BANDE DE SAMSON, le chef Jim Omeasoo et Arnup Louis, Roy Louis, Lawrence Saddleback, George Saddleback, Victor Bruno, Leo Bruno, Wilson Okeymow, Brian Lightnigh, Frank Buffalo, Robert Swampy, Floyd Dion et Stanley Buffalo, conseillers de la bande de Samson, agissant en leur nom personnel et au nom des autres membres de la bande indienne de Samson,

LA BANDE D’ERMINESKIN, le chef Arthur Littlechild et Ken Cutarm, Marvin Littlechild, Eddie Littlechild, Richard Littlechild, Lawrence Wildcat, Emily Minde, Gerald Wolfe, Rose Makinaw, Lester Frayne, Maurice Wolfe, Brian Lee et Gerry Ermineskin, conseillers de la bande d’Ermineskin, agissant en leur nom personnel et au nom des autres membres de la bande indienne d’Ermineskin,

LA BANDE DE LOUIS BULL, le chef Simon Threefingers et Harvey Roasting, Jonathan Bull, Theresa Bull, Henry Raine, Stanley Deschamps, George Deschamps, Jerry Moonais, Herman Roasting, conseillers de la bande de Louis Bull, agissant en leur nom personnel et au nom des autres membres de la bande indienne de Louis Bull (*appelants*) (*demandeurs*)

g.

Sa Majesté la Reine (*intimée*) (*défenderesse*)

h RÉPERTORIÉ: BANDE INDIENNE DE MONTANA c. CANADA (C.A.)

i Cour d’appel, juges Heald, Hugessen et Stone, J.C.A.—Vancouver, 29 janvier 1991; Ottawa, 18 février 1991.

*Pratique — Plaidoiries — Requête en radiation — Le juge de première instance a radié la déclaration modifiée parce qu’elle ne mettait aucun grief en évidence — Requête aux termes de la Règle 419(1)a (les plaidoiries ne révèlent aucune cause raisonnable d’action) — Ordonnance annulée par la Cour d’appel — La Cour n’est pas convaincue que l’issue de l’affaire était «évidente» — Les bandes indiennes ont réclamé des jugements déclaratoires selon lesquels (1) l’engagement*

entailing fiduciary obligation (3) certain articles of U.N. covenant on civil rights binding on Canada — Court having power to grant declarations simpliciter.

Judicial review — Equitable remedies — Declarations — Trial Judge striking out amended statement of claim as failing to identify grievance — Power of Court to grant declaration simpliciter not doubted — Appellants seeking binding declarations of right under R. 1723 — Necessary requirements for declaratory action met — Order of Trial Judge set aside.

Native peoples — Lands — Act enabling Her Majesty to accept surrender from Hudson's Bay Company of Rupert's Land — Resolution providing for protection of Indian tribes whose interests and well-being involved in transfer — Indian bands claiming specific constitutional instruments binding on Canada — Seeking declaratory relief only — Court of Appeal reversing Trial Judge's order striking statement of claim.

This was an appeal from an order of the Trial Division striking out the statement of claim. The appellant Bands, except for the Montana Band, were aboriginal occupants of land and territory within the confines of Rupert's Land. In 1867, Her Majesty was asked to unite Rupert's Land and the North-Western Territory with Canada and to grant to the Parliament of Canada "authority to legislate for their future welfare and well-being". In 1868, the Imperial Parliament passed the *Rupert's Land Act, 1868* which enabled Her Majesty to accept a surrender from the Hudson's Bay Company of its lands, privileges and rights in Rupert's Land. On May 28, 1869, the Senate and the House of Commons passed a resolution forcing the Canadian Government to provide for the "protection of the Indian tribes whose interests and well-being are involved in the transfer". Rupert's Land and the North-Western Territory became part of Canada as of July 15, 1870 (the Rupert's Land Order).

The appellants sought declarations that 1) by virtue of the *Constitution Act, 1867*, the terms, conditions and obligations of the Rupert's Land Order became constitutional instruments binding on Canada and are therefore part of the Constitution of Canada; 2) the undertaking given by Canada in 1869 entails a fiduciary obligation to them; and 3) articles 1 and 27 of the *United Nations International Covenant on Civil and Political Rights* are binding on Canada and apply to them. They submitted that although, as aboriginal people, they are not a minority in the usual sense, they are nevertheless a minority for the purposes of article 27. The respondent contradicted most of the appellants' allegations as set out in their amended statement of claim and joined issue on their legal reasoning and conclusions of law in relation to the relief sought.

donné par le Canada lorsque la Terre de Rupert a été cédée par la Compagnie de la Baie d'Hudson fait partie de la Constitution du Canada (2) l'engagement a donné naissance à une obligation fiduciaire (3) certains articles du pacte des Nations Unies relatifs aux droits civils lient le Canada — La Cour a le pouvoir de rendre des jugements déclaratoires purement et simplement.

Contrôle judiciaire — Recours en equity — Jugements déclaratoires — Le juge de première instance a annulé la déclaration modifiée parce qu'elle ne mettait aucun grief en évidence — Le pouvoir de la Cour de rendre un jugement déclaratoire purement et simplement ne fait aucun doute — Les appelants réclament des déclarations de droit obligatoires aux termes de la Règle 1723 — Il a été satisfait aux exigences imposées pour intenter une action visant à obtenir un jugement déclaratoire — L'ordonnance du juge de première instance est annulée.

Peuples autochtones — Terres — Une loi avait permis à Sa Majesté d'accepter la cession de la Terre de Rupert par la Compagnie de la Baie d'Hudson — Une résolution prévoyait la protection des tribus indiennes dont les intérêts et le bien-être étaient intimement liés à la cession — Les bandes indiennes plaident l'existence de certains instruments constitutionnels obligatoires pour le Canada — Les appelants réclament un jugement déclaratoire seulement — La Cour d'appel a infirmé l'ordonnance du juge de première instance radiant la déclaration.

Il s'agit d'un appel d'une ordonnance de la Section de première instance radiant la déclaration. Les bandes appelantes, à l'exception de la Bande de Montana, étaient les occupants autochtones des terres et territoires dans les limites de la Terre de Rupert. En 1867, Sa Majesté a été priée d'unir la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest à la puissance du Canada, et d'accorder au Parlement du Canada «l'autorité de légiférer sur leur bien-être futur». En 1868, le Parlement impérial a adopté l'*Acte de la Terre de Rupert, 1868*, lequel a permis à Sa Majesté d'accepter la cession par la Compagnie de la Baie d'Hudson de ses terres, privilèges et droits sur la Terre de Rupert. Le 28 mai 1869, le Sénat et la Chambre des communes ont adopté une résolution selon laquelle le gouvernement canadien était tenu d'assurer «la protection des tribus indiennes, dont les intérêts et le bien-être sont intimement liés à la cession». La Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest ont été incorporés au Canada à partir du 15 juillet 1870 (Le décret en conseil sur la Terre de Rupert).

Les appelants ont réclamé des jugements déclaratoires selon lesquels 1) en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les conditions et obligations du Décret en conseil sur la Terre de Rupert sont devenues des instruments constitutionnels obligatoires pour le Canada et font, par conséquent, partie de sa Constitution; 2) l'engagement pris par le Canada en 1869 donne naissance à une obligation fiduciaire envers eux; et 3) les articles 1 et 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* lient le Canada et ils s'appliquent à eux. Selon eux, bien que, en tant que peuples autochtones, ils ne soient pas une minorité au sens habituel, ils sont cependant une minorité aux fins de l'article 27. L'intimée a contredit la plupart des allégations des appelants qui sont énoncées dans leur déclaration modifiée et a une contestation liée avec eux sur leur raisonnement juridique et les conclusions de droit en relation avec la réparation visée.

*Held*, the appeal should be allowed.

The respondent moved to strike out the amended statement of claim under Rule 419(1)(a) on the basis that it disclosed no reasonable cause of action and the Associate Chief Justice granted the motion in that the pleading failed to identify any grievance. A court should allow such motion only in plain and obvious cases and where satisfied that the case is beyond doubt. The outcome in the instant case is neither plain and obvious nor beyond doubt. The power of the Court to grant a declaration simpliciter herein cannot be doubted. Rule 1723 of the Federal Court Rules allows the Court to make binding declarations of right whether or not any consequential relief is or could be claimed. The appellants are entitled to this kind of binding declaration. A decision of the House of Lords, *Russian Commercial and Industrial Bank v. British Bank for Foreign Trade*, set out the test to be applied by a court in considering the matter of declaratory judgments. The appellants have satisfied this test: the issues raised by them are real and not theoretical since they deal with the very large question of aboriginal rights, the appellants have a vital and real interest in those issues and finally, the Crown is the proper contradictor, with a true interest in opposing the declarations sought. The necessary requirements for a declaratory action have been met and it is not necessary for the appellants to establish or rely upon a specific breach of the 1869 undertaking.

The statements in the Supreme Court decision *Operation Dismantle* relied upon by the Trial Judge have no application to the case at bar which is not a Charter case. The appellants have satisfied the general rules relating to declaratory judgments as articulated by Borchard, *Declaratory Judgments*, and quoted with approval in *Operation Dismantle*. The Trial Judge erred in striking out the amended statement of claim.

#### 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. 146.
- Constitution Act, 1871*, 34 & 35 Vict., c. 28 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 11].
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].
- Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R.R. 419, 1723.
- Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5.
- International Covenant on Civil and Political Rights*, Dec. 19, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47, ss. 1(1),(2),(3), 27.
- Manitoba Act, 1870*, S.C. 1870, c. 3 [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 8].
- Rupert's Land Act, 1868*, R.S.C., 1985, Appendix II, No. 6.
- Rupert's Land and North-Western Territory Order*, R.S.C., 1985, Appendix II, No. 9 (as am. by *Canada*

*Arrêt*: l'appel devrait être accueilli.

L'intimée a demandé la radiation de la déclaration modifiée conformément à la Règle 419(1)a) parce qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action et le juge en chef adjoint a accueilli la requête parce qu'elle ne mettait aucun grief en évidence. Un tribunal ne doit accueillir une telle requête que dans des cas évidents et lorsqu'il est convaincu qu'il s'agit d'une affaire au-delà de tout doute. L'issue de l'affaire en l'espèce n'est ni évidente ni au-delà de tout doute. Le pouvoir de la Cour de rendre un jugement déclaratoire purement et simplement en l'espèce ne saurait être mis en doute. En vertu de la Règle 1723 des *Règles de la Cour fédérale*, la Cour peut faire des déclarations de droit obligatoires, qu'un redressement soit ou puisse être demandé ou non en conséquence. Les appelants ont le droit d'obtenir ce type de déclaration de droit obligatoire. Le critère qu'un tribunal doit appliquer en ce qui concerne les jugements déclaratoires a été exposé dans une décision de la Chambre des lords dans l'affaire *Russian Commercial and Industrial Bank v. British Bank for Foreign Trade*. Les appelants ont satisfait à ce critère: les litiges qu'ils soulèvent sont réels et non théoriques puisqu'ils soulèvent la question, très vaste, des droits autochtones, les appelants ont un intérêt vital et réel pour ces questions et, en dernier lieu, la Couronne est un adversaire valable qui a un intérêt véritable à s'opposer aux jugements déclaratoires visés. Il a été satisfait aux exigences imposées pour intenter une action visant à obtenir un jugement déclaratoire et il n'est pas nécessaire que les appelants établissent un manquement particulier à l'engagement pris en 1869, ou s'appuient sur ce point.

Les énoncés de l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Operation Dismantle* sur lesquels s'est fondé le juge de première instance ne s'appliquent pas au cas en l'espèce, lequel n'est pas lié à la Charte. Les appelants ont satisfait aux règles générales sur les jugements déclaratoires présentées par Borchard dans l'ouvrage *Declaratory Judgments* et citées avec approbation dans l'arrêt *Operation Dismantle*. Le juge de première instance a erré en radiant la déclaration modifiée.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Acte de la Terre de Rupert, 1868* [L.R.C. (1985), appendice II, n° 6].
- Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest* [L.R.C. (1985), appendice II, n° 9] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 3).
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 146.
- Loi constitutionnelle de 1871*, 34 & 35 Vict., chap. 28 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 11].
- Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].
- Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.C. 1870, chap. 3 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 8].
- Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), chap. I-5.

*Act, 1982, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the Constitution Act, 1982, Item 3).*

*Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 19 déc. 1966, [1976] Can. R.T. n° 47, art. 1(1),(2),(3), 27.*

*Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 419, 1723.*

a

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## FOLLOWED:

*Dyson v. Attorney-General* [No. 1], [1911] 1 K.B. 410 (C.A.); *Dyson v. Attorney-General* [No. 2], [1912] 1 Ch. 158 (C.A.); *Russian Commercial and Industrial Bank v. British Bank for Foreign Trade*, [1921] 2 A.C. 438 (H.L.); *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380; *Jabour v. Law Society of British Columbia et al.*, [1982] 2 S.C.R. 307; (1982), 137 D.L.R. (3d) 1; [1982] 5 W.W.R. 289; 37 B.C.L.R. 145; 19 B.L.R. 234; 66 C.P.R. (2d) 1; 43 N.R. 451; *Dumont v. Canada (Attorney General)*, [1990] 1 S.C.R. 279; [1990] 4 W.W.R. 127.

b

c

d

## DISTINGUISHED:

*Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1.

e

## REVERSED:

*Montana Band of Indians v. Canada*, [1990] 2 F.C. 198 (T.D.).

## REFERRED TO:

*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.

f

## AUTHORS CITED

Borchard, Edwin. *Declaratory Judgments*, 2nd ed., Cleveland: Banks - Baldwin Law Publishing Co., 1941.

## COUNSEL:

*Thomas R. Berger* and *R. J. Shulman*, for appellants (plaintiffs).  
*Duff Friesen, Q.C.*, for respondent (defendant).

g

h

i

## SOLICITORS:

*Thomas R. Berger*, Vancouver, for appellants (plaintiffs).  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent (defendant).

j

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS SUIVIES:

*Dyson v. Attorney-General* [No. 1], [1911] 1 K.B. 410 (C.A.); *Dyson v. Attorney-General* [No. 2], [1912] 1 Ch. 158 (C.A.); *Russian Commercial and Industrial Bank v. British Bank for Foreign Trade*, [1921] 2 A.C. 438 (H.L.); *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380; *Jabour c. Law Society of British Columbia et autre*, [1982] 2 R.C.S. 307; (1982), 137 D.L.R. (3d) 1; [1982] 5 W.W.R. 289; 37 B.C.L.R. 145; 19 B.L.R. 234; 66 C.P.R. (2d) 1; 43 N.R. 451; *Dumont c. Canada (Procureur général)*, [1990] 1 R.C.S. 279; [1990] 4 W.W.R. 127.

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1.

## DÉCISION INFIRMÉE:

*Bande indienne de Montana c. Canada*, [1990] 2 C.F. 198 (1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISION CITÉE:

*Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304.

## DOCTRINE

Borchard, Edwin. *Declaratory Judgments*, 2nd ed., Cleveland: Banks - Baldwin Law Publishing Co., 1941.

## AVOCATS:

*Thomas R. Berger* et *R. J. Shulman*, pour les appelants (demandeurs).  
*Duff Friesen, c.r.*, pour l'intimée (défenderesse).

## PROCUREURS:

*Thomas R. Berger*, Vancouver, pour les appelants (demandeurs).  
*Le sous-procureur général du Canada*, pour l'intimée (défenderesse).

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

HEALD J.A.: This is an appeal from an order of the Trial Division [[1990] 2 F.C. 198] striking out the appellants' amended statement of claim herein dated August 25, 1989.

#### FACTS

The principal facts as alleged in the amended statement of claim may be summarized as follows. The appellant Bands, except for the Montana Band, are Indian tribes which were, at all material times, aboriginal occupants of land and territory within the confines of Rupert's Land.<sup>1</sup> The Montana Band was established as a Band within Rupert's Land under the *Indian Act* [now R.S.C., 1985, c. I-5] after 1870. The individual appellants are chiefs and councillors of the appellant Bands and are suing on their own behalf and on behalf of all members of their respective Bands.

In 1867, during the first session of the Parliament of Canada, the Senate and the House of Commons adopted a joint address asking Her Majesty "to unite Rupert's Land and the North-Western Territory with Canada and to grant to the Parliament of Canada authority to legislate for their future welfare and well-being." The Imperial Parliament then passed the *Rupert's Land Act, 1868* [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 6] in 1868 which enabled Her Majesty to accept a surrender from the Hudson's Bay Company, upon terms, of its lands, privileges and rights in Rupert's Land. An agreement between the government of Canada and the Hudson's Bay Company was reached in 1869 for the acquisition of Rupert's Land.

On May 28, 1869, after the execution of that agreement, the Senate and the House of Commons passed a number of resolutions relating to the

<sup>1</sup> By Royal Charter dated May 2, 1670, King Charles II granted to the Governor and Company of Adventurers Trading into Hudson's Bay certain rights, including exclusive trading privileges, over a vast tract of land draining into Hudson's Bay. That territory was thereafter described as Rupert's Land.

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

LE JUGE HEALD, J.C.A.: Il s'agit d'un appel d'une ordonnance de la Section de première instance [[1990] 2 C.F. 198] radiant la déclaration modifiée des appelants en l'instance, en date du 25 août 1989.

#### FAITS

Les principaux faits allégués dans la déclaration modifiée peuvent être résumés de la façon suivante: les bandes appelantes, à l'exception de la bande de Montana, sont des tribus indiennes qui, pendant toute l'époque en cause, étaient les occupants autochtones des terres et territoires dans les limites de la Terre de Rupert<sup>1</sup>. La bande de Montana s'est établie en tant que bande dans la Terre de Rupert en vertu de la *Loi sur les Indiens* [maintenant L.R.C. (1985), chap. I-5] après 1870. Les appelants qui sont des particuliers sont les chefs et les conseillers des bandes appelantes et ils agissent en leur nom personnel et au nom de tous les membres de leurs bandes respectives.

En 1867, pendant la première session du Parlement du Canada, le Sénat et la Chambre des communes ont adopté une adresse collective demandant à Sa Majesté «d'unir la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest à la puissance du Canada, et d'accorder au Parlement du Canada l'autorité de légiférer sur leur bien-être . . . futur». Le Parlement impérial a ensuite adopté l'*Acte de la Terre de Rupert, 1868* [L.R.C. (1985), appendice II, n° 6] en 1868, lequel a permis à Sa Majesté d'accepter la cession par la Compagnie de la Baie d'Hudson, à certaines conditions, de ses terres, privilèges et droits sur la Terre de Rupert. Un accord a été conclu entre le gouvernement du Canada et la Compagnie de la Baie d'Hudson en 1869 pour l'acquisition de la Terre de Rupert.

Le 28 mai 1869, après la signature de cette convention, le Sénat et la Chambre des communes ont adopté un certain nombre de résolutions sur

<sup>1</sup> Par une Charte royale en date du 2 mai 1670, le roi Charles II a accordé au gouverneur et à la Compagnie d'Aventuriers d'Angleterre, faisant la traite à la Baie d'Hudson, certains droits, y compris certains privilèges en matière de commerce, sur une grande étendue de terres qui entourait la Baie d'Hudson. Ce territoire s'est appelé par la suite la Terre de Rupert.

admission into Canada of Rupert's Land and the North-Western Territory. One of these resolutions which applied to all the tribes of Rupert's Land stated:

That upon the transference of the territories in question to the Canadian Government, it will be the duty of the Government to make adequate provision for the protection of the Indian tribes whose interests and well-being are involved in the transfer.

On May 29 and 31, 1869, the Senate and the House of Commons adopted a second address to Her Majesty wherein the above resolution was repeated.<sup>2</sup> On November 19, 1869, the Hudson's Bay Company surrendered, by deed, to the British Crown, all its rights in Rupert's Land which had been granted to it by the Charter of 1670. On June 23, 1870, Rupert's Land and the North-Western Territory were admitted into Canada as of July 15, 1870 (the *Rupert's Land and North-Western Territory Order* [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 9] (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act*, 1982, Item 3)).

The appellants plead that by virtue of section 146 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]] the terms, conditions and obligations of the Rupert's Land Order were assumed by the Government of Canada in relation to the Indian tribes of Rupert's Land and thereby became constitutional instruments binding on Canada as well as on the provinces of Canada. The appellants plead, further, that the Rupert's Land Order became a part of Canada's Constitution by virtue of the *Constitution Act, 1867*. In the view of the appellants, their position in this regard is supported by the fact that section 52 of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] provides that the acts and orders set out in Schedule I to the Act are part of the Constitution of Canada (and therefore the supreme law of Canada) and by the further fact

l'admission dans le Canada de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest. L'une de ces résolutions qui s'appliquaient à toutes les tribus de la Terre de Rupert disait:

*a* Que lors de la cession des territoires en question au Gouvernement Canadien, il sera de notre devoir de prendre des mesures efficaces pour la protection des tribus indiennes, dont les intérêts et le bien-être sont intimement liés à la cession.

Les 29 et 31 mai 1869, le Sénat et la Chambre des communes ont adopté une deuxième adresse à Sa Majesté dans laquelle la résolution ci-dessus a été répétée<sup>2</sup>. Le 19 novembre 1869, la Compagnie de la Baie d'Hudson a cédé, par acte, à la Couronne britannique, tous les droits sur la Terre de Rupert qui lui avaient été accordés par la Charte de 1670. Le 23 juin 1870, la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest ont été admis dans le Canada à partir du 15 juillet 1870 (le *Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest* [L.R.C. (1985), appendice II, n° 9] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 3)).

*e* Les appelants plaident qu'en vertu de l'article 146 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]], les conditions et obligations du Décret en conseil sur la Terre de Rupert ont été assumées par le gouvernement du Canada en ce qui concerne les tribus indiennes de la Terre de Rupert et sont donc devenues des instruments constitutionnels obligatoires pour le Canada ainsi que pour les provinces canadiennes. Les appelants plaident, en outre, que le Décret en conseil sur la Terre de Rupert est devenu partie intégrante de la Constitution du Canada, conformément à la *Loi constitutionnelle de 1867*. De l'avis des appelants, leur position à cet égard est appuyée par le fait que l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] prévoit que les actes et ordonnances prévus à l'annexe I de la Loi font partie de la Constitution du Canada (et sont, par conséquent, la loi suprême du Canada) et aussi par

<sup>2</sup> The amended statement of claim alleges (paragraph 20) that the undertaking by the Government of Canada contained in this resolution was approved by Her Majesty.

<sup>2</sup> La déclaration modifiée allègue (paragraphe 20) que l'engagement de la part du gouvernement du Canada qui figurait dans cette résolution a été approuvé par Sa Majesté.

that the Rupert's Land Order is set out in Schedule I.

The appellants also rely on articles 1 and 27 of the United Nations International Covenant on Civil and Political Rights [Dec. 19, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47] and submit that these articles are binding on Canada and apply to these appellants.<sup>3</sup> Their submission is that although, as aboriginal people, they are not a minority in the usual sense, they are, nevertheless, a minority for the purposes of article 27. On this view of the matter, their culture has a material basis entitling them to the benefit of article 27 since land and traditional economic opportunities are essential to the maintenance of that culture. The appellants maintain that since the United Nations International Covenant was ratified by Canada on May 16, 1976 and pursuant to customary international law, the Covenant is binding on Canada.

The appellants sought the following declarations, *inter alia*, in their amended statement of claim:

(a) that the undertaking given by Canada in 1869 was incorporated by reference in the Rupert's Land Order of 1870 and is therefore part of the Constitution of Canada;

<sup>3</sup> Articles 1 and 27 read:

ARTICLE 1

1. All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.

2. All peoples may, for their own ends, freely dispose of their natural wealth and resources without prejudice to any obligations arising out of international economic co-operation, based upon the principle of mutual benefit, and international law. In no case may a people be deprived of its own means of subsistence.

3. The States Parties to the present Covenant, including those having responsibility for the administration of Non-Self-Governing and Trust Territories shall promote the realization of the right of self determination, and shall respect that right, in conformity with the provisions of the Charter of the United Nations.

ARTICLE 27

In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language.

le fait que le Décret en conseil sur la Terre de Rupert se trouve à l'annexe I.

Les appelants s'appuient aussi sur les articles 1 et 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques [19 déc. 1966, [1976] R.T. Can. N° 47] des Nations Unies et prétendent que ces articles lient le Canada et qu'ils s'appliquent à eux<sup>3</sup>. Selon leur prétention, bien que, en tant que peuple autochtone, ils ne soient pas une minorité au sens habituel, ils sont cependant une minorité aux fins de l'article 27. Sur ce point, leur culture a un fondement important qui leur donne droit au bénéfice de l'article 27 puisque la terre et les possibilités économiques traditionnelles sont essentielles au maintien de cette culture. Les appelants soutiennent que le pacte international des Nations Unies a été ratifié par le Canada le 16 mai 1976 et que, selon le droit international coutumier, le Canada est lié par le Pacte.

Les appelants ont réclamé les jugements déclaratoires suivants, entre autres, dans leur déclaration modifiée:

a) que l'engagement donné par le Canada en 1869 était incorporé par renvoi au Décret en conseil sur la Terre de Rupert de 1870 et fait, par conséquent, partie de la Constitution du Canada;

<sup>3</sup> Les articles 1 et 27 sont libellés ainsi:

ARTICLE PREMIER

1. Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel.

2. Pour atteindre leurs fins, tous les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles, sans préjudice des obligations qui découlent de la coopération économique internationale, fondée sur le principe de l'intérêt mutuel, et du droit international. En aucun cas, un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance.

3. Les États parties au présent Pacte, y compris ceux qui ont la responsabilité d'administrer des territoires non autonomes et des territoires sous tutelle, sont tenus de faciliter la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, et de respecter ce droit, conformément aux dispositions de la Charte des Nations-Unies.

ARTICLE 27

Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue.

(b) that the undertaking given by Canada in 1869 entails a fiduciary obligation to the appellants; and

(c) that article 1 and article 27 of the United Nations International Covenant on Civil and Political Rights are binding on Canada and that they apply to the appellants.

The appellants' prayer for relief seeks only declaratory relief. The respondent, in her statement of defence, contradicts most of the appellants' allegations as set out in the statement of claim and joins issue with the appellants on their "legal reasoning and conclusions of law in relation to the relief sought".

#### THE JUDGMENT OF THE TRIAL DIVISION

The learned Associate Chief Justice decided to strike out the amended statement of claim herein because it failed to identify any grievance. After quoting extensively from the reasons of Dickson J. [as he then was] in the *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.* decision,<sup>4</sup> he went on to state:

Counsel acknowledges that the intention of the plaintiffs should they succeed in the present claim for declaratory judgment is to assess the next step, perhaps negotiation, perhaps further litigation. But trial courts ought to avoid any such two-phase process. The defendant is entitled to know the full case it has to meet. Indeed, any party must have a full understanding of the consequences of the failure to defend or to concede defeat on any aspect of the litigation. The role of the trial court is to resolve disputes where parties are unable to do so themselves. How is this possible if the dispute is not identified in the statement of claim?

Accordingly, I have reached the conclusion that the action in its present form, devoid of any grievance between the parties, cannot proceed.

#### ANALYSIS

The respondent's motion to strike was made pursuant to Rule 419(1)(a) [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] on the basis that the amended statement of claim disclosed no reasonable cause of action. On such a motion all the facts pleaded in

<sup>4</sup> [1985] 1 S.C.R. 441, at pp. 456-457.

b) que l'engagement pris par le Canada en 1869 donne naissance à une obligation fiduciaire envers les appelants et

c) que les articles 1 et 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques lient le Canada et qu'ils s'appliquent aux appelants.

La demande de réparation des appelants ne porte que sur un jugement déclaratoire. L'intimée, dans sa défense, contredit la plupart des allégations des appelants qui sont énoncées dans la déclaration et a une contestation liée avec les appelants sur leur [TRADUCTION] «raisonnement juridique et les conclusions de droit en relation avec la réparation visée».

#### LE JUGEMENT DE LA SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE

Le juge en chef adjoint a décidé de radier la déclaration modifiée, en l'espèce, parce qu'elle ne mettait aucun grief en évidence. Après avoir abondamment cité les motifs du juge Dickson [alors juge puîné] dans l'arrêt *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*<sup>4</sup>, il a poursuivi en ces termes:

L'avocat reconnaît que, si les demandeurs obtiennent gain de cause dans la présente demande en jugement déclaratoire, ils ont l'intention de fixer la prochaine étape, peut-être des négociations, peut-être une autre contestation. Mais les tribunaux de première instance doivent éviter ce genre de processus en deux phases. La défenderesse a le droit de prendre connaissance de l'ensemble de la cause à laquelle elle a à faire face. En effet, les parties doivent bien comprendre les conséquences qu'entraînerait le fait de ne pas se défendre ou d'admettre la défaite sur tout aspect du litige. Le rôle du tribunal de première instance est de résoudre les différends que les parties ne peuvent pas régler elles-mêmes. Comment est-ce possible si le différend n'est pas identifié dans la déclaration?

Par conséquent, j'en suis arrivé à la conclusion qu'il ne peut être donné suite à l'action sous sa forme actuelle, car elle est dénuée de toute réclamation entre les parties.

#### ANALYSE

La requête de radiation de l'intimée s'appuie sur la Règle 419(1)a [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663] parce que la déclaration modifiée ne révèle aucune cause raisonnable d'action. Sur une requête comme celle-ci, il faut tenir tous

<sup>4</sup> [1985] 1 R.C.S. 441, aux p. 456 et 457.



the statement of claim must be deemed to have been proven.<sup>5</sup> Furthermore, a court should strike the statement of claim only in plain and obvious cases and where the court is satisfied that “the case is beyond doubt.”<sup>6</sup>

With every deference, I am unable to agree with the conclusion reached by the Associate Chief Justice. On the facts alleged in the amended statement of claim, I am not persuaded that the outcome in the case is “plain and obvious” or “beyond doubt.” In the recent case of *Dumont v. Canada (Attorney General)*,<sup>7</sup> the issues raised by the impugned statement of claim involved the proper interpretation of the *Manitoba Act, 1870*, S.C. 1870, c. 3 [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 8] and the *Constitution Act, 1871*, 34 & 35 Vict., c. 28 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 11] and the effect of the impugned ancillary legislation upon them. In delivering the judgment of the Supreme Court of Canada, Wilson J. stated that such issues “would appear to be better determined at trial where a proper factual base can be laid.” She added (at page 280):

The Court is of the view also that the subject matter of dispute, inasmuch as it involves the constitutionality of legislation ancillary to the *Manitoba Act, 1870* is justiciable in the courts and that declaratory relief may be granted in the discretion of the court in aid of extra-judicial claims in an appropriate case.

The situation at bar is not dissimilar. As noted by the Associate Chief Justice, the appellants rely on a complex series of constitutional instruments in support of the declarations sought.

This is also a case where counsel for the appellants has stated clearly that if the declarations sought are obtained, they might well be used in support of “extra-judicial claims.” In such an eventuality, there might never be a second phase to the process as visualized by the Associate Chief

<sup>5</sup> See *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, at p. 740, per Estey J.

<sup>6</sup> See the *Inuit* case, *supra*, also at p. 740, per Estey J.

<sup>7</sup> [1990] 1 S.C.R. 279, at pp. 280-281.

les faits allégués dans la déclaration pour avérés<sup>5</sup>. De plus, un tribunal ne doit rejeter l'action ou radier une déclaration du demandeur que dans des affaires évidentes et lorsqu'il est convaincu qu'il s'agit d'une affaire «au-delà de tout doute»<sup>6</sup>.

En toute déférence, je ne puis accepter la conclusion à laquelle est parvenu le juge en chef adjoint. D'après les faits allégués dans la déclaration modifiée, je ne suis pas convaincu que l'issue de l'affaire soit «évidente» ou qu'elle soit «au-delà de tout doute». Dans le récent arrêt *Dumont c. Canada (Procureur général)*<sup>7</sup>, les questions soulevées par la déclaration en litige concernaient l'interprétation qu'il faut donner aux dispositions applicables de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.C. 1870, chap. 3 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 8] et de la *Loi constitutionnelle de 1871*, 34 & 35 Vict., chap. 28 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 11] et l'effet qu'a sur elles la mesure législative accessoire contestée. Lorsqu'elle a rendu les motifs du jugement de la Cour suprême du Canada, le juge Wilson a établi que de telles questions «seraient mieux tranchées en première instance où il est possible d'établir un bon fondement factuel». Elle a aussi ajouté (à la page 280):

La Cour est également d'avis que l'objet du litige, dans la mesure où il comporte la constitutionnalité de la mesure législative accessoire à la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, peut être réglé devant les tribunaux judiciaires et qu'un jugement déclaratoire peut être accordé à la discrétion de la Cour à l'appui de revendications extrajudiciaires dans un cas qui se prête à cela.

L'affaire en l'espèce n'est pas sans ressemblance avec celle-là. Comme l'a noté le juge en chef adjoint, les appelants s'appuient sur des séries d'instruments constitutionnels complexes pour justifier les jugements déclaratoires réclamés.

Il s'agit aussi d'une affaire où l'avocat des appelants a établi clairement que, si les jugements déclaratoires réclamés étaient obtenus, ils pourraient bien être utilisés à l'appui de «revendications extrajudiciaires». Dans un tel cas, il pourrait ne jamais y avoir une deuxième étape au processus, comme l'a décrit le juge en chef adjoint. Le règlement négocié des demandes autochtones constitue

<sup>5</sup> Voir l'arrêt *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735, à la p. 740, par le juge Estey.

<sup>6</sup> Voir l'arrêt *Inuit*, précité, à la p. 740, le juge Estey.

<sup>7</sup> [1990] 1 R.C.S. 279, aux p. 280 et 281.

Justice. Negotiated settlements of aboriginal claims are a distinct possibility in today's reality.

The power of the Court to grant a declaration simpliciter in the present situation cannot be doubted. Federal Court Rule 1723 provides:

Rule 1723. No action shall be open to objection on the ground that a merely declaratory judgment or order is sought thereby, and the Court may make binding declarations of right whether or not any consequential relief is or could be claimed.

These appellants are asking for precisely the kind of binding declarations of right contemplated by Rule 1723. The leading decisions in the common law for declaratory relief are the *Dyson* decisions.<sup>8</sup> *Dyson* [No. 1] decided that the rule at issue in that case (which is virtually identical to Rule 1723) permitted the Court to issue a purely declaratory judgment. *Dyson* [No. 2] held that since a plaintiff has the right to sue the Crown for a declaration, he is entitled to proceed for a declaration simpliciter without seeking any additional relief.

To the same effect is the decision of the House of Lords in the case of *Russian Commercial and Industrial Bank v. British Bank for Foreign Trade*.<sup>9</sup> In that case an English Bank had obtained a loan from a Russian Bank on the security of certain bonds. At issue was the construction of a provision in the contract as to whether the loan was repayable in roubles or in sterling. The borrowers commenced an action against the lenders for a declaration that they were entitled to retake possession of the bonds upon payment of the amount of the loan in roubles.

Lord Dunedin set out the test to be applied by a court in considering the matter of declaratory judgments as follows [at page 448]:

The question must be a real and not a theoretical question; the person raising it must have a real interest to raise it; he must be able to secure a proper contradictor, that is to say, some one

une autre possibilité dans le contexte contemporain.

Le pouvoir de la Cour de rendre un jugement déclaratoire purement et simplement dans l'affaire en l'espèce ne saurait être mis en doute. La Règle 1723 des *Règles de la Cour fédérale* dispose:

Règle 1723. Il ne peut être fait opposition à une action pour le motif que cette action ne vise qu'à l'obtention d'un jugement ou d'une ordonnance purement déclaratoires; et la Cour pourra faire des déclarations de droit obligatoires, qu'un redressement soit ou puisse être demandé ou non en conséquence.

Ces appelants demandent précisément le type de déclarations de droit obligatoires prévu par la Règle 1723. Les décisions qui font autorité en common law, en ce qui concerne le jugement déclaratoire sont les décisions *Dyson*<sup>8</sup>. La décision *Dyson* [No. 1] a jugé que la règle en litige dans cette affaire (qui est virtuellement identique à la Règle 1723) permettait à la Cour de rendre un jugement purement déclaratoire. La décision *Dyson* [No. 2] a jugé que, puisqu'un appelant a le droit de poursuivre la Couronne pour obtenir un jugement déclaratoire, il a le droit de le faire pour un jugement déclaratoire pur et simple, sans chercher de redressement additionnel.

La décision de la Chambre des lords dans l'affaire *Russian Commercial and Industrial Bank v. British Bank for Foreign Trade*<sup>9</sup> va dans le même sens. Dans cette affaire, une banque anglaise avait obtenu un prêt d'une banque russe sur nantissement de certaines obligations. Le litige concernait l'interprétation d'une stipulation contractuelle, à savoir, si le prêt était remboursable en roubles ou en livres sterling. Les emprunteurs ont intenté une action à l'encontre des prêteurs pour qu'il soit déclaré qu'ils avaient le droit de reprendre possession des obligations sur paiement du montant du prêt en roubles.

Lord Dunedin a exposé en ces termes le critère qu'un tribunal doit appliquer en ce qui concerne les jugements déclaratoires [à la page 448]:

[TRADUCTION] La question doit être réelle et non théorique, celui qui la soulève doit avoir un intérêt réel à le faire et il doit

<sup>8</sup> *Dyson v. Attorney-General* [No. 1], [1911] 1 K.B. 410 (C.A.), at p. 417, per Cozens-Hardy M.R. See also *Dyson v. Attorney-General* [No. 2], [1912] 1 Ch. 158 (C.A.), at pp. 166-168.

<sup>9</sup> [1921] 2 A.C. 438 (H.L.), at p. 448.

<sup>8</sup> *Dyson v. Attorney-General* [No. 1], [1911] 1 K.B. 410 (C.A.), à la p. 417, le maître des rôles Cozens-Hardy. Voir aussi *Dyson v. Attorney-General* [No. 2], [1912] 1 Ch. 158 (C.A.), aux p. 166 à 168.

<sup>9</sup> [1921] 2 A.C. 438 (H.L.), à la p. 448.

presently existing who has a true interest to oppose the declaration sought.

I have no problem whatsoever in concluding that the appellants at bar satisfy this text. The issues raised by these appellants are certainly real and not theoretical since, at bottom, the central issue raised is the very large question of aboriginal rights. The appellants most certainly have a vital and real interest in those issues since they are chiefs, councillors and members of the Indian Bands resident in the areas of Canada encompassed by the Rupert's Land Order. Finally, the respondent Crown is most certainly the proper contradictor, with a true interest in opposing the declarations being sought.

As pointed out by counsel for the appellants, there was no breach in the *Russian Bank* case. I agree with counsel that in the case at bar, these appellants need not in this action for a declaratory judgment point to a specific breach of the 1869 undertaking. The necessary requirements for a declaratory action have been satisfied and, in my view, it is not necessary for the appellants to establish or rely upon a breach. The issues here are real, the appellants have a substantial interest therein, and the logical and proper contradictor is in place. Additionally, it must be remembered that the respondent has joined issue with the appellants on their alleged rights and entitlements. I would add further that the Supreme Court of Canada has approved of the test set out by Lord Dunedin in the *Russian Commercial Bank* case in the case of *Solosky v. The Queen*.<sup>10</sup> Mr. Justice Dickson prefaced his reliance on the *Russian Commercial Bank* test with the following comments (at page 830):

Declaratory relief is a remedy neither constrained by form nor bounded by substantive content, which avails persons sharing a legal relationship, in respect of which a "real issue" concerning the relative interests of each has been raised, and falls to be determined.

In my view and for the reasons given *supra*, it cannot be fairly argued that the appellants at bar do not satisfy this definition.

<sup>10</sup> [1980] 1 S.C.R. 821, at p. 830 *per* Dickson J.

pouvoir présenter un adversaire valable, c'est-à-dire quelqu'un ayant un intérêt véritable à s'opposer à la déclaration sollicitée.

Je n'ai pas de difficulté à conclure que les appelants en l'espèce ont satisfait à ce critère. Les litiges soulevés par ces appelants sont certainement réels et non théoriques puisque, à tout le moins, la principale question soulevée est celle, très vaste, des droits autochtones. Les appelants ont certainement un intérêt vital et réel pour ces questions puisqu'ils sont les chefs, les conseillers et les membres des bandes indiennes qui résident dans les régions du Canada visées dans le Décret en conseil sur la Terre de Rupert. En dernier lieu, la Couronne intimée est certainement un adversaire valable qui a un intérêt véritable à s'opposer aux jugements déclaratoires visés.

Comme l'a démontré l'avocat des appelants, il n'y avait aucun manquement dans la décision de la *Russian Bank*. Je suis d'accord avec l'avocat qu'en l'espèce, ces appelants n'ont pas à prouver, dans cette action pour obtenir un jugement déclaratoire, un manquement précis à l'entente de 1869. Il a été satisfait aux exigences imposées pour intenter une action visant à obtenir un jugement déclaratoire et, à mon avis, il n'est pas nécessaire que les appelants établissent un manquement ou s'appuient sur ce point. Les questions en litige en l'espèce sont réelles, les appelants ont un intérêt substantiel, et un contradicteur logique et opportun est présent. De plus, l'on doit se souvenir que l'intimée a une contestation liée avec les appelants sur leurs droits et privilèges allégués. J'ajouterais aussi que la Cour suprême du Canada a, dans l'arrêt *Solosky c. La Reine*<sup>10</sup>, approuvé le critère exposé par lord Dunedin dans l'affaire *Russian Commercial Bank*. M. le juge Dickson a fait précéder son approbation du critère exposé dans la décision *Russian Commercial Bank* des commentaires suivants (à la page 830):

Le jugement déclaratoire est un recours qui n'est pas restreint par la forme ni limité par le fond et qui appartient à des personnes ayant un lien juridique dont découle une «véritable question» à trancher concernant leurs intérêts respectifs.

À mon avis et pour les motifs mentionnés ci-dessus, il ne peut être allégué raisonnablement que les appelants en l'espèce ne satisfont pas à cette définition.

<sup>10</sup> [1990] 1 R.C.S. 821, à la p. 830, le juge Dickson.

I noted earlier that the Associate Chief Justice relied heavily on the majority judgment of the Supreme Court of Canada in the *Operation Dismantle* case. In *Operation Dismantle*, the appellants alleged that a decision made by the Canadian government to allow the U.S.A. to test cruise missiles in Canada violated section 7 of the Charter. The appellants submitted that the development of the cruise missile heightened the risk of nuclear war. They submitted further that the increased American military presence and interest in Canada as a result of the testing made Canada a more likely target for nuclear attack. The appellants sought declaratory relief, an injunction and damages. The passage relied on by the Associate Chief Justice from the judgment of Dickson J. at page 456 is written in the context of whether or not the duties of the executive under section 7 of the Charter can be interpreted so widely as to include a duty "on the basis of speculation and hypothesis about possible effects of government action." It seems clear that in any case where it is alleged that legislation is inconsistent with the Charter, a violation of a Charter right must be alleged. Wilson J. put the matter succinctly in the *Operation Dismantle* case where she said (at page 481):

... whenever a litigant raises a "serious constitutional issue" involving a violation of the *Charter* or the *Canadian Bill of Rights* then, since what is being complained of is an alleged violation of a right, it follows almost by definition that the nature of the alleged violation must be asserted.

In my view, the statements relied on by the Associate Chief Justice from the *Operation Dismantle* decision have no application to the case at bar. This is not a Charter case. I think, rather, that the general rules relating to declaratory judgments should apply to the situation in this case. Those general rules are well stated at pages 48 and 49 of Borchard, *Declaratory Judgments* (2nd ed. 1941):

It is an essential condition of the right to invoke judicial relief that the plaintiff have a protectible interest. The fact that under declaratory procedure so many types of legal issues are presentable for determination which are incapable of any other form of relief, has imposed upon the courts at the outset the function of determining whether the facts justify the grant of

J'ai déjà fait mention que le juge en chef adjoint s'est largement appuyé sur le jugement majoritaire de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Operation Dismantle*. Dans cette décision, les appellants alléguaient que la décision du gouvernement du Canada d'autoriser les États-Unis à procéder aux essais des missiles de croisière au Canada violait l'article 7 de la Charte. Les appellants prétendaient que la mise au point de missiles de croisière augmentait le danger de guerre nucléaire. Ils ajoutaient ensuite que la présence militaire et les intérêts américains se trouvant accrus au Canada par suite des essais, cela augmenterait la probabilité pour le Canada d'être la cible d'une attaque nucléaire. Un jugement déclaratoire, une injonction et des dommages-intérêts furent demandés par les appellants. Le passage sur lequel s'est fondé le juge en chef adjoint extrait du jugement du juge Dickson, à la page 456, est rédigé dans un contexte où il s'agissait de savoir si les obligations du pouvoir exécutif, en vertu de l'article 7 de la Charte, peuvent être ou non interprétés de façon si vaste qu'elles englobent une obligation, d'après «des conjectures et des hypothèses sur les effets possibles de l'action gouvernementale». Il semble évident que, dans tous les cas, lorsqu'il est allégué que la législation est incompatible avec la Charte, une violation d'un droit en vertu de la Charte doit être alléguée. Le juge Wilson a présenté cette question succinctement dans la décision *Operation Dismantle* en ces termes (à la page 481):

... chaque fois qu'un plaideur soulève une «importante question constitutionnelle» mettant en cause une violation de la *Charte* ou de la *Déclaration canadienne des droits*, puisqu'on se plaint de la violation prétendue d'un droit, il s'ensuit, par définition pour ainsi dire, que la nature de la violation alléguée doit être énoncée.

À mon avis, les énoncés sur lesquels s'est fondé le juge en chef adjoint dans l'arrêt *Operation Dismantle* ne s'appliquent pas au cas en l'espèce. Le cas en l'espèce n'est pas lié à la Charte. Je crois plutôt que ce sont les règles générales sur les jugements déclaratoires qui devraient s'appliquer en l'espèce. Ces règles générales sont bien exposées aux pages 48 et 49 de Borchard, *Declaratory Judgments* (2<sup>e</sup> éd. 1941):

[TRADUCTION] Le droit de recourir à la justice est assorti de la condition essentielle que le demandeur ait un intérêt à protéger. Le fait que la procédure de jugement déclaratoire permet de connaître de multiples questions de droit pour lesquelles il n'existe aucune autre forme de recours a dès le début exigé des tribunaux qu'ils déterminent d'abord si les faits

judicial relief, and more particularly, whether the plaintiff has a "legal interest" in the relief he seeks. In the more familiar executory action, the legal interest is sought in the "cause of action," but, as already observed, the narrow scope often given to this ambiguous term has served to conceal from view the many occasions and situations in which a plaintiff not yet physically injured or one seeking escape from dilemma and uncertainty by a clarification of his legal position has need for judicial relief not of the traditional kind. The wider opportunity and necessity for judicial usefulness disclosed by the declaratory judgment make necessary either a more flexible and comprehensive connotation of the term "cause of action" or the employment of a less chameleonic term to indicate when the petitioner may be accorded judicial protection. Without losing sight of the necessity for jurisdictional facts, it is suggested that the term "legal interest" meets the need.

In my view, the appellants have satisfied the general rule articulated by Borchard *supra*, and quoted with approval by Wilson J. in *Operation Dismantle* at page 480. For these reasons, then, I have concluded that the Associate Chief Justice erred in striking the appellants' amended statement of claim herein.

The situation in this case is not unlike the situation in the *Jabour* case.<sup>11</sup> In that case, the relief sought was certain declarations together with an injunction restraining the conduct of an inquiry. Mr. Justice Estey, in delivering the judgment of the Court had the following comments to make concerning declaratory actions at page 323:

The declaratory action has long been known to the courts here and in the United Kingdom. In its modern form it is epitomized in the case of *Dyson v. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410 (C.A.), where the courts found the plaintiff entitled to proceed against the Crown for a declaration without proceeding by way of petition of right. Cozens-Hardy M.R., at p. 416, recognized the court's jurisdiction to receive such a case "... although the immediate and sole object of the suit is to affect the rights of the Crown in favour of the plaintiffs". This form of action takes on much greater significance in a federal system where it has been found to be efficient as a means of challenging the constitutionality of legislation. *Vide Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138, per Laskin J. (as he then was) at p. 162; and Wade, *Administrative Law*, 4th ed., p. 500.

And then, at page 326, he said:

The claims for declaration made here are unaccompanied by any claim for recovery of property or rights from the defend-

<sup>11</sup> *Jabour v. Law Society of British Columbia et al.*, [1982] 2 S.C.R. 307.

justifient qu'un redressement judiciaire soit accordé et, plus particulièrement, si le demandeur a un «intérêt juridique» au redressement qu'il demande. Dans le cas mieux connu de l'action exécutoire, l'intérêt juridique est recherché dans la «cause d'action» mais, comme on l'a déjà observé, la portée restreinte souvent donnée à cette expression ambiguë a permis d'occulter les nombreux cas et situations dans lesquels le demandeur, alors qu'il n'a subi encore aucun dommage matériel ou alors qu'il cherche à échapper à un dilemme ou à une situation juridique incertaine en la faisant clarifier, a besoin d'une intervention judiciaire non traditionnelle. La nouvelle possibilité qu'offre le jugement déclaratoire et sa nécessité sur le plan de l'utilité judiciaire exigent soit une acception plus flexible et plus large de l'expression «cause d'action», soit l'emploi d'une expression moins caméléon pour indiquer quand le requérant peut obtenir la protection judiciaire. Sans perdre de vue la nécessité de l'existence de faits attributifs de compétence, nous pensons que l'expression «intérêt juridique» répond à ce besoin.

À mon avis, les appelants ont satisfait à la règle générale présentée par Borchard, précité, et cité avec approbation par le juge Wilson dans l'arrêt *Operation Dismantle*, à la page 480. Pour ces motifs, j'ai donc conclu que le juge en chef adjoint a erré en radiant la déclaration modifiée des appelants en l'instance.

La situation, dans la présente affaire, n'est pas si différente de celle de l'arrêt *Jabour*<sup>11</sup> où la réparation demandée consistait en certains jugements déclaratoires et une injonction restreignant la conduite d'une enquête. Lorsque M. le juge Estey a rendu le jugement de la Cour, il a fait le commentaire suivant en ce qui concerne les actions déclaratoires à la page 323:

L'action en jugement déclaratoire est depuis longtemps connue des cours tant du Canada que du Royaume-Uni. On en retrouve un exemple moderne dans l'affaire *Dyson v. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410 (C.A.), où les cours ont reconnu au demandeur le droit d'intenter une action en jugement déclaratoire contre la Couronne, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une pétition de droit. Le maître des rôles Cozens-Hardy, à la p. 416, a reconnu la compétence de la cour pour entendre pareille affaire [TRADUCTION] «... même si l'action a pour objet immédiat et unique de porter atteinte aux droits de la Couronne en faveur des demandeurs». Cette forme d'action revêt une importance d'autant plus grande dans un régime fédéral où elle s'est révélée un moyen efficace de contester la constitutionnalité de lois. Voir l'arrêt *Thorson c. Le procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138, le juge Laskin (alors juge puîné), à la p. 162, et Wade, *Administrative Law*, 4<sup>e</sup> éd., à la p. 500.

Il a ensuite ajouté, à la page 326:

Les demandes de déclaration faites en l'espèce, loin d'être assorties d'une demande de récupération de biens ou de droits

<sup>11</sup> *Jabour c. Law Society of British Columbia et autre*, [1982] 2 R.C.S. 307.

ants in the action but are indeed the core of the action, the only goal sought by the plaintiffs (respondents).

#### CONCLUSION

For all of the foregoing reasons, I have concluded that the appeal should be allowed with costs and the order of the Trial Division herein dated February 16, 1990 striking out the appellants' amended statement of claim be set aside.

HUGESSEN J.A.: I agree.

STONE J.A.: I agree.

dirigée contre les défendeurs, constituent le fond même de l'action, le seul objet visé par les demandeurs (intimés).

#### CONCLUSION

*a* Pour tous les motifs précédents, je conclus que l'appel devrait être accueilli avec dépens et que l'ordonnance de la Section de première instance, en date du 16 février 1990 radiant la déclaration modifiée des appelants, devrait être infirmée.

*b* LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

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

A-560-89

A-560-89

**Attorney General of Canada** (*Applicant*)

v.

**G. Blashford and D. Taillefer** (*Respondents*)

and

**M.-Nicole Ladouceur** (*Mise en cause*)*INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. BLASHFORD (C.A.)*

Court of Appeal, Marceau, MacGuigan and Décary J.J.A.—Ottawa, December 11, 1990 and January 15, 1991.

*Public Service — Selection process — Competitions — Respondents screened out of competitions as not having considerable second-level supervisory experience — Public Service Commission Appeal Board upholding respondents' appeals under Public Service Employment Act, s. 21 — Rational link between selection standards and merit principle — Qualifications and selection standards distinguished — P.S.C., Selection Board lacking authority to tamper with basic qualifications prescribed by Department.*

This was a section 28 application to set aside the decision of a Public Service Commission Appeal Board upholding appeals brought by the respondents under section 21 of the *Public Service Employment Act*. Both respondents had entered a first competition for a position as Manager of a Canada Immigration Centre and respondent Blashford competed in a second competition, for the position of Assistant Manager. Both positions were at the PM-5 level and required, among the basic qualifications, considerable second-level supervisory experience. Both were screened out, the Selection Board having concluded that they failed to meet the supervisory experience requirement. The test established by the Selection Board was that candidates must have two years' second-level supervisory experience within the preceding five years with one of the two years being continual experience. Both respondents challenged the selection process and successfully appealed to a Public Service Commission Appeal Board which found that the Selection Board had erred in establishing the criteria relating to supervisory experience and had breached the fundamental rule that a rational link must exist between selection standards and the merit principle. The Attorney General's argument was that the Appeal Board erred in law (1) in holding that there was no rational link between the Selection Board's definition of considerable second-level supervisory experience and the merit principle, and (2) in attributing to the conduct of the Selection members such impropriety as would cast doubt on their impartiality in establishing the selection standards.

*Held*, the application should be dismissed.

**Procureur général du Canada** (*requérant*)

c.

**G. Blashford et D. Taillefer** (*intimés*)

et

**M.-Nicole Ladouceur** (*Mise en cause*)*RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. BLASHFORD (C.A.)*

Cour d'appel, juges Marceau, MacGuigan et Décary, J.C.A.—Ottawa, 11 décembre 1990 et 15 janvier 1991.

*Fonction publique — Processus de sélection — Concours — Les intimés avaient été éliminés des concours pour manque d'expérience considérable de surveillance au deuxième niveau — Le Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique a fait droit aux appels interjetés par les intimés en application de l'art. 21 de la Loi sur l'emploi dans la Fonction publique — Lien rationnel entre les normes de sélection et le principe du mérite — Distinction entre qualités requises et normes de sélection — La Commission de la Fonction publique et le jury de sélection n'étaient pas habilités à toucher aux exigences fondamentales définies par le ministère concerné.*

Demande fondée sur l'article 28 en annulation de la décision du Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique qui a fait droit à l'appel interjeté par les intimés en application de l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. Les deux intimés s'étaient inscrits à un premier concours pour un poste de chef de centre d'immigration du Canada, et l'intimé Blashford s'était également inscrit à un second concours pour un poste de chef adjoint. Les deux postes, du niveau PM-5, requéraient entre autres qualités fondamentales, une expérience considérable de surveillance au deuxième niveau. Les deux ont été éliminés au stade de la présélection, le jury de sélection ayant conclu qu'ils ne satisfaisaient pas à la condition d'expérience de surveillance. Selon le critère défini par le jury de sélection, les candidats devaient justifier de deux années d'expérience de surveillance au deuxième niveau au cours des cinq années précédentes, dont une année d'expérience continue. Les deux intimés, ayant contesté le processus de sélection, ont eu gain de cause devant le Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique, qui a conclu que le jury de sélection avait commis une erreur en fixant les critères relatifs à l'expérience de surveillance et en violant la règle fondamentale du lien rationnel entre les normes de sélection et le principe du mérite. Le procureur général soutient que le Comité d'appel a commis une erreur de droit (1) en concluant qu'il n'y avait aucun lien rationnel entre la définition, par le jury de sélection, d'expérience considérable de surveillance au deuxième niveau et le principe du mérite, et (2) en reprochant aux membres du jury de sélection une conduite telle qu'elle pourrait jeter le doute sur leur impartialité pour ce qui était de définir les normes de sélection.

*Arrêt*: la demande devrait être rejetée.

*Per Marceau J.A.*: There was no incompatibility between the definition given by the Selection Board to the experience qualification and the merit principle. But there is a clear distinction between the merit principle — which governs the selection process that the Public Service Commission follows in the exercise of its duty to judge and rank candidates — and the establishment of basic qualifications which is the exclusive prerogative of the Department. The Federal Court decision *Delanoy v. Public Service Commission Appeal Board*, relied on by the Appeal Board, does not apply to the case at bar since it was concerned not with basic qualifications but with selection standards. The Public Service Commission or its “agent”, the Selection Board, has no authority to tamper with the basic qualifications prescribed by the Department by adding to them or changing part of them. *Bambrough v. Public Service Commission* and *Re Boychuck and Appeal Board Established by the Public Service Commission et al.* should also be distinguished since in those cases, the additional requirements had been made with the active participation of the Department while in the present case, the decision to restrict the scope of a basic requirement by introducing rigid temporal criteria was made by the Selection Board itself and alone.

*Per Décary J.A. (concurring)*: The establishment of qualifications for a position in the Public Service is a function of the department concerned and not of the Public Service Commission. An appeal board set up under the Act can only enquire into the question whether the merit principle prescribed by section 10 has been observed in the selection and appointment of a candidate; a selection board or a screening board set up by the Commission can no more than the Commission itself or an appeal board inquire into the qualifications established by a department for a position. The case of *Bambrough v. Public Service Commission*, which decided that the Commission has the power to participate in the establishment of qualifications once the selection process has begun, is authority for the proposition that the Commission may at the most be involved in a mere reasonable elaboration of the requirements suggested by the original qualifications.

In the case at bar, the Selection Board, in narrowing as it did the qualifications established by the Department, was clearly acting beyond its or the Commission's jurisdiction. In introducing rigid temporal criteria, it usurped or overrode the departmental authority to establish the qualifications for a position. The decision *Delanoy v. Public Service Commission Appeal Board*, which is authority for the proposition that selection standards prescribed by the Commission must have a rational link with the merit principle, had no application to the case at bar since the guidelines here at issue were related not to selection standards but to qualifications. The wording of the qualification—considerable second-level supervisory experience—was particularly vague and the Commission should have asked the Department, before advertising the competition, for a more specific wording or to prescribe selection standards.

*Per MacGuigan J.A. (concurring in the result)*: The guidelines in the case at bar were analogous to the selection standards in *Delanoy* in that they were made by the Public Service Commission through the Selection Board rather than by man-

Le juge Marceau, J.C.A.: Il n'y avait pas incompatibilité entre la définition donnée par le jury de sélection de l'exigence d'expérience et le principe du mérite. Il n'y a cependant aucun rapport entre le principe du mérite, qui préside au processus de sélection à observer par la Commission de la Fonction publique dans l'exercice de ses attributions qui consistent à juger et à classer les candidats, et la définition des exigences de base pour pouvoir participer au concours, laquelle relève de la prérogative exclusive du ministère intéressé. La décision de la Cour fédérale *Delanoy c. Le Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique*, sur laquelle s'est fondé le Comité d'appel, ne s'applique pas en l'espèce puisqu'elle portait non pas sur les qualités requises, mais sur les normes de sélection. La Commission de la Fonction publique ou son «délégué», le jury de sélection, n'est pas habilitée à toucher aux exigences fondamentales définies par le ministère concerné en y ajoutant ou en les modifiant en partie. Il faut aussi distinguer de l'espèce les décisions *Bambrough c. La Commission de la Fonction publique* et *Re Boychuck et Le Comité d'appel établi par la Commission de la Fonction publique et autres* puisque dans ces deux causes, les exigences supplémentaires avaient été établies avec la participation active du ministère concerné alors qu'en l'espèce, la décision de circonscrire l'exigence fondamentale par l'introduction de rigides critères temporels a été prise par le jury de sélection et par lui seul.

Le juge Décary, J.C.A. (motifs concourants): La définition des qualités requises pour un poste de la Fonction publique relève du ministère concerné, et non pas de la Commission de la Fonction publique. Un comité d'appel constitué sous le régime de la Loi est seulement habilité à examiner si le principe du mérite établi par l'article 10 a été respecté dans le choix et la nomination d'un candidat; un jury de sélection ou de présélection ne peut, pas plus que la Commission elle-même ou que son comité d'appel, remettre en question les conditions définies par le ministère concerné pour un poste donné. L'arrêt *Bambrough c. La Commission de la Fonction publique*, selon lequel la Commission est habilitée à participer à la définition des qualités requises au cours du processus de sélection, pose pour règle que la Commission peut tout au plus participer à un développement raisonnable des exigences qui se déduisent des conditions initiales.

Il est manifeste qu'en l'espèce, le jury de sélection, en circonscrivant la condition définie par le Ministère, a outrepassé sa compétence ou celle de la Commission. En introduisant un critère temporel rigide, il a usurpé ou outrepassé le pouvoir du Ministère de définir les qualités requises pour un poste. L'arrêt *Delanoy c. Le Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique*, qui pose pour règle que les normes de sélection établies par la Commission doivent justifier d'un lien rationnel avec le principe du mérite, n'a aucun rapport avec l'espèce, qui ne porte pas sur les normes de sélection, mais sur les qualités requises. La formulation de la condition en cause—expérience considérable de surveillance au deuxième niveau—était particulièrement vague, et la Commission aurait dû demander au Ministère de produire une formulation plus spécifique avant d'annoncer le concours, ou de prescrire lui-même des normes de sélection.

Le juge MacGuigan, J.C.A. (motifs concordants quant au résultat): Les lignes directrices dont il s'agit sont semblables aux normes de sélection visées par l'arrêt *Delanoy* en ce qu'elles ont été établies par la Commission de la Fonction publique par



agement. By virtue of section 10 of the Act, every action of the Commission or its delegates in relation to appointments is governed by the merit principle. The error which the Appeal Board found to exist in the Selection Board's procedure was not simply that the latter Board added qualifications, but rather that what it had added had the character of arbitrariness. In so holding, the Appeal Board applied a correct view of the law to the facts as it found them. The Appeal Board's final comment—relating to the doubtful impartiality of the Selection Board—was not intended as a separate reason for decision, but rather as an additional indication of the arbitrariness it had already identified.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

*Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 10, 12, 21.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### DISTINGUISHED:

*Delaney v. Public Service Commission Appeal Board*, [1977] 1 F.C. 562; (1976), 13 N.R. 341 (C.A.); *Bambrough v. Public Service Commission*, [1976] 2 F.C. 109; (1975), 12 N.R. 553 (C.A.); *Re Boychuck and Appeal Board Established by the Public Service Commission et al.* (1982), 135 D.L.R. (3d) 385; 42 N.R. 204 (F.C.A.).

##### CONSIDERED:

*Bauer v. Public Service Appeal Board*, [1973] F.C. 626; (1973), 40 D.L.R. (3d) 126; 6 N.R. 183 (C.A.).

##### REFERRED TO:

*Ricketts v. Department of Transport* (1983), 52 N.R. 381 (F.C.A.); *Canada (Attorney General) v. Viola*, [1991] 1 F.C. 373 (C.A.); *Attorney General of Canada v. Appeal Board established by the Public Service Commission*, [1982] 1 F.C. 803 (C.A.); *Rex v. Sussex Justices. Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256; *Ahluwalia*, 1987 ABD [8-2] 256; *Brown v. Public Service Commission*, [1975] F.C. 345; (1975), 60 D.L.R. (3d) 311; 9 N.R. 493 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Jollimore*, A-19-90, F.C.A., Décary J.A., judgment dated 23/11/90, not yet reported.

##### COUNSEL:

*Ben Bierbrier* for applicant.  
*Andrew J. Raven* for respondents.

##### SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.

la voix du jury de sélection, et non par la direction du ministère concerné. Par application de l'article 10 de la Loi, toute action de la Commission et de ses délégués en matière de nominations est régie par le principe du mérite. Le Comité d'appel a conclu que le jury de sélection avait commis une erreur non pas parce que celui-ci ajoutait des conditions supplémentaires, mais parce que ce qu'il ajoutait était entaché d'arbitraire. Par cette conclusion, le Comité d'appel a correctement appliqué le droit aux faits de la cause tels qu'il les a constatés. La dernière observation du Comité d'appel qui mettait en doute l'impartialité du jury de sélection, ne constituait pas un motif de décision distinct, mais une indication supplémentaire de l'arbitraire qu'il avait relevé.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

*Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, L.R.C. (1985), chap. P-33, art. 10, 12, 21.

#### JURISPRUDENCE

*d*

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Delaney c. Le Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique*, [1977] 1 C.F. 562; (1976), 13 N.R. 341 (C.A.); *Bambrough c. La Commission de la Fonction publique*, [1976] 2 C.F. 109; (1975), 12 N.R. 553 (C.A.); *Re Boychuck et Le Comité d'appel établi par la Commission de la Fonction publique et autres* (1982), 135 D.L.R. (3d) 385; 42 N.R. 204 (C.A.F.).

*e*

##### DÉCISION EXAMINÉE:

*Bauer c. Le Comité d'appel de la Fonction publique*, [1973] C.F. 626; (1973), 40 D.L.R. (3d) 126; 6 N.R. 183 (C.A.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Ricketts c. Ministère des Transports* (1983), 52 N.R. 381 (C.A.F.); *Canada (Procureur général) c. Viola*, [1991] 1 C.F. 373 (C.A.); *Le procureur général du Canada c. Le comité d'appel établi par la Commission de la Fonction publique*, [1982] 1 C.F. 803 (C.A.); *Rex v. Sussex Justices. Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256; *Ahluwalia*, 1987 DCA [8-2] 256; *Brown c. La Commission de la Fonction publique*, [1975] C.F. 345; (1975), 60 D.L.R. (3d) 311; 9 N.R. 493 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Jollimore*, A-19-90, C.A.F., le juge Décary, J.C.A., jugement en date du 23/11/90, non encore publié.

*i*

##### AVOCATS:

*Ben Bierbrier* pour le requérant.  
*Andrew J. Raven* pour les intimés.

*j*

##### PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour le requérant.

*Soloway, Wright, Ottawa, for respondents.*

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

MARCEAU J.A.: I agree with Mr. Justice MacGuigan that the decision under attack, which has upheld appeals brought by the respondents pursuant to section 21 of the *Public Service Employment Act* [R.S.C., 1985, c. P-33] (the Act), must be allowed to stand. I have more difficulty than my colleague, however, with the reasoning followed by the Appeal Board to arrive at its conclusion, which leads me to express my own views of the matter.

Chairperson Ladouceur of the Appeal Board made clear, in her decision, why she thought the Selection Board had erred in ruling that, in order to meet the basic qualification prescribed in the competition poster as "considerable second-level supervisory experience", a candidate had to have two years of such experience within the preceding five years with one of the two years being "continual" experience. In her view, the Selection Board had breached the fundamental rule, set out by this Court in *Delanoy v. Public Service Commission Appeal Board*, [1977] 1 F.C. 562, that a rational link had to exist between selection standards and the "merit principle" inscribed in section 10 of the Act. With respect, I doubt that the Selection Board's impugned ruling can be criticized on that basis.

As a first comment, I will express considerable uneasiness with the finding that there was incompatibility between the definition given by the Selection Board to the experience qualification as described in the competition poster and the "merit principle". The members of the Selection Board had given a full and cogent explanation as to why, in their opinion, the period of exposure to management adopted in their definition was needed to prepare adequately for the senior level positions involved. To say that the criteria they adopted were arbitrary and unreasonable is to reject that explanation, and such a position appears to me, I say it with respect, quite unwarranted. The definition was incomplete, of course, since it took into account only the time factor, but it was not meant

*Soloway, Wright, Ottawa, pour les intimés.*

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

<sup>a</sup> LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: Je conviens avec le juge MacGuigan que la décision attaquée, qui faisait droit aux appels interjetés par les intimés en application de l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* [L.R.C. (1985), chap. P-33] (la Loi), doit être confirmée. À la différence cependant de mon collègue, je ne partage pas le raisonnement tenu par le Comité d'appel dans sa décision, ce qui m'amène à exprimer mes propres <sup>b</sup> <sup>c</sup> vues en la matière.

La présidente du Comité d'appel, Mme Ladouceur, a expliqué dans sa décision pourquoi elle a conclu que le jury de sélection avait commis une erreur en prescrivant que pour satisfaire à la principale qualité requise à l'avis de concours, savoir <sup>d</sup> [TRADUCTION] «une expérience considérable des fonctions de surveillance au deuxième niveau», le candidat devait justifier de deux années de cette <sup>e</sup> expérience, dont une année d'expérience «continue», au cours des cinq années précédentes. À son avis, ce jury de sélection a enfreint la règle fondamentale, établie par cette Cour dans son arrêt *Delanoy c. Le Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique*, [1977] 1 C.F. 562, savoir <sup>f</sup> qu'il doit y avoir un lien rationnel entre les normes de sélection et le «principe du mérite» prévu à l'article 10 de la Loi. Sauf le respect que je lui dois, je doute que la décision attaquée du jury de <sup>g</sup> sélection puisse être critiquée par ce motif.

En premier lieu, j'ai des réserves sérieuses au sujet de la conclusion d'incompatibilité entre la définition donnée par le jury de sélection de l'exigence d'expérience prévue à l'avis de concours et le <sup>h</sup> «principe du mérite». Les membres du jury de sélection ont donné une explication détaillée et logique des raisons pour lesquelles à leur avis, la période d'exercice des fonctions de gestion choisie <sup>i</sup> pour leur définition était nécessaire pour préparer convenablement aux postes de direction en question. Affirmer que les critères qu'ils ont ainsi adoptés étaient arbitraires et déraisonnables revient à rejeter cette explication, et pareille attitude me paraît tout à fait injustifiée. Cette définition était bien entendu incomplète, puisqu'elle ne <sup>j</sup> prenait en considération que l'élément durée, mais

to be complete and, at that initial stage, it did not need to be. The quality aspect could be considered later. As a mere starting point, I fail to see how it could be seen as offending the merit principle.

But the real objection I have with the thinking of the Appeal Board is more fundamental. As I understand the scheme of the Act, the "merit principle" is meant to govern the selection process that the Public Service Commission will follow in the exercise of its duty to judge and rank the candidates; it has no role to play in the establishment of the basic qualifications to be admitted to participate in the competition, the establishment of which is the exclusive prerogative of the Department. The *Delanoy* decision relied on by the Appeal Board was concerned not with basic qualifications but with selection standards, a point that Ryan J., in delivering the reasons of the Court, took care to point out.<sup>1</sup>

My reason for agreeing with the conclusion of the Appeal Board is independent of the merit principle. I simply do not think, again in my understanding of the scheme of the Act, that the Public Service Commission or its "agent", the Selection Board, has the authority to tamper with the basic qualifications prescribed by the Department by adding to them or changing part of them in such a way as to limit the factors which could come into play in the judging and ranking of the candidates.

<sup>1</sup> A significant passage of Ryan J.'s comments in this respect is the following (at p. 569):

It is not necessary in this case to consider whether and, if so, to what extent the Public Service Commission can establish qualifications for positions in the Public Service. The Commission was purporting to act in reliance on its authority to prescribe selection standards under section 12 of the *Public Service Employment Act*, and for the reason given in the previous paragraph the requirement in question was not a selection standard. Indeed, it may well be inferred from the reasons for the decision in *Bambrough v. Appeal Board established by the Public Service Commission* that section 12 confers no authority to establish qualifications for a position as opposed to prescribing standards for selecting a candidate who best meets qualifications otherwise determined.

il n'était pas prévu qu'elle devait être complète et, à ce stade préliminaire, il n'était pas nécessaire qu'elle le fût. L'élément qualité pouvait entrer en ligne de compte à un stade ultérieur. En tant que point de départ, je ne vois pas comment cette définition pourrait aller à l'encontre du principe du mérite.

Mais la véritable objection que m'inspire le raisonnement du Comité d'appel est plus fondamentale. Selon mon interprétation de l'esprit de la Loi, le «principe du mérite» doit présider au processus de sélection que la Commission de la fonction publique doit observer dans l'exercice de ses attributions qui consistent à juger et à classer les candidats; ce «principe» n'a rien à voir avec la définition des exigences de base pour pouvoir participer au concours, laquelle relève de la prérogative exclusive du ministère intéressé. La décision *Delanoy*, sur laquelle s'est fondé le Comité d'appel, portait non pas sur les qualités requises mais sur les normes de sélection, ce que le juge Ryan a pris soin de souligner dans les motifs de jugement qu'il prononçait au nom de la Cour<sup>1</sup>.

La raison pour laquelle je partage la conclusion du Comité d'appel n'a aucun rapport avec la question du principe du mérite. Je ne pense tout simplement pas, toujours selon mon interprétation de l'esprit de la Loi, que la Commission de la fonction publique ou son «délégué», le jury de sélection, soit habilité à toucher aux exigences fondamentales définies par le ministère concerné en y ajoutant ou en les modifiant en partie, de manière à limiter les facteurs qui pourraient entrer en jeu dans l'appréciation et le classement des candidats.

<sup>1</sup> Le passage applicable des conclusions du juge Ryan est le suivant (à la p. 569):

Il est inutile en l'espèce de se demander si la Commission de la Fonction publique peut déterminer les qualifications exigées pour les emplois de la Fonction publique et, dans l'affirmative, dans quelle mesure elle peut le faire. La Commission a prétendu agir en se fondant sur son pouvoir de prescrire des normes de sélection conformément à l'article 12 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, mais, pour la raison énoncée au paragraphe précédent, l'exigence en question ne constituait pas une norme de sélection. En fait, on peut déduire des motifs de l'arrêt *Bambrough c. Un Comité d'appel établi par la Commission de la Fonction publique* que l'article 12 ne confère aucun pouvoir pour établir les qualifications nécessaires pour remplir un poste par opposition aux normes à prescrire pour choisir un candidat qui satisfait le mieux aux qualifications établies par ailleurs.

It is true that in *Bambrough v. Public Service Commission*, [1976] 2 F.C. 109 (C.A.), and again more recently in *Re Boychuck and Appeal Board Established by the Public Service Commission et al.* (1982), 135 D.L.R. (3d) 385 (F.C.A.), this Court has refused to intervene in cases where elaborations of, or amendments to, basic qualifications (that could be seen as new qualifications) had been introduced after selection had begun. But it was found in those cases: first, that the additional requirements had been made with the active participation of the Department (in both cases by a so-called "screening board" set up apparently to prepare the Selection Board for their deliberations); second, that, as expressed by Le Dain J. in the *Bambrough* case (page 117 of the report), "the statement of such qualifications [had afforded] a sound basis for a process of selection according to merit"; and third, that the adding of the further requirements had not had, in practice, the effect of unduly prejudicing the complainants. The situation here is quite different: the decision to restrict the scope of a basic requirement—expressed by the Department in terms left open to practical and relative appreciation—by introducing rigid temporal criteria was made by the Selection Board itself and alone; the restriction could obviously not afford a sounder basis for selection according to merit, its sole effect being to render more mechanical and more restrictive the screening process; and finally, there were candidates like the respondents who were certainly prejudiced by the newly created "roadblock", since they were automatically eliminated from the competition when their experience could not readily be said not to have been "considerable" enough to be admitted and, indeed, could very well have been, in fact, more valuable and meritorious than that of admitted candidates.

These are the reasons why I agree with Mr. Justice MacGuigan that the decision of the Appeal Board here under attack should not be interfered with and the application should therefore be dismissed.

Il est vrai que par l'arrêt *Bambrough c. La Commission de la Fonction publique*, [1976] 2 C.F. 109 (C.A.), et encore tout récemment, par l'arrêt *Re Boychuck et Le Comité d'appel établi par la Commission de la Fonction publique et autres* (1982), 135 D.L.R. (3d) 385 (C.A.F.), la Cour a refusé d'intervenir dans des causes où l'élaboration ou la modification des exigences fondamentales (qui deviendraient alors de nouvelles exigences) eut lieu au cours du processus de sélection. Cependant il a été jugé dans ces deux causes: en premier lieu, que les exigences supplémentaires avaient été établies avec la participation active du ministère concerné (dans l'un et l'autre cas par un soi-disant «jury de présélection» manifestement constitué pour préparer le jury de sélection à ses délibérations); en deuxième lieu, comme l'a conclu le juge Le Dain dans *Bambrough* (page 117 du recueil), que «l'énoncé de ces qualités [avait donné] une assise solide à un processus de sélection selon le mérite»; et, en troisième lieu, que l'adjonction des nouvelles exigences n'avait pas eu, dans les faits, pour effet de causer un préjudice indu aux plaignants. La situation est tout autre en l'espèce: la décision de circonscrire l'exigence fondamentale—exprimée par le ministère en termes susceptibles d'appréciation pratique et relative—par l'introduction de rigides critères temporels, a été prise par le jury de sélection et par lui seul; cette restriction ne pouvait certainement pas assurer une base plus logique pour la sélection selon le mérite, car elle avait pour seul effet de rendre le processus de sélection plus mécanique et plus restrictif; et enfin, il y avait des candidats qui, comme les intimés en l'espèce, ont certainement pâti de l'«obstacle» nouvellement créé, puisqu'ils étaient automatiquement éliminés du concours du fait que leur expérience ne pouvait être considérée comme suffisamment «considérable» pour leur permettre d'y participer, alors qu'elle aurait pu être plus utile et plus méritoire que celle de candidats admis à concourir.

Par ces motifs, je conviens avec le juge MacGuigan qu'il n'y a pas lieu de toucher à la décision attaquée du Comité d'appel et qu'en conséquence, la demande doit être rejetée.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

MACGUIGAN J.A.: The respondents challenged the selection process for two managerial positions with the Canada Employment and Immigration Commission ("CEIC"), succeeding in their appeals pursuant to section 21 of the *Public Service Employment Act* ("the Act").

In April 1989 the CEIC had announced by competition poster two competitions for PM-5 level positions which were to be conducted simultaneously. The first competition, No. 89-EIC-CC-QU-IMM-26 was for the position of Manager of a Canada Immigration Centre, the second, No. 89-EIC-CC-QU-IMM-24, was for the position of Assistant Manager. Both closed on May 4, 1989.

In respect of both competitions the poster prescribed common basic qualifications as follows (Case, at page 27):

Qualifications

Successful completion of secondary school according to provincial standards;

Experience in the application of the *Immigration Act* and Regulations;

Considerable second level supervisory experience.

Both respondents entered the competition for the first position, and the respondent Blashford was a candidate for the second competition as well. However, both were screened out of the competitions and were accordingly not assessed under rated requirements as a result of the Selection Board's conclusion that both had failed to meet the supervisory experience requirement as interpreted by the Selection Board. Both were informed that they did not meet the criteria of "Considerable second level supervisory experience" (Case, at pages 42 and 56).

In evidence before the Appeal Board it was established that, following an examination of all the applications, and thus with knowledge as to which candidates had applied, the Selection Board had proceeded to establish criteria as to what constituted an acceptable level of second-level supervisory experience. The test established was that candidates must have possessed two years of second-level supervisory experience within the preceding five years with one of the two years

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

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Les intimés qui contestaient le processus de sélection visant à doter deux postes de gestion de la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada («CEIC»), ont eu gain de cause dans leur appel formé en application de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* («la Loi»).

En avril 1989, la CEIC avait annoncé par avis la tenue simultanée de deux concours visant à doter deux postes du niveau PM-5. Le premier concours, n° 89-EIC-CC-QU-IMM-26, portait sur un poste de chef de centre d'immigration du Canada, et le second, n° 89-EIC-CC-QU-IMM-24, sur un poste de chef-adjoint. La date de clôture pour l'un et l'autre était le 4 mai 1989.

Pour l'un et l'autre concours, l'avis indiquait les mêmes conditions fondamentales comme suit (Dossier d'appel, à la page 27):

[TRADUCTION] Qualités requises

Avoir terminé avec succès les études secondaires conformément aux normes provinciales.

Expérience dans l'application de la *Loi sur l'immigration* et de ses règlements d'application.

Expérience considérable de surveillance au deuxième niveau.

Les deux intimés ont posé leur candidature pour le premier poste, et Blashford pour le second poste également. Les deux ont été éliminés au stade de la présélection et, par conséquent, n'ont pas été évalués au regard des qualités requises, le jury de sélection ayant conclu qu'ils ne satisfaisaient pas à la condition d'expérience de surveillance telle que le jury l'avait interprétée. Les deux ont été informés qu'ils ne satisfaisaient pas au critère de l'«expérience considérable de surveillance au deuxième niveau» (Dossier d'appel, aux pages 42 et 56).

Il ressort des témoignages donnés devant le Comité d'appel qu'après examen de toutes les candidatures et sachant ainsi qui étaient les candidats, le jury de sélection s'est mis à définir les critères de ce qui constituait une expérience acceptable de surveillance au deuxième niveau. Selon ces critères, les candidats devaient justifier de deux années d'expérience de surveillance au deuxième niveau au cours des cinq années précédentes, dont une année d'expérience «continue». L'intimé Blashford

being "continual" experience. The respondent Blashford had a little less than one year's experience as an assistant manager. The respondent Taillefer had eight years of experience but all of it five years before the competitions.

Chairperson Ladouceur of the Appeal Board, in her decision of November 20, 1989, cited the decision of Ryan J. for this Court in *Delanoy v. Public Service Commission Appeal Board*, [1977] 1 F.C. 562, at pages 568-569,<sup>2</sup> where he had set out the principle of the necessity of a rational link between selection standards and the merit principle inscribed in section 10 of the Act:

The authority granted to the Commission by section 12 to prescribe selection standards is an authority to prescribe standards for the purpose of selecting, from qualified candidates, the person or persons who best merit appointment, having regard to the duties to be performed by the occupant of the position to be filled. The Commission has, of course, a discretion in the prescription of standards, but every standard prescribed must relate to the purpose to be served, otherwise it is not a selection standard within the meaning of the section.

It is really not possible to perceive a rational link between the so called basic requirement involved in this case and selection according to merit of the candidate for appointment best qualified to fill the advertised position. The stipulated requirement of at least one year spent in a candidate's current position, or in a position classified in the same group and at the same level, could be met by service in a position unrelated to the position under competition either in respect of duties to be performed or qualities required. On the other hand, a well qualified candidate who had served for slightly less than a year in a clearly related position would be automatically eliminated. Such a requirement, whatever else it may be, is not a standard related to merit selection. The facts of this case amply illustrate that the basic requirement not only does not serve the purpose of merit selection, but may frustrate it.

The Board Chairperson went on (Case, at pages 136-137):

In the present case I am not at all convinced that there exists what Mr. Justice Ryan called "a rational link" between the

<sup>2</sup> The applicant failed to distinguish this case from *Ricketts v. Department of Transport* (1983), 52 N.R. 381 (F.C.A.), per Thurlow C.J. and *Canada (Attorney General) v. Viola*, [1991] 1 F.C. 373 (C.A.), per Décary J.A., where what was in issue were requirements set by the Department, not by the Public Service Commission, and from *Attorney General of Canada v. Appeal Board established by the Public Service Commission*, [1982] 1 F.C. 803 (C.A.), per Heald J.A., where the issue related not to selection standards but to the actual process of selection.

avait un peu moins d'une année d'état de service aux fonctions de chef adjoint. L'intimé Taillefer avait huit années d'expérience, mais cinq ans avant l'ouverture du concours.

a

La présidente du Comité d'appel, Mme Ladouceur, cite dans sa décision en date du 20 novembre 1989 l'arrêt *Delanoy c. Le Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique*, [1977] 1 C.F. 562, aux pages 568-569<sup>2</sup>, dans lequel le juge Ryan de cette Cour avait exposé le principe de la nécessité d'un lien rationnel entre les normes de sélection et le principe du mérite consacré par l'article 10 de la Loi:

b

c

Le pouvoir que l'article 12 accorde à la Commission pour prescrire des normes de sélection concerne les normes relatives à la sélection, parmi les candidats qualifiés, de la personne ou des personnes qui mérite(nt) le mieux d'être nommée(s) compte tenu des fonctions à accomplir par le titulaire du poste à combler. Bien sûr, la Commission dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour prescrire les normes, mais toute norme prescrite doit s'appliquer au but recherché, sinon ce n'est pas une norme de sélection au sens de cet article.

d

e

f

g

Il est vraiment impossible d'entrevoir un lien rationnel entre ce qu'on appelle l'exigence fondamentale posée dans cette affaire et la sélection du candidat selon son mérite en vue de la nomination du candidat le plus qualifié pour combler le poste annoncé. Des fonctions exercées à un poste sans rapport avec le poste annoncé pour le concours en ce qui concerne les fonctions à remplir ou les qualités requises pourraient satisfaire à la condition stipulée exigeant que le candidat ait exercé ces fonctions depuis au moins un an ou qu'il ait occupé un poste classifié dans le même groupe et au même niveau. D'autre part, un candidat très qualifié qui a occupé un poste connexe pendant un peu moins d'une année serait automatiquement exclu. Une telle exigence, n'est pas une norme en rapport avec la sélection selon le mérite. La présente affaire illustre amplement le fait que cette exigence fondamentale non seulement ne satisfait pas à l'objectif de la sélection selon le mérite, mais peut même y faire échec.

h

La présidente du Comité d'appel a tiré cette conclusion (Dossier d'appel, aux pages 136 et 137):

[TRADUCTION] Je ne suis pas du tout convaincue qu'on puisse trouver en l'espèce ce que le juge Ryan appelle un «lien

<sup>2</sup> Le requérant n'a pu établir que cette cause se distinguait de *Ricketts c. Ministère des Transports* (1983), 52 N.R. 381 (C.A.F.), le juge en chef Thurlow et de *Canada (Procureur général) c. Viola*, [1991] 1 C.F. 373 (C.A.), le juge Décary J.C.A., où le litige portait sur les conditions définies par le ministère concerné et non par la Commission de la Fonction publique, ni de *Le Procureur général du Canada c. Le Comité d'appel établi par la Commission de la Fonction publique*, [1982] 1 C.F. 803 (C.A.), le juge Heald, J.C.A., où le litige ne portait pas sur les normes de sélection mais sur le processus de sélection proprement dit.

basic requirement as defined by the Selection Board and the merit principle which requires that the best qualified person(s) be appointed to the position.

The definition of the basic requirement of "considerable second level supervisory experience" is so protracted as it pertains to the "five year, two year, one year" time frame during which the experience had to have been gained that one is left with the distinct impression that the screening process in this regard resembled more a lottery than an assessment of merit.

No relevance whatsoever was established between the supervisory experience requirement as construed by the Selection Board [and] the duties of the position being staffed. Thus a very junior level candidate who had second level supervisory experience in a totally unrelated field could have qualified, according to the Department's witness. However, persons such as the appellants, who had relevant experience to the position, were screened out for the sole reason that they lacked a few months of experience. No consideration was given to the substance of their experience, that is to their duties performed, the circumstances under which they were performed (i.e., activities of the Department, etc.). The Selection Board focused only on the time frame and quantum. Such a practice is unfair and flies in the face of merit.

Finally, the Chairperson cited the famous phrase, "Justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done",<sup>3</sup> and continued (Case, at page 138):

Turning to the situation before me, while no evidence was adduced and no attack made on the integrity of the board members, I think that the conduct of some of the board members who had taken cognizance of candidates' names and job applications combined with the fact that the board members knew the candidates was improper and casts sufficient doubt on their impartiality when they established the parameters for the basic requirement of supervision.

My colleagues take the position that the *Delanoy* case followed by the Appeal Board is not in point because it concerned selection standards, whereas the guidelines in the case at bar are related not to selection standards but to qualifications. With respect, I find the guidelines here analogous to the selection standards in *Delanoy* in that they were made by the Public Service Commission through the Selection Board rather than by management. As Jackett C.J. put it in *Bauer v. Public Service Appeal Board*, [1973] F.C. 626 (C.A.), at page 630, "The employer must be able to define the

<sup>3</sup> *Rex v. Sussex Justices. Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256.

rationnel» entre la condition fondamentale telle que la définit le jury de sélection et le principe du mérite qui veut que la ou les personnes les mieux qualifiées soient nommées au poste en cause.

La définition de la condition fondamentale d'«expérience considérable de surveillance au deuxième niveau» est si étirée pour ce qui est des périodes de «cinq ans, deux ans, un an» d'acquisition de cette expérience qu'on a la nette impression qu'à cet égard, le processus de présélection évoque plus une loterie qu'une évaluation du mérite des candidats respectifs.

On n'a pu établir aucun rapport entre la condition d'expérience de surveillance telle que l'a définie le jury de sélection [et] les attributions du poste à combler. Ainsi, un employé d'un niveau très subalterne qui justifie d'une expérience de surveillance au deuxième niveau dans un domaine sans aucun rapport avec le poste en question, pourrait être qualifié selon le témoin cité par le ministère. Par contre, des personnes comme les appelants, qui justifient d'une expérience dans le domaine du poste en question, ont été éliminées pour la seule raison qu'il leur manquait quelques mois d'état de service. On n'a nullement tenu compte du contenu de leur expérience, c'est-à-dire des fonctions qu'ils ont remplies, des conditions dans lesquelles ces fonctions ont été remplies (savoir le travail du ministère, etc.). Le jury de sélection ne s'est attaché qu'aux périodes et à la durée. Pareille pratique est injuste et va à l'encontre du principe du mérite.

Enfin, la présidente du Comité d'appel, citant l'adage célèbre [TRADUCTION] «Il ne faut pas seulement que justice soit faite, mais encore que tous le sachent»<sup>3</sup>, a tiré la conclusion suivante (Dossier d'appel, à la page 138):

[TRADUCTION] Bien que l'intégrité des membres du jury de sélection ne soit pas en cause en l'espèce, je pense que la conduite de certains d'entre eux qui avaient pris connaissance des noms des candidats ainsi que des candidatures, combinée avec le fait que les membres du jury connaissaient les candidats, était inconvenante et jette suffisamment de doute sur l'impartialité dont ils devaient faire preuve en prescrivant les paramètres de la condition fondamentale d'état de service en surveillance.

Mes collègues estiment que l'arrêt *Delanoy* sur lequel s'est fondé le Comité d'appel ne s'applique pas en l'espèce parce qu'il portait sur les normes de sélection, alors que les lignes directrices en cause concernent non pas les normes de sélection, mais les qualifications. Sauf leur respect, je constate que les lignes directrices dont s'agit sont semblables aux normes de sélection visées par l'arrêt *Delanoy* en ce qu'elles ont été établies par la Commission de la fonction publique par la voix du jury de sélection, et non par la direction du ministère concerné. Ainsi que l'a conclu le juge en chef

<sup>3</sup> *Rex v. Sussex Justices. Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256.

qualifications and duties of a position before he seeks for a person to fill that position” because “a power to do so would seem to be inherent in management.” But there is no such inherent power in the Commission: when it creates criteria, whether selection standards or guidelines, it must in my view be bound by the “rational link” principle enunciated in *Delanoy*. As I read section 10 of the Act, every action of the Commission or its delegates in relation to appointments is governed by the merit principle: “Appointments to or from within the Public Service shall be based on selection according to merit, as determined by the Commission . . . .”

The applicant argued the case rather on the basis that the Appeal Board erred in law (1) in holding that there was no rational link between the Selection Board’s definition of considerable second-level supervisory experience and the merit principle,<sup>4</sup> and (2) in attributing to the conduct of the selection members such impropriety as would cast doubt on their impartiality when establishing their selection standards.

*Bambrough v. Public Service Commission*, [1976] 2 F.C. 109 (C.A.) held that the Public Service Commission, acting through a selection board, can participate in establishing the qualifications for a position, and that it may be justified in doing so even after a selection process has begun. Le Dain J. expressed it this way for this Court (at pages 119-120):

Obviously where the change in the qualifications would enlarge the range of potential candidates for a position, the selection process would have to be recommenced to afford an opportunity for the identification of other candidates. But where, as here, the effect of the change in the qualifications is to narrow the range of potential candidates, there is no adverse effect on the principle of merit, nor is there any prejudice to a candidate

<sup>4</sup> In oral argument the applicant also suggested that the Board’s decision was perverse under paragraph 28(1)(c) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] but was unable to sustain this position, since there was clearly some evidence on the basis of which the Appeal Board could have found as it did.

Jackett dans *Bauer c. Le comité d’appel de la Fonction publique*, [1973] C.F. 626 (C.A.), à la page 630, «L’employeur doit pouvoir délimiter les qualités requises et les fonctions d’un poste avant de chercher une personne pour le remplir» parce qu’«il semble que ce pouvoir est inhérent à la gestion». La Commission n’a cependant pas ce pouvoir inhérent: chaque fois qu’elle définit des critères, qu’il s’agisse de normes de sélection ou de lignes directrices, elle est, à mon avis, tenue au principe du «lien rationnel» qu’énonce l’arrêt *Delanoy*. J’interprète l’article 10 comme signifiant que toute action de la Commission et de ses délégués en matière de nominations est régie par le principe du mérite: «Les nominations internes ou externes à des postes de la fonction publique se font sur la base d’une sélection fondée sur le mérite, selon ce que détermine la Commission . . . ».

a Le requérant fait valoir que le Comité d’appel a commis une erreur de droit (1) en concluant qu’il n’y avait aucun lien rationnel entre la définition, par le jury de sélection, d’expérience considérable de surveillance au deuxième niveau d’une part, et le principe du mérite d’autre part<sup>4</sup>, et (2) en reprochant aux membres du jury de sélection une conduite telle qu’elle pourrait jeter le doute sur l’impartialité dont ils devaient faire preuve au moment où ils définissaient les normes de sélection.

g Selon l’arrêt *Bambrough c. La Commission de la Fonction publique*, [1976] 2 C.F. 109 (C.A.), la Commission de la fonction publique, par la voix d’un jury de sélection, peut participer à la définition des qualités requises pour un poste, même après que le processus de sélection a commencé. Cette conclusion a été tirée par le juge Le Dain en ces termes, dans le jugement rendu au nom de la Cour (aux pages 119 et 120):

De toute évidence, si la modification des qualités requises devait augmenter le nombre de candidats éventuels à un poste, le processus de sélection serait recommencé afin de permettre l’identification d’autres candidats. Si, toutefois, la modification des qualités requises a pour effet de réduire le nombre de candidats éventuels, comme en l’espèce, elle n’est pas contraire au principe du mérite et ne cause aucun préjudice à celui dont

<sup>4</sup> Dans son argumentation verbale, le requérant soutenait aussi que la décision du Comité d’appel était viciée au regard de l’alinéa 28(1)c) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7], mais n’a pu étayer cette assertion, attendu qu’il y avait à l’évidence des preuves sur lesquelles le Comité avait pu se fonder pour conclure comme il l’a fait.



who is eliminated from further consideration on the ground that he lacks one of the additional qualifications. The applicant did not have, merely by virtue of identification as a candidate on the basis of the original qualifications, a vested right to be assessed for relative merit in relation to those qualifications. Had the Data Stream search been initiated with the additional qualification of air pollution research as one of the search criteria the applicant might not have emerged at all as a potential candidate for the position. If he had emerged he would still have been subject to elimination by the Screening Board on the ground that he lacked an essential qualification for the position. In my opinion there is nothing in the Act or regulations that prevents the identification of candidates for a position in two stages. The applicant argued that if the qualifications for a position could be changed in the course of the selection process, such change could be a device for giving one candidate an unfair advantage over others. There is no suggestion in this case that the qualifications were changed for such a purpose. The Appeal Board found that the additional qualifications were reasonable, having regard to the requirements of the position, and we see no reason to question that opinion. Indeed, it would appear that the additional qualification with respect to air pollution oriented research was little more than an elaboration of the research requirement suggested by the original statement of qualifications.

It seems clear from this statement that a screening board may, without impropriety, specify broadly stated qualifications by spelling out additional criteria to be met, provided that an appeal board finds the additional qualifications to be "reasonable", that is, having the rational link to the merit principle required by *Delanoy*. In *Bambrough* the Court had no reason to question the Appeal Board's holding.

In *Re Boychuck and Appeal Board Established by the Public Service Commission et al.* (1982), 135 D.L.R. (3d) 385 (F.C.A.), there was an issue as to screening guidelines establishing a minimum number of direct audit hours and a minimum number of completed cases by way of experience in a competition for a senior business files auditor. In that case the Appeal Board, after citing *Delanoy*, wrote (cited at page 390):

Since I find the basic requirement for experience as defined by the selection board reasonable in the instant case, given the scope of the audits conducted by a Senior Business Files Auditor, I find that the basic requirement established for this competition to be related to merit selection.

la candidature n'est pas retenue pour plus ample considération parce qu'il ne possède pas une des nouvelles qualités requises. Le simple fait d'avoir été reconnu candidat, sur la base des qualités requises initialement, ne confère pas au requérant un droit à l'évaluation de son mérite à l'égard de ces qualités. Si la nouvelle qualité requise, exigeant des candidats qu'ils aient effectué de la recherche dans le domaine de la pollution de l'air, avait constitué un critère de recherche lors de la consultation du Permatri, le requérant n'aurait peut-être même pas été identifié comme candidat éventuel au poste. Même reconnu candidat, il aurait quand même pu être éliminé par le jury de présélection, au motif qu'il ne possédait pas une des qualités essentielles pour le poste. À mon avis, aucune disposition de la Loi ou du Règlement n'interdit l'identification en deux étapes des candidats à un poste. Le requérant soutient que si les qualités requises pour un poste peuvent être modifiées au cours du processus de sélection, cette modification peut en outre constituer un moyen d'avantager injustement un candidat par rapport aux autres, sans prétendre cependant que ce soit le cas en l'espèce. Le comité d'appel a conclu que, compte tenu du poste à pourvoir, les qualités additionnelles étaient raisonnables et nous n'avons aucune raison de contester cette opinion. En fait, il semble que l'exigence additionnelle d'une expérience en recherche sur la pollution de l'air soit au plus une précision apportée aux exigences indiquées dans l'énoncé initial des qualités requises quant à la recherche.

Il ressort de la conclusion ci-dessus qu'un jury de présélection peut, à bon droit, éclairer des qualités formulées en termes généraux par la définition de nouveaux critères, pourvu qu'un comité d'appel juge ces conditions complémentaires «raisonnables», c'est-à-dire ayant un lien rationnel avec le principe du mérite consacré par l'arrêt *Delanoy*. Dans *Bambrough*, la Cour n'avait aucune raison de remettre en question la décision du Comité d'appel.

Dans *Re Boychuck et le Comité d'appel établi par la Commission de la Fonction publique et autres* (1982), 135 D.L.R. (3d) 385 (C.A.F.), l'un des points litigieux concernait les lignes directrices de présélection qui fixaient pour condition un minimum d'heures de vérification directe et un minimum de travaux terminés à titre d'expérience requise dans un concours au poste de vérificateur principal de dossiers commerciaux. Dans cette cause, le Comité d'appel, après avoir invoqué l'arrêt *Delanoy*, conclut (passage cité en page 390):

[TRADUCTION] ... Puisqu'en l'espèce je trouve raisonnable l'exigence fondamentale d'expérience telle qu'elle a été définie par le jury de sélection, étant donné la portée des vérifications effectuées par un vérificateur supérieur des dossiers d'entreprises, je conclus que l'exigence fondamentale établie pour ce concours se rapporte à la sélection faite au mérite.

Ryan J. commented (at page 391):

I cannot say that the appeal board erred. I would however, choose to put the matter rather differently: in the words used in *Delanoy*, it can hardly be said that there is no rational link between the screening guidelines in issue here and merit selection, having in mind that the guidelines had to do with experience in related work.

Again, the *Delanoy* test was found to have been met by the Appeal Board. It should also be noted that Ryan J. remarked that "the guidelines had to do with experience in related work."

None of this to my mind raises any problems with the Appeal Board's decision in the case at bar. The error which the Appeal Board found to exist in the Selection Board's procedure was not simply that the latter Board added additional qualifications, but rather that what it had added had the character of arbitrariness. This, it felt, was most clearly seen from the Selection Board's acceptance of "totally unrelated" experience in preference to relevant experience. In so holding, the Appeal Board was in my opinion applying a correct view of the law to the facts of the case at bar as it found them.

Given its emphasis on relevant experience the Appeal Board had no difficulty in distinguishing a previous Board decision in *Ahluwalia*, 1987 ABD [8-2] 256, in which a minimum of five years' continuous experience had been accepted as a reasonable qualification of extensive experience in contracting and managing complex programs. Chairperson Ladouceur, in quoting from the Board's reasons in *Ahluwalia*, underlined that the quantum of experience there approved established a threshold of competence in related work.

Moreover, in my opinion the Appeal Board's final comment relating to the doubtful impartiality of the Selection Board was not intended as a separate reason for decision, but rather as an additional indication of the arbitrariness it had already identified.

In my view, therefore, the applicant fails on both arguments, and the application should accordingly be dismissed.

Le juge Ryan a tiré cette conclusion (à la page 391):

Je peux dire que le comité d'appel n'a pas commis d'erreur. Toutefois, je choiserais de poser la question autrement: pour reprendre les expressions utilisées dans *Delanoy*, on peut difficilement dire qu'il n'existe pas de lien rationnel entre les lignes directrices de présélection litigieuses en l'espèce et la sélection faite au mérite, puisque les lignes directrices devaient se rapporter à l'expérience acquise dans un travail connexe.

Ici encore, le Comité d'appel a conclu que le critère établi par l'arrêt *Delanoy* avait été respecté. Il y a lieu de noter que pour le juge Ryan, «les lignes directrices devaient se rapporter à l'expérience acquise dans un travail connexe».

Rien de ce qui précède ne remet en question la décision en l'espèce du Comité d'appel. Il a conclu que le jury de sélection avait commis une erreur non pas parce qu'il ajoutait des conditions supplémentaires, mais parce que ce qu'il ajoutait était entaché d'arbitraire. C'est ce qui ressortait, à son avis, du fait que le jury de sélection a accepté un état de service «n'ayant absolument aucun rapport» avec les postes dont s'agit, de préférence aux états de service dans le même domaine. Par cette conclusion, le Comité d'appel a, à mon avis, correctement appliqué le droit aux faits de la cause tels qu'il les a constatés.

Vu l'importance qu'il attachait aux états de service dans le même domaine, le Comité d'appel n'a eu aucun mal à faire la distinction entre l'affaire en instance avec une décision antérieure de Comité d'appel, *Ahluwalia*, 1987 DCA [8-2] 256, où un minimum de cinq années d'expérience continue avait été accepté à titre de qualification raisonnable d'expérience considérable pour les programmes complexes de marchés et de gestion. La présidente Ladouceur, en citant les motifs de la décision *Ahluwalia*, a souligné que le quantum d'expérience approuvé dans cette affaire établissait un seuil de compétence dans le même domaine.

En outre, je ne vois pas dans la dernière observation du Comité d'appel qui mettait en doute l'impartialité du jury de sélection, un motif de décision distinct, mais une indication supplémentaire de l'arbitraire qu'il avait relevé.

Par ces motifs, je conclus que le requérant n'a réussi à faire valoir ni l'un ni l'autre de ses deux arguments, et me prononce ainsi pour le rejet de la demande.

\* \* \*

\* \* \*

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

DÉCARY J.A.: I have had the opportunity to read the reasons of my colleagues Marceau and MacGuigan. I agree with them that this section 28 application should be dismissed. While I adopt the general approach of my colleague Marceau as being in my view more consistent with the scheme of the *Public Service Employment Act* ("the Act"), I cannot subscribe entirely to his reasons.

The establishment of qualifications for a position in the Public Service has been repeatedly held by this Court to be a function of the department concerned and not a function of the Public Service Commission ("the Commission"). It is also settled jurisprudence that the function of an appeal board set up under the Act "is to enquire not into the qualifications established by the department for a position but into the question whether the merit principle prescribed by s. 10 has been observed in the selection and appointment of a candidate who has the qualifications determined by the department for the position."<sup>5</sup>

It logically flows from these principles that a selection board or a screening board set up by the Commission in the process of selecting candidates can no more than the Commission itself or an appeal board inquire into the qualifications established by a department for a position. Two decisions of this Court are however relied on as authority for the proposition that the Commission through a screening board or a selection board may participate with a department in establishing the qualifications for a position. They are: *Bambrough v. Public Service Commission*,<sup>6</sup> and *Re Boychuck and Appeal Board Established by the Public Service Commission et al.*<sup>7</sup>

<sup>5</sup> *Brown v. Public Service Commission*, [1975] F.C. 345 (C.A.); *Ricketts v. Department of Transport* (1983), 52 N.R. 381 (F.C.A.), at p. 382, Thurlow C.J.; *Canada (Attorney General) v. Viola*, [1991] 1 F.C. 373 (C.A.); and *Canada (Attorney General) v. Jollimore*, A-19-90 (F.C.A.), Décary J.A., judgment dated November 23, 1990, not yet reported.

<sup>6</sup> [1976] 2 F.C. 109 (C.A.).

<sup>7</sup> (1982), 135 D.L.R. (3d) 385 (F.C.A.).

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

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement prononcés par mes collègues Marceau et MacGuigan. Je conviens avec eux que cette demande fondée sur l'article 28 doit être rejetée. Bien qu'à mon avis, l'approche générale de mon collègue Marceau soit plus conforme à l'esprit de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* («la Loi»), je ne saurais y souscrire entièrement.

Cette Cour a constamment jugé que la définition des qualités requises pour un poste de la fonction publique relève du ministère concerné, et non pas de la Commission de la fonction publique («la Commission»). De même, selon une jurisprudence constante, le rôle du comité d'appel constitué sous le régime de la Loi «ne consiste pas à examiner les conditions définies par le ministère pour un poste précis mais à se demander si le principe du mérite établi par l'article 10 a été respecté dans le choix et la nomination d'un candidat qui possède les qualités requises par le ministère pour le poste en question»<sup>5</sup>.

Il découle logiquement de ces principes qu'un jury de sélection ou de présélection constitué par la Commission dans le processus de sélection ne peut, pas plus que la Commission elle-même ou que son comité d'appel, remettre en question les conditions définies par le ministère concerné pour un poste donné. Deux décisions de cette Cour ont cependant été citées pour soutenir que la Commission, par la voix du jury de présélection ou de sélection, peut participer aux côtés du ministère intéressé à la définition des qualités requises pour un poste. Il s'agit des arrêts *Bambrough c. La Commission de la Fonction publique*<sup>6</sup> et *Re Boychuck et le Comité d'appel établi par la Commission de la Fonction publique et autres*<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> *Brown c. La Commission de la Fonction publique*, [1975] C.F. 345 (C.A.); *Ricketts c. Ministère des Transports* (1983), 52 N.R. 381 (C.A.F.), à la p. 382, le juge en chef Thurlow; *Canada (Procureur général) c. Viola*, [1991] 1 C.F. 373 (C.A.); et *Canada (Procureur général) c. Jollimore*, A-19-90 (C.A.F.), le juge Décary, J.C.A., arrêt rendu le 23 novembre 1990, non encore publié.

<sup>6</sup> [1976] 2 C.F. 109 (C.A.).

<sup>7</sup> (1982), 135 D.L.R. (3d) 385 (C.A.F.).

*Bambrough* has decided, in my view, a) that the qualifications for a position, while generally established by a department before the selection process has begun, may be validly amended by a department after a selection process has begun provided the change is not a device for giving one candidate an unfair advantage over others and is no more than a reasonable elaboration of a requirement suggested by the original statement of qualification; and b) that the Commission may participate in the making of such an amendment provided the decision-maker continues to be the department. Le Dain J. at pages 117-118, explained as follows the reasons for which the Commission needed to have the power to participate with a department in establishing the qualifications for a position:

The statutory duty of the Commission to appoint qualified persons on the basis of merit to positions within the Public Service must carry with it at least the implied power to participate with the department or other branch of the Public Service concerned in establishing the qualifications for a position. The Commission must have the power to assure that the specified qualifications are those that are called for by the position and that the statement of such qualifications affords a sound basis for a process of selection according to merit. I would infer this power from the Commission's responsibility for appointment under sections 5, 8 and 10 of the Act, rather than from its power, under section 12, to prescribe selection standards. [My emphasis.]

With respect to the extent to which the Commission may participate in establishing an additional qualification for a position once the selection process has begun, the following statement by Le Dain J. at page 117 is particularly relevant:

It would be possible to take the view, on the agreed statement of facts and the report of the Screening Board, that what happened is that Dr. Ingraham, as the departmental representative and supervisor concerned, established the additional essential qualifications on behalf of the Department in consultation with L'Espérance, as the responsible staffing officer in the Commission, and that the two of them acting together as the Screening Board applied the additional qualifications to the selection process. But even if it is necessary to treat the formulation of these additional qualifications as the act of the Commission, I do not think it is beyond the implied powers of the Commission to participate to this extent in the elaboration of the qualifications for a position, particularly where, as here, it is done not only with the approval, but the active participation of an officer of the department concerned. There is no issue here of the Commission attempting to usurp or override the departmental authority to establish the qualifications for a position. [My emphasis.]

Il a été jugé par l'arrêt *Bambrough*, à mon avis, a) que les qualités requises pour un poste, normalement définies par le ministère intéressé avant l'ouverture du processus de sélection, peuvent être validement modifiées par celui-ci au cours de ce processus de sélection, pourvu que la modification ne soit pas une manœuvre visant à favoriser indûment un candidat et ne soit que le développement raisonnable d'une exigence qui se déduit de l'énoncé primitif des qualifications; et b) que la Commission peut participer à la formulation de cette modification à condition que l'autorité décisionnelle continue d'être le ministère en question. En pages 117 et 118, le juge Le Dain a expliqué les raisons pour lesquelles il était nécessaire que la Commission fût habilitée à participer avec le ministère intéressé à la définition des qualités requises pour un poste donné:

Le devoir statutaire de la Commission de nommer à des postes de la Fonction publique des personnes possédant les qualités requises, conformément au principe du mérite, doit au moins comporter le pouvoir implicite de participer, avec le ministère ou la direction concerné, à la formulation des qualités requises pour un poste. La Commission doit avoir le pouvoir de s'assurer que les qualités spécifiées correspondent à celles exigées par le poste et que l'énoncé de ces qualités donne une assise solide à un processus de sélection selon le mérite. J'estime que ce pouvoir découle des responsabilités de la Commission en matière de nominations, en vertu des articles 5, 8 et 10 de la Loi, plutôt que de son pouvoir, en vertu de l'article 12, de prescrire les normes de sélection. [Mes soulignements.]

Pour ce qui est de la question de savoir dans quelle mesure la Commission peut participer à la définition d'une exigence supplémentaire pour un poste donné après que le processus de sélection a commencé, la conclusion suivante du juge Le Dain en page 117 est particulièrement pertinente:

Il est cependant possible de considérer, d'après l'exposé conjoint des faits et le rapport du jury de présélection, qu'Ingraham a établi les qualités essentielles additionnelles au nom du ministère, à titre de représentant du ministère et de directeur concerné, de concert avec L'Espérance, en sa qualité d'agent de dotation en personnel responsable, et que c'est en siégeant comme jury de présélection, qu'ils ont tous deux appliqué ces nouvelles qualités requises au processus de sélection. Toutefois, même s'il faut attribuer la formulation de ces qualités additionnelles à la Commission, je ne pense pas qu'en participant de la sorte à la définition des exigences d'un poste, la Commission excède ses pouvoirs implicites particulièrement lorsque, comme en l'espèce, elle le fait non seulement avec l'approbation, mais avec la participation active d'un agent du ministère concerné. En l'espèce, la Commission n'a pas tenté d'usurper ou d'empiéter sur le pouvoir du ministère de définir les qualités requises pour un poste. [Mes soulignements.]

On the facts of the case, the “additional qualifications” in *Bambrough* were established “on behalf of the Department in consultation with” the Commission and it is only to the “extent” of that “consultation” that the Commission has been recognized “the implied power to participate with the department . . . establishing the qualifications for a position.” It would be incorrect to infer from *Bambrough* that the sole presence of a representative of the department concerned on a screening board or on a selection board enables that board to add qualifications to those already established by the department.

Furthermore, as noted by Le Dain at page 120:

There is no suggestion in this case that the qualifications were changed for such a purpose [i.e. to give one candidate an unfair advantage over others]. The Appeal Board found that the additional qualifications were reasonable, having regard to the requirements of the position . . . Indeed, it would appear that the additional qualification . . . was little more than an elaboration of the research requirement suggested by the original statement of qualifications.

To the extent, therefore, that the Commission does have the power to “participate” in the establishment of qualifications once the selection process has begun, *Bambrough* would be authority for the proposition that the Commission may at the most be involved in a mere reasonable elaboration of the requirements suggested by the original qualifications.

In *Boychuck*, the issue was whether screening guidelines adopted by a screening board in the application of selection standards prescribed by the Commission were contrary to a “basic requirement” stipulated by the Commission within these selection standards. As the question of whether the screening guidelines adopted by the screening board or the selection standards and the basic requirement prescribed by the Commission, amounted to a qualification to be added to those established by the department was not raised, *Boychuck* can hardly be considered as having any authority with respect to the power of selection boards or screening boards to establish additional qualifications.

In the case at bar, one of the essential qualifications established by the Department was “Considerable second level supervisory experience.” The

Dans cette affaire *Bambrough*, les «qualités additionnelles» visées avaient été établies «au nom du ministère . . . de concert avec» la Commission, et ce n’est que dans les limites d’une action «de concert» «de la sorte» que la Commission était investie du «pouvoir implicite de participer, avec le ministère . . . à la formulation des qualités requises pour un poste». Il serait erroné de déduire de l’arrêt *Bambrough* qu’il suffit qu’un représentant du ministère concerné soit présent au sein du jury de présélection ou de sélection pour que ce jury soit en mesure d’ajouter des conditions à celles qui sont déjà définies par ce ministère.

Qui plus est, comme le fait observer le juge Le Dain, à la page 120:

. . . sans . . . que ce soit le cas en l’espèce [pour ce qui était d’avantager injustement un candidat par rapport aux autres]. Le comité d’appel a conclu que, compte tenu du poste à pourvoir, les qualités additionnelles étaient raisonnables . . . En fait, il semble que l’exigence additionnelle . . . soit au plus une précision apportée aux exigences indiquées dans l’énoncé initial des qualités requises quant à la recherche.

En conséquence, dans la mesure où la Commission est habilitée à «participer» à la définition des qualités requises au cours du processus de sélection, l’arrêt *Bambrough* pose pour règle que la Commission peut tout au plus participer à un développement raisonnable des exigences qui se déduisent des conditions initiales.

Dans *Boychuck*, le litige portait sur la question de savoir si les directives de présélection adoptées par le jury de présélection en application des normes de sélection établies par la Commission, allaient à l’encontre des «exigences fondamentales» que celle-ci avait définies à la lumière de ces normes. Comme le litige ne portait pas sur la question de savoir si les lignes directrices adoptées par le jury de présélection en la matière ou si les normes de sélection et les conditions fondamentales définies par la Commission, représentaient une condition à ajouter à celles définies par le ministère concerné, on ne saurait voir dans la décision *Boychuck* une règle jurisprudentielle au sujet du pouvoir des jurys de sélection ou de présélection de définir des conditions supplémentaires.

En l’espèce, pour satisfaire à l’une des conditions essentielles définies par le Ministère, les candidats devaient justifier d’une «expérience considérable de

evidence was to the effect that when the Selection Board met, it established the level of experience required as follows: two years of second level supervisory experience within the preceding five years with one of the two years being "continual" experience. There is no evidence, here, that the representatives of the Department who sat on the Selection Board were in reality acting on behalf of their department at the time they defined the criteria and it would need strong evidence, in my view, to rebut the presumption that members of a selection board established by the Commission are acting on behalf of the Commission and not on behalf of their own department when they define criteria that amount to additional qualifications. It may be that screening boards such as those in *Bambrough* and *Boychuck* can be more easily dissociated from the Commission than selection boards, but as there is no screening board in the present case I need not go further on this point.

The question therefore arises, as to whether the Selection Board, in narrowing as it did the qualification established by the Department, was acting within its or the Commission's jurisdiction? The answer, clearly, is no: the Selection Board had no authority to tamper in such a way with the qualifications established by the Department. In introducing rigid temporal criteria which were much more than a mere elaboration of the qualifications established by the Department, the Selection Board usurped or overrode the departmental authority to establish the qualifications for a position. It is even arguable, on the authority of *Bambrough*, that the Department itself could not, once the selection process had begun, have initiated these changes to the original qualification as they amount to more than a mere elaboration, but since it has not been suggested to us that the changes were made by the Department rather than by the Selection Board, it is not necessary to consider that argument.

The Appeal Board in allowing the appeal relied particularly on the decision of this Court in *Delanoy v. Public Service Commission Appeal Board*.<sup>8</sup> *Delanoy*, in my view, has no application in the case

<sup>8</sup> [1977] 1 F.C. 562 (C.A.).

surveillance au deuxième niveau». Il ressort du dossier qu'à sa réunion, le jury de sélection a défini le niveau d'expérience requis comme suit: deux années d'expérience de surveillance au deuxième niveau au cours des cinq années précédentes, dont une année d'expérience «continue». Il n'y a aucune preuve établissant que les représentants du Ministère qui participaient au jury de sélection agissaient vraiment au nom du ministère lorsqu'ils définissaient ces critères, et, à mon avis, il faudrait des preuves très concluantes pour réfuter la présomption que les membres du jury de sélection constitué par la Commission agissaient au nom de la Commission, et non de leur propre ministère, quand ils établissaient des critères équivalant à des exigences supplémentaires. Il se peut que les jurys de présélection comme ceux des affaires *Bambrough* et *Boychuck* soient plus facilement dissociables de la Commission que les jurys de sélection mais, attendu qu'aucun jury de présélection n'était en cause en l'espèce, il n'est pas nécessaire d'aller plus loin à ce sujet.

Il échet donc d'examiner si le jury de sélection, en circonscrivant la condition définie par le Ministère, a agi dans les limites de sa compétence ou de celle de la Commission. La réponse est, à l'évidence, négative: il n'était nullement habilité à toucher, comme il l'a fait, aux conditions définies par le Ministère concerné. En introduisant un critère temporel rigide qui dépassait le simple développement des exigences du Ministère, il a usurpé ou outrepassé le pouvoir de ce dernier de définir les qualités requises pour un poste. Il est même possible de soutenir, à la lumière de la décision *Bambrough*, que le Ministère lui-même ne pourrait pas, une fois que le processus de sélection a commencé, apporter ces modifications aux conditions primitives puisqu'elles sont davantage qu'un développement, mais comme il n'est pas soutenu en l'espèce que les modifications ont été faites par le Ministère plutôt que par le jury de sélection, il n'est pas nécessaire de considérer cet argument.

En faisant droit à l'appel, le Comité d'appel s'est fondé en particulier sur l'arrêt *Delanoy c. Le comité d'appel de la Commission de la Fonction publique*<sup>8</sup> de cette Cour, lequel arrêt, à mon avis,

<sup>8</sup>[1977] 1 C.F. 562 (C.A.).

at bar. The Court was there dealing not with qualifications established by a department or by a screening or selection board, but with selection standards prescribed by the Commission pursuant to section 12 of the Act. *Delanoy* is therefore authority for the proposition that selection standards prescribed by the Commission must have a rational link with the merit principle, but it is of no use where, as here, selection standards are not in issue. I need not examine whether or not there is a rational link between the guidelines defined by the selection board and the merit principle, for I find that the guidelines in the instant case are related not to selection standards but to qualifications.

The practical difficulty, in this case, arises from the fact that the wording of the qualification in issue—"Considerable second level supervisory experience"—is particularly vague, more so than in cases that were cited to us and from the fact that no selection standards have been referred to. The Commission might well have failed in the exercise of its implied power "to assure that the specified qualifications are those that are called for by the position and that the statement of such qualifications affords a sound basis for a process of selection according to merit", to use the words of Le Dain in *Bambrough*, or in the exercise of its express power to prescribe selection standards, but should that be the case, the proper remedy would have been for the Commission to ask the Department, before advertising the competition, for a more specific wording or to prescribe selection standards. Once the competition notice was posted, all the Commission could do was to elaborate in the manner I have described earlier on the requirements suggested by the original qualification.

The Appeal Board having reached the right conclusion, but for the wrong reasons, this application should be dismissed.

n'est pas applicable en l'espèce. Cet arrêt ne portait pas sur les qualités requises par un ministère ou un jury de présélection ou de sélection, mais sur les normes de sélection prescrites par la Commission en application de l'article 12 de la Loi. L'arrêt *Delanoy* pose pour règle que les normes de sélection établies par la Commission doivent justifier d'un lien rationnel avec le principe du mérite; il n'a aucun rapport avec les causes qui, comme celle en instance, ne portent pas sur les normes de sélection. Il n'est pas nécessaire d'examiner s'il existe ou non un lien rationnel entre les lignes directrices adoptées par le jury de sélection et le principe du mérite, car je constate qu'en l'espèce, les lignes directrices ne concernent pas les normes de sélection, mais les qualités requises.

La difficulté pratique tient en l'espèce à ce que la formulation de la condition en cause—"Expérience considérable de surveillance au deuxième niveau"—est particulièrement vague, bien plus vague que dans les causes citées, et à ce qu'aucune référence n'a été faite à quelque norme de sélection. Il se peut fort bien que la Commission ait failli à l'exercice de son pouvoir implicite «de s'assurer que les qualités spécifiées correspondent à celles exigées par le poste et que l'énoncé de ces qualités donne une assise solide à un processus de sélection selon le mérite», pour reprendre les termes employés par le juge Le Dain dans *Bambrough*, ou à l'exercice de son pouvoir exprès de prescrire des normes de sélection. Cela eût-il été le cas, la Commission aurait pu y remédier en demandant au Ministère de produire une formulation plus spécifique avant d'annoncer le concours ou en prescrivant elle-même des normes de sélection. Une fois l'avis de concours affiché, tout ce que la Commission pouvait faire, c'était, de la manière que j'ai décrite plus haut, de développer les exigences qui se déduisaient des conditions initiales.

Le Comité d'appel ayant tiré la conclusion judiciaire mais par des motifs erronés, il faut rejeter la demande.

T-159-90

T-159-90

**Clifford Olson (Plaintiff)**

v.

**Her Majesty the Queen in Right of Canada (Defendant)**

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

Trial Division, Smith T.O.—Ottawa, December 11, 1990.

*Practice — Costs — Plaintiff a convict unrepresented by counsel — Statement of claim struck with costs — Bill of costs claiming maximum amounts allowable under Tariff B to deter future vexatious proceedings — Plaintiff having refiled statement of claim struck in earlier proceeding — No reference to deterrence in R. 346 (1.1), prescribing factors for consideration by taxing officer in determining quantum — R. 344(1) giving Court full discretionary power over payment of costs — Costs not imposed as punishment on party ordered to pay them — Review of cases holding taxing officer to remain neutral in absence of opposing party — Role of taxing officer in absence of opposing party extended by 1987 amendment to Tariff importing range of costs into assessment process — Previously determined whether items authorized by Tariff — Now required to determine degree to which costs awarded should be indemnified — Not merely independent arbiter of disputes over costs but assessor of costs, right to which established elsewhere — Assessment process governed by R. 346(1) providing costs to be taxed in accordance with Tariff B — Proceedings not warranting maximum under Tariff.*

**STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED**

*Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 324, 344(1) (as am. by SOR/87-221, s. 2), 346(1) (as am. *idem*, s. 3), (1.1) (as am. *idem*), Tariff B (as am. *idem*, s. 8).*

**CASES JUDICIALLY CONSIDERED****APPLIED:**

*Kenney v. Cape York (The)*, [1989] 3 F.C. 35; (1989), F.T.R. 44 (T.D.).

**CONSIDERED:**

*British Columbia Forest Products Limited v. The Minister of Industry, Trade and Commerce*, Stinson T.O., T-5310-81, taxation dated 18/10/82, not reported; *Sea-West Engines Ltd. v. M.V. Quala Nimm*, Stinson T.O.,

**Clifford Olson (demandeur)**

c.

**La Majesté la Reine du Chef du Canada (défenderesse)**RÉPERTORIÉ: OLSON c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)

b Section de première instance, officier taxateur Smith—Ottawa, 11 décembre 1990.

*Pratique — Frais et dépens — Le demandeur est un prisonnier non représenté par avocat — Radiation de la déclaration avec dépens — Le mémoire de frais réclame les montants maximaux autorisés en vertu du Tarif B pour décourager les abus de procédure de ce genre à l'avenir — Le demandeur a déposé de nouveau la déclaration radiée dans une instance antérieure — La Règle 346(1.1), qui prescrit les facteurs que l'officier taxateur doit prendre en considération en établissant le montant des dépens à accorder, ne prévoit aucune mesure de prévention — La Règle 344(1) accorde à la Cour entière discrétion pour adjuger les frais et dépens des parties — Les dépens ne sont pas imposés comme une pénalité à celui qui doit les payer — Examen des décisions déclarant que l'officier taxateur doit rester neutre en l'absence de la partie adverse — Le rôle de l'officier taxateur en l'absence de la partie adverse a été élargi par la modification apportée au Tarif en 1987, qui a introduit une échelle de dépens dans le processus de liquidation — L'officier taxateur vérifiait auparavant si les postes revendiqués étaient autorisés par le Tarif — Il doit désormais déterminer le montant du remboursement des dépens — Son rôle n'est pas seulement celui d'un arbitre impartial du différend entre les parties au sujet des dépens, mais il s'étend à l'évaluation des dépens, dont l'allocation a été décidée par la Cour — Le processus de taxation est régi par la Règle 346(1), qui prévoit que les dépens doivent être taxés conformément au tarif B — Les procédures en l'espèce ne justifient pas le maximum prévu au tarif.*

g

**LOIS ET RÈGLEMENTS**

*Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 324, 344(1) (mod. par DORS/87-221, art. 2), 346(1) (mod. *idem*, art. 3), (1.1) (mod. *idem*), Tarif B (mod. *idem*, art. 8).*

h

**JURISPRUDENCE****DÉCISION APPLIQUÉE:**

*Kenney c. Cape York (Le)*, [1989] 3 C.F. 35; (1989), F.T.R. 44 (1<sup>re</sup> inst.).

**DÉCISIONS EXAMINÉES:**

*British Columbia Forest Products Limited c. Ministre de l'Industrie et du Commerce*, officier taxateur Stinson, T-5310-81, taxation en date du 18-10-82, non publiée; *Sea-West Engines Ltd. c. M.V. Quala Nimm*, officier



T-6096-80, taxation dated 24/6/83, not reported; *Adam's Underground Installation Ltd. v. Armadillo Holdings Ltd.*, Briand T.O., T-7541-80, 30/9/83, not reported.

taxateur Stinson, T-6096-80, taxation en date du 24-6-83, non publiée; *Adam's Underground Installation Ltd. c. Armadillo Holdings Ltd.*, officier taxateur Briand, T-7541-80, 30-9-83, non publiée.

APPEARANCES:

No one appearing for plaintiff.

*a* ONT COMPARU:

Personne n'a comparu pour le demandeur.

COUNSEL:

*John B. Edmond* for defendant.

*b* AVOCAT:

*John B. Edmond* pour la défenderesse.

SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

*c* PROCUREUR:

*Le sous-procureur général du Canada* pour la défenderesse.

*The following are the reasons for taxation rendered in English by*

*Ce qui suit est la version française des motifs de la taxation rendus par*

SMITH T.O.: This matter was commenced by way of a statement of claim which was struck out by order of the Court dated March 8, 1990 with costs to the defendant. The plaintiff in this action is unrepresented by legal counsel and is currently being held under incarceration. The defendant's bill of costs was therefore presented for taxation, on a party-and-party basis, in writing pursuant to Rule 324 [*Federal Court Rules, C.R.C., c. 663*], along with bills of costs in three other actions involving the same plaintiff (Court files no. T-996-89, T-1968-89, T-267-90).

*d* L'OFFICIER TAXATEUR SMITH: Cette affaire avait été engagée au moyen d'une déclaration qui devait être déclarée irrecevable par ordonnance en date du 8 mars 1990 de la Cour, avec allocation de dépens à la défenderesse. Le demandeur n'était pas représenté par avocat et est actuellement en état d'incarcération. La défenderesse a donc présenté son mémoire de frais à taxer sur observations écrites, à titre de dépens entre parties, en application de la Règle 324 [*Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663*], en même temps que les mémoires de frais relatifs à trois autres actions du même demandeur (numéros du greffe: T-996-89, T-1968-89, T-267-90).

On November 9, 1990 the affidavit of Darlene Barry was filed purporting service, by registered mail, of the defendant's bill of costs and covering letter upon the plaintiff on August 20, 1990. Although a single letter was subsequently received from the plaintiff on August 31, 1990 requesting copies of the Court's order striking out the statement of claim herein, no other reply, correspondence or representations have been received to date on behalf of the plaintiff in relation to this matter.

*e* *f* *g* *h* *i* Le 9 novembre 1990 fut déposé l'affidavit de Darlene Barry attestant la signification du mémoire de frais de la défenderesse et du bordereau d'envoi, par lettre recommandée le 20 août 1990 au demandeur. Bien qu'une seule lettre fût reçue par la suite, le 31 août 1990, du demandeur qui demandait des copies de l'ordonnance de la Cour portant radiation de la déclaration en l'espèce, aucune autre réponse, correspondance ou communication n'a été, à ce jour, reçue de la part du demandeur à ce sujet.

The defendant's bill of costs claims the maximum amounts allowable with respect to three items under Tariff B [as am. by SOR/87-221, s. 8]:

*j* Le mémoire de frais de la défenderesse réclame le maximum admissible pour trois postes du Tarif B [mod. par DORS/87-221, art. 8]:

1. (1) ...

1. (1) ...

(a) for all services in an action in the Trial Division prior to and including preparation and filing of pleadings . . . ;

(f) for preparation of any motion in writing where there is no court appearance . . . ;

(j) for services after judgment . . . .

In the defendant's written representations counsel has indicated that maximum amounts are being claimed in view of the fact that the plaintiff in this action, and in Court file no. T-267-90 (same style of cause), has essentially refiled a statement of claim that had been struck out by the Court in an earlier proceeding (*Olson v. Her Majesty the Queen*, Court file no. T-1968-89). Recovery of the costs now sought, counsel submitted, would serve as a severe deterrent against such vexatious proceedings as these in the future.

As to the Tariff items being requested by the defendant, I am satisfied of their authority and would allow them on that basis. As to the issue of the quantum being claimed however, I would express some concern for the following reasons. Firstly, I have noted that the amounts requested simultaneously in the earlier proceedings struck out (Court file no. T-1968-89) are at a rate considerably less (40%) than the maximum allowable under the Tariff. It is also apparent, as might logically be expected, that the proceedings filed in the present action were no more extensive than those of the earlier proceedings struck out. And lastly, with respect to creating a deterrence, the taxing officer, when determining the quantum of costs to be allowed, is required to consider the factors prescribed in Rule 346(1.1) [as am. *idem*, s. 3], none of which include, at least in so far as the Court has not so directed, any reference to an element of deterrence against future litigation:

*Rule 346. . . .*

(1.1) In taxing and determining the quantum of costs to be allowed pursuant to Tariff B, the taxing officer shall consider

- (a) the amounts claimed and the amounts recovered;
- (b) the importance of the issues;
- (c) the complexity of the issues;
- (d) the volume of work; and
- (e) any other matter that the Court has directed the taxing officer to consider. [The underlining is mine.]

a) . . . pour tous les services fournis dans une action engagée devant la Division de première instance jusqu'à la préparation et au dépôt des actes de procédure inclusivement;

f) . . . pour la préparation d'une requête par écrit lorsqu'il n'y a pas de comparution devant la Cour;

j) . . . pour les services fournis après le prononcé du jugement . . .

Selon les observations écrites de l'avocat de la défenderesse, le maximum des frais est réclamé parce que le demandeur en l'espèce, qui est aussi demandeur dans l'action n° T-267-90 (même intitulé de cause), a essentiellement déposé à nouveau une déclaration qui avait été radiée par la Cour dans une instance antérieure (*Olson c. Sa Majesté la Reine*, numéro du greffe: T-1968-89). Le recouvrement des frais réclamés, fait-il valoir, servirait à décourager les abus de procédure de ce genre à l'avenir.

En ce qui concerne les postes du tarif invoqués par la défenderesse, je suis convaincu de leur bien-fondé et les accepterai en conséquence. Pour ce qui est du quantum réclamé cependant, j'ai quelques réserves pour les raisons suivantes. En premier lieu, j'ai remarqué que les montants réclamés simultanément dans une action antérieurement radiée (numéro du greffe: T-1968-89) s'établissent à un taux bien inférieur (40 p. 100) au maximum autorisé par le tarif. Il est aussi manifeste, comme on pouvait s'y attendre en toute logique, que les actes de procédure déposés en l'espèce n'étaient pas plus nombreux que ceux des actions antérieurement radiées. Enfin, pour ce qui est de l'effet de dissuasion, l'officier taxateur qui établit le montant des dépens à accorder, doit prendre en considération les facteurs prévus à la Règle 346(1.1) [mod. *idem*, art. 3], laquelle ne prévoit, et sans que la Cour ait jamais donné aucune directive en sens contraire, aucune mesure de prévention contre les recours répétitifs:

*Règle 346. . . .*

(1.1) Lorsqu'il taxe et détermine le montant des dépens à accorder en vertu du tarif B, l'officier taxateur doit tenir compte:

- a) des sommes réclamées et des sommes recouvrées;
- b) de l'importance des questions en litige;
- c) de la complexité des questions en litige;
- d) de la charge de travail; et
- e) de toute autre question qu'il doit prendre en considération conformément aux directives de la Cour. [Mot non souligné dans le texte.]

While I remain cautious in scrutinizing the defendant's bill so closely as to create a perception of substituting the taxing officer's role for that which might otherwise be undertaken by an adverse party, I remain equally conscious of the limited discretionary latitude imposed on a taxing officer by the provisions of the above cited Rule 346(1.1).

In past taxations in this Court where an opposing party was absent taxing officers have expressed similar caution as I do here. In the case of *British Columbia Forest Products Limited v. Minister of Industry, Trade and Commerce*, Court file no. T-5310-81, Taxing Officer Stinson commented on October 18, 1982:

However, I do not think it proper that a party who fails to appear before a taxing officer should benefit by having the taxing officer remove himself from his position as an independent assessor and assume an adversary role in challenging given items in a Bill of Costs.

In a subsequent decision dated June 24, 1983, *Sea-West Engines Ltd. v. M.V. Quala Nimm*, Court file no. T-6096-80, Taxing Officer Stinson expanded on his earlier view by saying [at pages 1-2]:

As I have noted in previous taxations, a party who fails to appear on taxation should not benefit by having the taxing officer abdicate his neutral position and assume an adversarial role. I temper this by noting that I feel that I am not prevented from asking for clarification (before putting my signature to the Certificate of Taxation) if the form or some aspect of a given item is puzzling.

In *Adam's Underground Installation Ltd. v. Armadillo Holdings Ltd.*, Federal Court file no. T-7541-80, on September 30, 1983, Taxing Officer Briand, in referring to the *Sea-West Engines* taxation, later added:

I am in agreement with Mr. Stinson and I would state further that in my opinion the non-appearance of opposing counsel does not permit me to allow items not properly taxable under Tariff "B", nor amounts greater than those set out in the Tariff.

That view has since prevailed rather consistently in the taxation of costs by officers in this Court. However with the amendment of the Tariff in 1987 (SOR/87-221, April 2, 1987), whereupon the factor of a range, or "quantum", of costs was

Tout en prenant le soin d'examiner minutieusement le mémoire de frais de la défenderesse au point de donner l'impression que l'officier taxateur assume le rôle de la partie adverse, je demeure également conscient des limites qu'imposent les dispositions de la Règle 346(1.1) ci-dessus au pouvoir d'appréciation de l'officier taxateur.

Dans les taxations antérieurement effectuées en cette Cour, l'officier taxateur a observé la même prudence lorsqu'une partie était absente. Dans l'affaire *British Columbia Forest Products Limited c. Ministre de l'Industrie et du Commerce*, numéro du greffe: T-5310-81, l'officier taxateur Stinson a fait cette observation le 18 octobre 1982:

[TRADUCTION] Il ne faut cependant pas que la partie qui ne comparait pas devant l'officier taxateur puisse bénéficier de ce fait, savoir que celui-ci renonce à son rôle de liquidateur impartial et assume le rôle d'une partie en contestant tel ou tel poste d'un mémoire de frais.

Dans une décision subséquente en date du 24 juin 1983, *Sea-West Engines Ltd. c. M.V. Quala Nimm*, numéro du greffe: T-6096-80, l'officier taxateur Stinson a développé cette vue comme suit [à la page 2]:

Ainsi que je l'ai relevé dans des taxations antérieures, la partie qui fait défaut de comparaître lors d'une taxation ne doit pas tirer profit de son absence en amenant l'officier taxateur à renoncer à sa position de personne neutre et en lui faisant jouer un rôle de partie adverse. J'atténue cette affirmation en faisant remarquer que j'estime qu'il ne m'est pas interdit, avant d'apposer ma signature au certificat de taxation, de demander des éclaircissements si la formulation ou un quelconque aspect d'un poste donné m'intrigue.

En taxant les dépens dans l'affaire *Adam's Underground Installation Ltd. c. Armadillo Holdings Ltd.*, numéro du greffe de la Cour fédérale: T-7541-80, le 30 septembre 1983, l'officier taxateur Briand a cité la décision de taxation *Sea-West Engines* et a ajouté:

Je suis du même avis que M. Stinson et j'ajouterais qu'à mon avis la non-comparution de l'avocat de la partie adverse ne me permet pas d'accorder des frais dont le tarif «B» ne permet pas la taxation, ni d'octroyer des montants supérieurs à ceux qui sont prévus par le tarif.

Ce principe a été observé depuis de façon plutôt constante par les officiers taxateurs de cette Cour. Cependant, depuis la modification du tarif en 1987 (DORS/87-221, 2 avril 1987) qui a introduit une échelle, le «quantum», de dépens dans le processus

imported into the assessment process, the role of the taxing officer in the absence of an opposing party has become somewhat extended. Whereas before, the assessment of party-and-party costs claimed under Tariff "B" was concerned, for the most part, simply with whether or not items were authorized by the Tariff, an assessment under the new Tariff advances upon a broader purview by also determining, within specified parameters (i.e., Rule 346(1.1)), the degree to which the costs awarded should be indemnified.

As I therefore understand the role of a taxing officer, it is not merely to act as an independent arbiter of disputes between the parties over costs. It is a role which functions principally in the broader sense of assessing costs, the right of which have been established elsewhere (i.e., by exercise of the Court's discretion pursuant to Rule 344(1) [as am. *idem*, s. 2]).

As to the assessment process itself, it is one which is governed in this Court by Rule 346(1) [as am. *idem*, s. 3]:

*Rule 346.* (1) Unless otherwise ordered by and subject to any directions from the Court, all costs between party and party shall be taxed in accordance with Tariff B.

It is Tariff B that provides for the range of amounts allowable with respect to specific items. The criteria for determining that range, or "quantum", is then imposed by the provisions of Rule 346(1.1).

So it is that a taxing officer in this Court is guided not only by the general principles that have been established in relation to the process of taxing costs, but also by the boundaries of authority created by the provisions of the Court's Rules. It then follows, in my opinion, that where, as in the present case, no order or other direction of the Court exists as might remove those constraints, the taxing officer is so bound. And furthermore where, as again is the situation here, there exists no ostensible challenge by the opposing party, which neither implies concession to the amounts claimed nor disapproval, but merely no position, those same constraints, inclusive of the factors set out in Rule 346(1.1), still apply and the taxing officer must then determine, giving appropriate weight in the particular circumstances of the absent party, the degree to which those factors are to be accounted in the assessment of the costs claimed.

de liquidation, le rôle de l'officier taxateur a été étendu dans une certaine mesure, en cas d'absence d'une partie. Auparavant, la taxation des dépens entre parties dans le cadre du tarif «B» consistait simplement dans la plupart des cas à vérifier si les postes revendiqués étaient autorisés par ce tarif. Maintenant, sous le régime du nouveau tarif, le champ de taxation a été élargi, l'officier taxateur étant chargé de déterminer, conformément aux paramètres prévus (Règle 346(1.1)), le montant du remboursement des dépens.

Il s'ensuit que le rôle de l'officier taxateur, tel que je le comprends, n'est pas seulement celui d'un arbitre impartial du différend entre les parties au sujet des dépens. Il s'agit d'un rôle plus étendu d'évaluation des dépens, dont l'allocation a été décidée par la Cour (par l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires conformément à la Règle 344(1) [mod. *idem*, art. 2]).

Quant au processus de taxation lui-même, il est régi par la Règle 346(1) [mod. *idem*, art. 3] de la Cour:

*Règle 346.* (1) Sauf ordonnance contraire de la Cour et sous réserve des directives de celle-ci, tous les dépens entre parties doivent être taxés conformément au tarif B.

C'est le tarif B qui prévoit l'échelle des montants pouvant être accordés à l'égard de postes spécifiques. Les critères régissant la détermination de cette échelle, ou «quantum», sont prévus à la Règle 346(1.1).

Ainsi, l'officier taxateur en cette Cour est guidé non seulement par les principes généraux qui régissent le processus de taxation, mais aussi par les limites de compétence définies par les dispositions des Règles de la Cour. Il s'ensuit, à mon avis, que dans les cas où, comme en l'espèce, aucune ordonnance ou directive de la Cour ne vient lever ces contraintes, l'officier taxateur y est tenu. Qui plus est, dans les cas où, toujours comme en l'espèce, il n'y a aucune contestation visible de la part de la partie adverse, qui n'acquiesce implicitement aux sommes réclamées ni ne les désapprouve, mais se contente de ne rien dire, ces mêmes contraintes, y compris les facteurs prévus à la Règle 346(1.1), s'appliquent toujours et l'officier taxateur doit alors, compte tenu de la situation particulière de la partie absente, déterminer dans quelle mesure ces facteurs doivent être pris en considération dans la taxation des dépens réclamés.

I would therefore add to the comments paraphrased earlier by Taxing Officers Stinson and Briand by stating that in my opinion the non-appearance of opposing counsel, or the opposing party itself as the case may be, neither permits me to allow amounts greater than those set out in Tariff "B", nor amounts which, given consideration of the criteria prescribed in Rule 346(1.1), are clearly unreasonable.

I find the defendant's bill of costs herein to be just such a case. While I appreciate that the various documents and papers comprising the Court record itself will not stand alone in fully establishing the basis for determining factors such as complexity, volume of work and importance of the issues with relation to the particular litigation at bar, I remain nevertheless unsatisfied that the proceedings in the instant case warrant the maximum of costs allowable under the Tariff. I have considered as well the submissions of counsel as to creating a deterrent against future vexatious proceedings, a factor which I feel obliged to ignore not only in view of the limitations of authority prescribed by Rule 344(1), that the Court has "full discretionary power over payment of the costs of all parties", but also in view of the comments made by Mr. Justice McNair of this Court in the case of *Kenney v. Cape York (The)*, [1989] 3 F.C. 35, which read as follows [at page 44]:

The fundamental principle of costs as between party and party is that they are given by the law as an indemnity to the person entitled to them; they are not imposed as a punishment on the party who pays them, nor given as a bonus to the party who receives them: see *Ryan v. McGregor*, [1926] 1 D.L.R. 476 (Ont. C.A.) per Middleton J.A., at page 477.

Having concluded as I have that the costs claimed by the defendant herein are unreasonable in the circumstances of this action, I will therefore tax 40% off the amounts presented by the defendant:

<u>Tariff Item</u>	<u>Amount</u>	<u>i</u>	<u>Poste du tarif</u>	<u>Montant</u>
1(1)(a)	\$150		1(1)a)	150 \$
1(1)(f)	\$ 45		1(1)f)	45 \$
1(1)(j)	\$ 75	<u>j</u>	1(1)j)	75 \$

J'ajouterais donc aux observations susmentionnées des officiers taxateurs Stinson et Briand en concluant qu'à mon avis, l'absence de l'avocat de la partie adverse ou de cette dernière elle-même, ne me permet pas d'accorder des sommes supérieures aux montants prévus au tarif «B», ni des montants qui sont manifestement déraisonnables eu égard aux critères prévus à la Règle 346(1.1).

Il en est ainsi du mémoire de frais de la défenderesse en l'espèce. Tout en étant conscient que les divers documents et actes qui constituent le dossier de l'affaire ne suffisent pas seuls à l'appréciation des facteurs tels que la complexité des questions, la charge de travail et l'importance des questions en cause, je continue à douter que les actes de procédure en l'espèce justifient l'allocation du maximum des dépens admissibles sous le régime du tarif. J'ai aussi examiné l'observation de l'avocat de la défenderesse au sujet de l'effet de dissuasion contre les futurs abus de procédure, facteur que je me dois d'ignorer non seulement en raison des limitations de compétence prévues par la Règle 344(1), aux termes de laquelle la Cour «a entière discrétion pour adjuger les frais et dépens aux parties», mais aussi en raison de la conclusion suivante de M. le juge McNair de cette Cour, dans l'affaire *Kenney c. Cape York (Le)*, [1989] 3 C.F. 35 [à la page 44]:

Le principe fondamental des dépens entre parties veut que ces dépens soient accordés par la loi à titre d'indemnité à la personne qui y a droit; ils ne sont ni imposés comme une pénalité à la partie qui les paie, ni accordés à titre de prime à la partie qui les reçoit: voir l'arrêt *Ryan v. McGregor*, [1926] 1 D.L.R. 476 (C.A. Ont.), les motifs du juge Middleton, de la Cour d'appel, à la page 477.

Ayant conclu que les dépens réclamés par la défenderesse en l'espèce sont déraisonnables eu égard aux particularités de la cause, je réduirai de 40 p. 100 les montants réclamés:

The defendant's bill of costs will therefore be taxed and is allowed in the total sum of \$270.

Le mémoire de frais de la défenderesse est en conséquence taxé et fixé à la somme totale de 270 dollars.

A-2-89

A-2-89

**Alan Tyler (Appellant)**

v.

**Minister of National Revenue (Respondent)**

INDEXED AS: TYLER v. M.N.R. (C.A.)

Court of Appeal, Pratte, Hugessen and Stone J.J.A.—Toronto, October 3; Ottawa, November 19, 1990.

*Income tax — Practice — Appeal from dismissal of application to prohibit demand for information pursuant to Income Tax Act, s. 231.2(1)(a) — Appellant charged with importing and trafficking in narcotics — Revenue Canada requiring signed statements of expenses, assets (including property of kind charged with possessing) and liabilities — Appellant objecting information could be used as evidence against him in criminal proceedings — Appeal allowed — Charter, s. 7 infringed by communication to police of signed statements while charges outstanding.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Appeal from dismissal of application to prohibit Minister of National Revenue from demanding information as to assets (including property of kind charged with possessing) while charges of importing and trafficking in narcotics against appellant outstanding — Appeal allowed — Charter, s. 7 providing residual protection over and above that contained in Charter, ss. 8 to 14 — Communication of information to police while charges pending would result in deprivation of liberty and security of person — Contrary to principle of fundamental justice (accused's right to silence).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Trial Judge dismissing application to prohibit Minister from demanding financial information pursuant to Income Tax Act, s. 231.2(1)(a) — Charter, s. 8 not infringed as procedure reasonable — S. 11(c) not infringed — Protecting against testimonial compulsion of accused "charged with an offence" — Charges not related to income tax offence.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Charter, s. 7 infringed if information relating to property of kind charged with possessing demanded by Revenue Canada pursuant to Income Tax Act, s. 231.2(1)(a) communicated to police while importing and trafficking in narcotics charges outstanding — Anticipated Charter infringement may be subject of Charter, s. 24 remedy to prevent fundamental unfairness occurring in criminal justice system.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Limitation clause — Constitutionality of Income Tax Act, s. 241(3) could not be raised for first time on appeal — M.N.R. prejudiced by*

**Alan Tyler (appellant)**

c.

**a Le ministre du Revenu national (intimé)**

RÉPERTORIÉ: TYLER c. M.R.N. (C.A.)

*b* Cour d'appel, juges Pratte, Hugessen et Stone, J.C.A.—Toronto, 3 octobre; Ottawa, 19 novembre 1990.

*c* *Impôt sur le revenu — Pratique — Appel contre le rejet de la demande visant à faire interdire la sommation de produire des renseignements en application de l'art. 231.2(1)a de la Loi de l'impôt sur le revenu — L'appellant est poursuivi pour importation et trafic de stupéfiants — Revenu Canada exigeait la production des états signés des frais, de l'actif (y compris les biens pour la possession desquels l'appellant est accusé) et du passif — L'appellant objecte que ces renseignements pourraient servir de preuve à son détriment dans les poursuites au criminel — Appel accueilli — Le fait de communiquer les états signés à la police alors que des poursuites au criminel sont pendantes constitue une infraction à l'art. 7 de la Charte.*

*d* *Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Appel contre le rejet de la demande visant à faire interdire au ministre du Revenu national d'exiger des renseignements sur l'actif (y compris les biens pour la possession desquels l'appellant est accusé) alors que les poursuites engagées contre l'appellant pour importation et trafic de stupéfiants sont pendantes — Appel accueilli — L'art. 7 de la Charte prévoit une protection résiduelle en sus de celle des art. 8 à 14 — La communication des renseignements à la police alors que les poursuites sont pendantes reviendrait à priver l'intéressé de son droit à la liberté et à la sécurité de sa personne — Violation du principe de justice fondamentale (droit de l'accusé de garder le silence).*

*e* *Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Le juge de première instance a rejeté la demande visant à faire interdire au ministre d'exiger des renseignements financiers sous le régime de l'art. 231.2(1)a de la Loi de l'impôt sur le revenu — L'art. 8 de la Charte n'a pas été enfreint puisque l'action était raisonnable — L'art. 11c) n'a pas été enfreint — Protection contre le témoignage forcé de l'"inculpé" — Les poursuites au criminel n'ont aucun rapport avec les infractions en matière d'impôt sur le revenu.*

*f* *Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — L'art. 7 de la Charte est enfreint si les renseignements relatifs aux biens pour la possession desquels l'appellant est accusé, lesquels renseignements étaient exigés par Revenu Canada en application de l'art. 231.2(1)a de la Loi de l'impôt sur le revenu, sont communiqués à la police alors que la poursuite pour importation et trafic de stupéfiants est pendante — Une infraction éventuelle à la Charte peut faire l'objet d'une réparation prévue à l'art. 24 pour prévenir une injustice fondamentale dans le système de justice pénale.*

*g* *Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — La question de la constitutionnalité de l'art. 241(3) de la Loi de l'impôt sur le revenu ne pourrait être soulevée pour*

having to show s. 241(3) justified under Charter, s. 1 without benefit of legislative facts supporting position.

This was an appeal from the trial judgment dismissing an application to prohibit the respondent from demanding information, pursuant to *Income Tax Act*, paragraph 231.2(1)(a), communicating it to any other person, and to require the return of information and documents already so obtained. In 1987, the appellant was charged with having imported and trafficked in narcotics between 1982 and 1987 contrary to the *Narcotic Control Act* and the *Criminal Code*. Further to its investigation into whether the appellant had reported all of his income for those years, Revenue Canada served him with a set of "requirements" pursuant to paragraph 231.2(1)(a) calling for signed statements, under pain of prosecution, of personal and living expenses, assets (including property of the kind the accused was charged with possessing) and liabilities during those years. The appellant argued that such information could be used as evidence against him in the criminal proceedings. The Trial Judge held that subsection 231.2(1) had not been invoked for a purpose unrelated to the administration or enforcement of the *Income Tax Act*. He held that Charter, sections 7 (right not to be deprived of life, liberty and security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice), 8 (protection against unreasonable search or seizure), 11(c) (right of person charged with an offence not to be compelled to be a witness in proceedings in respect of that offence), and 13 (right of witness not to have incriminating evidence used to incriminate him in other proceedings) had not been infringed. The appellant argued that the Trial Judge had erred in failing to infer that the Minister's actions had been calculated in part to assist the RCMP in their investigation; in failing to find Charter infringements; and in failing to find *Income Tax Act*, subsection 241(3) of no force and effect. Subsection 241(3) exempts criminal proceedings from the prohibitions in subsections (1) and (2) against divulging information obtained for the purposes of the *Income Tax Act*. The appellant sought to argue that subsection 241(3) was inconsistent with the Charter, although that issue had not been raised at trial.

*Held*, the appeal should be allowed.

The constitutionality of subsection 241(3) could not be raised for the first time on appeal. The general rule is that an appellate court should not deal with a point raised for the first time on appeal, unless it is clear that had the question been raised at the proper time, no further light could have been shed upon it. If the Court accepted that subsection 241(3) was unconstitutional, the respondent would be prejudiced by having to show, if it could, pursuant to Charter section 1, that the subsection was justified without benefit of an opportunity to adduce evidence of legislative facts supporting that position.

It was open to the Trial Judge to refuse to infer from the facts that the respondent was seeking the information to assist the police in prosecuting the criminal charges. There was no

la première fois en appel — Le ministre subirait un préjudice s'il lui incombait de démontrer que l'art. 243(1) était justifiable au regard de l'art. 1 de la Charte, sans pouvoir citer le contexte législatif à l'appui.

a Il s'agit d'un appel contre un jugement de première instance qui a rejeté la demande visant à faire interdire à l'intimé d'exiger des renseignements en application de l'alinéa 231.2(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de les communiquer à qui que ce soit, et à l'obliger à restituer les renseignements et documents déjà obtenus de cette façon. En 1987, l'appellant fut poursuivi pour importation et trafic de stupéfiants de 1982 à 1987, en violation de la *Loi sur les stupéfiants* et du *Code criminel*. Dans le cadre de l'enquête ouverte pour déterminer si l'appellant avait déclaré l'intégralité de son revenu pour ces années, Revenu Canada lui a signifié diverses «sommations» en application de l'alinéa 231.2(1)a) pour exiger la production, sous peine de poursuite, d'états signés de frais personnels et frais de subsistance, de l'actif (y compris les biens pour la possession desquels il est accusé) et du passif de ces années. L'appellant soutient que ces renseignements pourraient servir de preuve à son détriment dans les poursuites au criminel. Le juge de première instance a conclu que le paragraphe 231.2(1) n'avait pas été invoqué pour des fins n'ayant aucun rapport avec l'application ou l'exécution de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il a jugé qu'il n'y avait pas violation des articles 7 (droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, auquel il ne peut être porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale), 8 (protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives), 11c) (droit de l'inculpé de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée pour l'infraction qu'on lui reproche), et 13 (droit du témoin à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé contre lui dans d'autres procédures) de la Charte. L'appellant soutient que le juge de première instance a commis une erreur faute d'avoir conclu que les mesures prises par le ministre visaient en partie à aider la GRC dans son enquête, faute d'avoir conclu aux violations de la Charte, et faute d'avoir conclu que le paragraphe 241(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est inopérant. Le paragraphe 241(3) exempte les poursuites au criminel de l'application des paragraphes (1) et (2) qui interdisent la divulgation des renseignements obtenus aux fins d'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. L'appellant cherche à faire valoir que le paragraphe 241(3) va à l'encontre de la Charte, bien que cette question n'ait pas été soulevée en première instance.

*Arrêt*: l'appel doit être accueilli.

h La question de la constitutionnalité du paragraphe 241(3) ne saurait être soulevée pour la première fois en appel. En règle générale, la juridiction d'appel ne doit pas instruire un point soulevé pour la première fois en appel, à moins qu'il ne soit manifeste que, la question eût-elle été soulevée au moment voulu, elle n'aurait pas été éclaircie. La Cour viendrait-elle à conclure que le paragraphe 241(3) est inconstitutionnel, l'intimé subirait un préjudice car il lui incomberait de démontrer, à la lumière de l'article premier de la Charte, s'il en était capable, que cette disposition est justifiable, sans avoir eu la possibilité de faire la preuve du contexte législatif à cet effet.

i Il était loisible au juge de première instance de refuser de conclure des faits que les renseignements recherchés par l'intimé étaient destinés à aider la police dans la poursuite au



suggestion in the record that the respondent was not acting solely for a purpose related to the administration or enforcement of the statute.

The appellant's rights under either Charter, section 8 or paragraph 11(c) had not been infringed. The Supreme Court of Canada has found the procedure in the predecessor to subsection 231.2(1) to be reasonable and not a violation of Charter, section 8. Therefore, subsection 231.2(1) does not violate section 8. Paragraph 11(c) was not infringed because the charges were not related to offences under the *Income Tax Act*. The protection afforded by that paragraph is a protection against testimonial compulsion of an accused "charged with an offence". It would not protect against the communication to the respondent or to the police of the signed statements here in issue.

Section 7 may provide residual protection over and above that contained in Charter, sections 8 to 14. The appellant's rights under Charter, section 7 would be infringed by the communication to the police of the signed statements at any time while the charges were outstanding. The compulsion of the statements would result in a deprivation of the appellant's liberty and security of the person. That deprivation would not be in accord with the principles of fundamental justice in that the accused would be denied a right to silence. The right of an accused to remain silent is a basic tenet of our legal system and a principle of fundamental justice. It was important to this conclusion that the charges had been laid prior to invoking the paragraph 231.2(1)(a) procedure.

The grant of an appropriate and just remedy under Charter, section 24 would not be a thinly disguised attack on the constitutionality of subsection 241(3). The power to withhold or to communicate the signed statements is not compelled by the subsection but is a mere administrative power. The respondent stands in the position of a volunteer, deriving no authority from subsection 241(3). That subsection simply removed the prohibitions contained in subsections (1) and (2). An anticipated infringement of a Charter right may be the subject of a subsection 24(1) remedy in limited circumstances. Unless a remedy is available herein, appellant's right to remain silent will be infringed by communication of the signed statements or any of their contents to the police while the criminal charges are outstanding. Subsection 24(1) does provide the power to prevent such fundamental unfairness occurring in our criminal justice system.

The Trial Judge did not err in interpreting section 241 as not prohibiting communication of the signed statements to the police.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7, 8, 11(c),(d), 13, 24.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 312.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 1101(a).

criminel. Rien dans le dossier ne permet de penser que l'intimé n'agissait pas aux seules fins d'application et d'exécution de la loi de l'impôt.

Les droits de l'appelant garantis par l'article 8 ou l'alinéa 11(c) de la Charte n'ont pas été violés. La Cour suprême a jugé que l'action autorisée par la disposition remplacée depuis par le paragraphe 231.2(1) était raisonnable et n'allait pas à l'encontre de l'article 8 de la Charte. Le paragraphe 231.2(1) ne viole donc pas l'article 8. Il n'y a pas eu violation de l'alinéa 11(c) puisque les accusations portées n'avaient rien à voir avec les infractions à la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La garantie de cet alinéa est une protection contre le témoignage forcé de l'«inculpé». Il ne protégerait pas contre la communication des états signés en cause à l'intimé ou à la police.

L'article 7 peut assurer une protection résiduelle au-delà des garanties des articles 8 à 14 de la Charte. Les droits de l'appelant garantis par l'article 7 de la Charte seraient violés en cas de communication des états signés à la police alors que les poursuites au criminel sont pendantes. La production forcée de ces états reviendrait à le priver de son droit à la liberté et à la sécurité de sa personne, et irait à l'encontre des principes de justice fondamentale puisque l'inculpé serait privé de son droit de garder le silence. Le droit pour l'inculpé de garder le silence fait partie intégrante des postulats de base de notre droit et constitue un principe de justice fondamentale. Ce qui est important au regard de cette conclusion, c'est que les accusations avaient été portées avant la date de la procédure engagée en application de l'alinéa 231.2(1)a).

Le fait d'accorder une réparation convenable et juste au sens de l'article 24 de la Charte ne constituerait pas une remise en question à peine voilée de la constitutionnalité du paragraphe 241(3). Le pouvoir de garder par-devers soi ou de communiquer les états signés n'est pas prévu de façon impérative par ce paragraphe; il s'agit d'un simple pouvoir administratif. L'action de l'intimé est toute volontaire, n'ayant pas sa source dans un pouvoir prévu au paragraphe 241(3). Celui-ci ne fait que lever l'interdiction des paragraphes (1) et (2). La violation éventuelle d'un droit garanti par la Charte peut, dans certains cas, faire l'objet d'une mesure de réparation en vertu du paragraphe 24(1). Si aucune mesure de réparation n'est à la disposition de l'appelant en l'espèce, son droit de garder le silence sera compromis par la communication à la police de tout ou partie des états signés tant que les poursuites au criminel sont pendantes. Le pouvoir de prévenir pareille injustice fondamentale dans notre système de justice pénale se trouve dans le paragraphe 24(1).

Le juge de première instance n'a pas commis une erreur en concluant que l'article 241 n'interdit pas la communication des états signés à la police.

#### 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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 7, 8, 11(c),(d), 13, 24.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), chap. C-46, art. 312.  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7,

*Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148 (as am. by S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 1), ss. 231.2 (as enacted by S.C. 1986, c. 6, s. 121), 238(2) (as am. *idem*, s. 123), 239(1), 241(3) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 68, s. 117; 1987, c. 46, s. 68).  
*Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, ss. 4(1), a  
 5(1).

art. 18.  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663, Règle 1101a).  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, chap. 148 (mod. par S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 1), art. 231.2 (édicte par S.C. 1986, chap. 6, art. 121), 238(2) (mod., *idem*, art. 123), 239(1), 241(3) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 68, art. 117; 1987, chap. 46, art. 68).  
*Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), chap. N-1, art. 4(1), 5(1).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Lamb v. Kincaid* (1907), 38 S.C.R. 516; 27 C.L.T. 489; *Thomson v. Lambert*, [1938] S.C.R. 253; [1938] 2 D.L.R. 545; (1938), 70 C.C.C. 78; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357; [1989] 6 W.W.R. 351; (1989), 61 Man. R. (2d) 270; *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21; (1989), 56 D.L.R. (4th) 309; 33 C.P.C. (2d) 163; 68 C.R. (3d) 97; 37 C.R.R. 235; [1989] 1 C.T.C. 255; 91 N.R. 18; *Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada*, [1962] S.C.R. 729; (1962), 35 D.L.R. (2d) 49; 62 DTC 1236; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; (1990), 76 C.R. (3d) 283; 106 N.R. 385; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; (1990), 76 C.R. (3d) 129; *R. v. Wooley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531; 63 C.R. (3d) 333; 25 O.A.C. 390 (Ont. C.A.); *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *R. v. Vermette*, [1988] 1 S.C.R. 985; (1985), 14 O.A.C. 161; 41 C.C.C. (3d) 523; 64 C.R. (3d) 82; 84 N.R. 296.

## REVERSED:

*A. Tyler v. M.N.R.*, [1989] 1 C.T.C. 153; (1988), 88 DTC 5044; 24 F.T.R. 38 (F.C.T.D.).

## REFERRED TO:

*Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *Bowen v. Minister of Employment and Immigration*, [1984] 2 F.C. 507; (1984), 58 N.R. 223 (C.A.); *Yri-York Ltd. v. Canada*, [1988] 3 F.C. 186; (1988), 30 Admin. L.R. 1; 16 F.T.R. 319; 83 N.R. 195 (C.A.); *Kravets v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 F.C. 434 (T.D.).

## COUNSEL:

*Peter I. Waldmann* for appellant.  
*Roslyn J. Levine* for respondent.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Lamb v. Kincaid* (1907), 38 R.C.S. 516; 27 C.L.T. 489; *Thomson v. Lambert*, [1938] R.C.S. 253; [1938] 2 D.L.R. 545; (1938), 70 C.C.C. 78; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; [1989] 6 W.W.R. 351; (1989), 61 Man. R. (2d) 270; *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21; (1989), 56 D.L.R. (4th) 309; 33 C.P.C. (2d) 163; 68 C.R. (3d) 97; 37 C.R.R. 235; [1989] 1 C.T.C. 255; 91 N.R. 18; *Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada*, [1962] R.C.S. 729; (1962), 35 D.L.R. (2d) 49; 62 DTC 1236; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; (1990), 76 C.R. (3d) 283; 106 N.R. 385; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission des pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; (1990), 76 C.R. (3d) 129; *R. v. Wooley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531; 63 C.R. (3d) 333; 25 O.A.C. 390 (C.A. Ont.); *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985; (1985), 14 O.A.C. 161; 41 C.C.C. (3d) 523; 64 C.R. (3d) 82; 84 N.R. 296.

## DÉCISION INFIRMÉE:

*A. Tyler c. M.R.N.*, [1989] 1 C.T.C. 153; (1988), 88 DTC 5044; 24 F.T.R. 38 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *Bowen c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1984] 2 C.F. 507; (1984), 58 N.R. 223 (C.A.); *Yri-York Ltd. c. Canada*, [1988] 3 C.F. 186; (1988), 30 Admin. L.R. 1; 16 F.T.R. 319; 83 N.R. 195 (C.A.); *Kravets c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 C.F. 434 (1<sup>re</sup> inst.).

## AVOCATS:

*Peter I. Waldmann* pour l'appellant.  
*Roslyn J. Levine* pour l'intimé.

## SOLICITORS:

*Golden, Green & Chercover*, Toronto, for appellant.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

STONE J.A.: This is an appeal from a judgment of the Trial Division rendered on December 6, 1988,<sup>1</sup> wherein an application for relief under section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] was dismissed. The appellant sought to prohibit the respondent from demanding information, pursuant to paragraph 231.2(1)(a) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, as amended [S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 1; S.C. 1986, c. 6, s. 121], from or concerning him and from communicating the same to any other person, and to require the return of information and documents already so obtained.

BACKGROUND

In July, 1987, the appellant and others were charged with the offences that, between October 1, 1982, and June 6, 1987, they imported into Canada and trafficked in a narcotic contrary to subsections 5(1) and 4(1) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1 and section 312 of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] and that, in the same period, they conspired and agreed to have in possession property or things, or the proceeds of property or things of a value exceeding \$1,000 knowing the same to be derived directly or indirectly from the commission in Canada of the offence of trafficking in a narcotic contrary to subsection 4(1) of the Act and section 312 of the *Criminal Code*.

Shortly after the existence of these charges came to the notice of Revenue Canada via a newspaper article of September 4, 1987, the Department began to investigate the possibility that the appellant had not reported all of his income in earlier years. Income tax returns on file were reviewed, and documents seized by the Royal

<sup>1</sup> *A. Tyler v. M.N.R.*, [1989] 1 C.T.C. 153.

## PROCUREURS:

*Golden, Green & Chercover*, Toronto, pour l'appelant.

*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.: Appel a été interjeté d'un jugement rendu le 6 décembre 1988<sup>1</sup>, par lequel la Section de première instance a rejeté un recours fondé sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7]. L'appelant demandait qu'il fût interdit à l'intimé d'exiger, en application de l'alinéa 231.2(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, chap. 148, modifiée [S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 1; S.C. 1986, chap. 6, art. 121], des renseignements de la part de l'appelant ou le concernant et de les communiquer à qui que ce soit, et qu'il lui fût ordonné de restituer les renseignements et documents déjà obtenus de cette façon.

LES FAITS DE LA CAUSE

En juillet 1987, l'appelant et d'autres personnes ont été poursuivis sous le chef d'avoir commis, durant la période du 1<sup>er</sup> octobre 1982 au 6 juin 1987, l'infraction d'importation et de trafic de stupéfiant en violation des paragraphes 5(1) et 4(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), chap. N-1, et de l'article 312 du *Code criminel* [L.R.C. (1985), chap. C-46], ainsi que d'avoir, durant la même période, comploté pour avoir en leur possession des biens immeubles ou meubles, ou leur produit, d'une valeur supérieure à 1 000 \$, en sachant qu'ils provenaient, directement ou indirectement, de la commission au Canada de l'infraction de trafic de stupéfiant, en violation du paragraphe 4(1) de cette Loi et de l'article 312 du *Code criminel*.

Peu de temps après avoir été informé de cette inculpation par un article de presse en date du 4 septembre 1987, le ministère du Revenu national a ouvert une enquête pour déterminer si l'appelant n'avait pas déclaré l'intégralité de son revenu les années précédentes. Il a réexaminé les déclarations d'impôt sur le revenu conservées dans ses archives

<sup>1</sup> *A. Tyler c. M.R.N.*, [1989] 1 C.T.C. 153.

Canadian Mounted Police in the criminal proceedings, and made available to Revenue Canada for the purpose, were inspected. Upon request of the RCMP, Revenue Canada furnished orally a rough net worth of the appellant and, later, a draft net worth calculation which was based, in part, upon information gained from the appellant in an interview conducted by the Department. The Department acted in both instances on the prior legal advice of the Department of Justice.

Desiring access to more information than was thus available, Revenue Canada next decided to serve the appellant with a set of "requirements" pursuant to paragraph 231.2(1)(a) of the *Income Tax Act*, which reads:

**231.2** (1) Notwithstanding any other provision of this Act, the Minister may, subject to subsection (2), for any purpose related to the administration or enforcement of this Act, by notice served personally or by registered or certified mail, require that any person provide, within such reasonable time as is stipulated in the notice,

(a) any information or additional information, including a return of income or a supplementary return; or

Seven "requirements" dated October 15, 1987, were served on November 2, 1987. The appellant was required to respond within thirty days. Several of these requirements call for a "signed statement of your personal and living expenses" while others require a "signed statement of your assets and liabilities" as at December 31, 1983, 1984, 1985 and 1986. These latter statements are to show certain assets separately, and must give "full details of any other assets owned by you, whether or not registered in your name" as at these December 31 year ends. Each of the demands conclude as follows:

This information is to be certified by you as being correct in every respect to the best of your knowledge and belief and is to be forwarded to the District Taxation Office, 36 Adelaide St. East, Toronto, Ontario, M5C 1J7.

If this requirement is not complied with, you will be liable to prosecution without further notice. Subsection 238(2) of the said Act provides that a person who fails to comply with this requirement is guilty of an offence and liable on summary conviction to a fine of not less than \$200.00 and not more than \$10,000.00 or both the fine and imprisonment not exceeding six months. Further, subsection 231.2(7) also provides that where a person is found guilty of an offence under subsection 238(2) for failing to comply with a requirement, the court may make such

ainsi que les documents saisis par la Gendarmerie royale du Canada au cours de l'enquête criminelle et mis à la disposition du ministère à cette fin. À la demande de la GRC, le ministère lui a communiqué verbalement une estimation de l'avoir net de l'appellant et, par la suite, un calcul provisoire de l'avoir net, basé en partie sur les renseignements communiqués par l'appellant au cours d'une entrevue avec le ministère. Dans les deux cas, le ministère avait eu le bénéfice de l'avis du ministère de la Justice.

Estimant qu'il avait besoin de plus de renseignements qu'il n'en avait reçu, Revenu Canada a décidé alors de signifier à l'appellant diverses «sommations» en application de l'alinéa 231.2(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qui porte:

**231.2** (1) Nonobstant les autres dispositions de la présente loi, le ministre peut, sous réserve du paragraphe (2) et, pour l'application et l'exécution de la présente loi, par avis signifié à personne ou envoyé par courrier recommandé ou certifié, exiger d'une personne, dans le délai raisonnable que précise l'avis,

a) qu'elle fournisse tout renseignement ou tout renseignement supplémentaire, y compris une déclaration de revenu ou une déclaration supplémentaire;

Sept «sommations» en date du 15 octobre 1987 ont été signifiées le 2 novembre 1987. L'appellant était sommé de s'y conformer dans les trente jours. Plusieurs de ces sommations visaient à un «état signé de vos frais personnels et de subsistance», et d'autres à un «état signé de vos actif et passif» au 31 décembre des années 1983, 1984, 1985 et 1986. Ce dernier état devait indiquer séparément certains éléments de l'actif et donner [TRADUCTION] «tous les détails relatifs à tout autre élément d'actif dont vous êtes propriétaire, que ce soit sous votre nom ou sous le nom de quelqu'un d'autre» au 31 décembre de ces mêmes années. Chacune de ces sommations se termine par l'avertissement suivant:

[TRADUCTION] Vous devez certifier ce renseignement comme étant exact autant que vous puissiez en juger et le transmettre au Bureau de district de l'impôt, 36, rue Adelaide est, Toronto (Ontario) M5C 1J7.

Faute d'obtempérer, vous pourrez être poursuivi sans préavis. Le paragraphe 238(2) de la Loi prévoit que l'inobservation de cette obligation est punie soit d'une amende de 200 \$ à 10 000 \$, soit de cette amende et d'un emprisonnement maximal de six mois. Par ailleurs, le paragraphe 231.2(7) prévoit que le tribunal peut rendre l'ordonnance qu'il estime indiquée pour faire respecter l'exigence de fourniture ou production

order as it deems proper in order to enforce compliance with the requirement.<sup>2</sup>

It is apparent that the appellant will be required by his signed statements, under pain of prosecution, to give, *inter alia*, correct details of assets on hand at different times during the period the offences are alleged to have been committed (between October 1, 1982, and June 6, 1987), which statements will include details of property of the kind the appellant is charged with possessing, i.e. "property or things or the proceeds of property or things of a value exceeding one thousand dollars (\$1,000.00) knowing the same to be derived directly or indirectly from the commission in Canada of the offence of trafficking in a narcotic" contrary to subsection 4(1) of the *Narcotic Control Act*.

The appellant took the position that he is "unwilling to furnish any financial information [pursuant to the paragraph 231.2(1)(a) demands] which may be used as evidence against me"<sup>3</sup> in the criminal proceedings. Accordingly, on November 26, 1987, he commenced an application in the Trial Division for the following relief:

<sup>2</sup> Appeal Book, Vol. 1, at pp. 24-25. As of the date of the paragraph 231.2(1)(a) "requirements", October 15, 1987, subsection 238(2) [as am. by S.C. 1986, c. 6, s. 123] of the Act read in part:

**238. . . .**

(2) Every person who has failed to comply with . . . any sections 230 to 232 is guilty of an offence and, in addition to any penalty otherwise provided, is liable on summary conviction to

(a) a fine of not less than \$200 and not exceeding \$10,000 or

(b) both the fine described in paragraph (a) and imprisonment for a term not exceeding 6 months.

Subsection 231.2(7) of the *Income Tax Act* provided:

**231.2 . . .**

(7) Where a person is found guilty of an offence under subsection 238(2) for failing to comply with a requirement under subsection (1), the court may take such order as it deems proper in order to enforce compliance with the requirement.

This subsection was repealed by S.C. 1988, c. 55, s. 174.

By subsection 239(1) it is an offence to make a false or deceptive statement.

<sup>3</sup> Appellant's Affidavit, Appeal Book, Vol. 1, at p. 2.

lorsqu'une personne est déclarée coupable d'infraction au paragraphe 238(2) pour manquement à cette obligation<sup>2</sup>.

Il est manifeste que le requérant sera tenu par ses états signés, et sous peine de poursuite, de donner entre autres des détails exacts quant à l'actif qu'il détenait pendant la période où les infractions reprochées auraient été commises (entre le 1<sup>er</sup> octobre 1982 et le 6 juin 1987), lesquels états devront comprendre les détails relatifs aux biens supposés en sa possession, c'est-à-dire, des «biens immeubles ou meubles, ou leur produit, d'une valeur supérieure à mille dollars (1 000,00 \$), sachant qu'ils provenaient directement ou indirectement de la commission au Canada de l'infraction de trafic de stupéfiant» en violation du paragraphe 4(1) de la *Loi sur les stupéfiants*.

L'appellant soutenait qu'il ne tenait à «fournir aucun détail financier [par suite des sommations fondées sur l'alinéa 231.2(1)a] qui puisse servir de preuve contre moi-même»<sup>3</sup> dans la poursuite au criminel. En conséquence, le 26 novembre 1987, il a saisi la Section de première instance du recours suivant:

<sup>2</sup> Dossier d'appel, vol. 1, p. 24 et 25. À la date des sommations faites en application de l'alinéa 231.2(1)a), savoir le 15 octobre 1987, voici les passages applicables du paragraphe 238(2) [mod par. S.C. 1986, chap. 6, art. 123] de la Loi:

**238. . . .**

(2) Quiconque a omis d'observer ou a enfreint . . . les articles 230 à 232 est coupable d'une infraction et, en plus de tout autre peine prévue par ailleurs, est passible sur déclaration sommaire de culpabilité

a) d'une amende d'au moins \$200 et d'au plus \$10,000, ou

b) à la fois de l'amende prescrite par l'alinéa a) et d'un emprisonnement d'au plus 6 mois.

Le paragraphe 231.2(7) ancien de la *Loi de l'impôt sur le revenu* porte:

**231.2 . . .**

(7) Le tribunal peut rendre l'ordonnance qu'il estime indiquée pour faire respecter l'exigence de fourniture ou production prévue au paragraphe (1), lorsqu'une personne est déclarée coupable d'infraction au paragraphe 238(2) pour n'avoir pas obtempéré à cette exigence.

Ce paragraphe a été abrogé par L.C. 1988, chap. C-55, art. 174.

Aux termes du paragraphe 239(1), constitue une infraction le fait de faire une déclaration fautive ou trompeuse.

<sup>3</sup> Affidavit de l'appellant, Dossier d'appel, vol. 1, p. 2.

(a) a Writ of Prohibition, or relief in the nature of prohibition, directed against the Respondent, the Minister of National Revenue, to prohibit the Minister from demanding information from or concerning the Applicant under section 231.2(1)(a) of the *Income Tax Act*, on the grounds that the Minister is acting for a purpose unrelated to the administration or enforcement of the *Income Tax Act*,

(b) an order directing the Minister of National Revenue to return any and all documents or information already obtained under subsection 231.2(1)(a) of the *Income Tax Act* concerning the Applicant and prohibiting the Minister from communicating any knowledge thereof to any other person, and

The application was dismissed by the Trial Division with costs on December 6, 1988, Mr. Justice Strayer concluding that subsection 231.2(1) had been properly invoked and that the voluntary communication of the information obtained pursuant thereto to peace officers engaged in prosecuting criminal offences for which charges have already been laid should not be prohibited. Arguments based upon alleged infringement of the appellant's rights under sections 7, 8, 11(c), 11(d) and 13 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]] were also rejected.

#### THE ISSUES

The issues raised on this appeal, basically as formulated by the appellant, are that the Trial Judge:

(a) failed to draw the inference from the facts that the actions of the respondent were done, in part, to assist the R.C.M.P., and hence the demands upon the respondent under the *Income Tax Act* were invalid;

(b) failed to find that the Appellant's rights under sections 7, 8, 11(c) and 11(d) of the *Charter of Rights and Freedoms* were being infringed by the actions of the respondent, and failed to provide an appropriate remedy under section 24 of the *Charter*;<sup>4</sup>

(c) failed to hold subsection 241(3) of the *Income Tax Act* to be of no force and effect pursuant to subsection 52(1) of the *Constitutional Act, 1982*.

It will also be necessary to deal with a further argument advanced by the appellant to the effect that the Trial Judge's construction of subsection 241(3) of the *Income Tax Act* was erroneous.

<sup>4</sup> I note that no specific argument based upon infringement of a right protected by paragraph 11(d) of the *Charter* was advanced by the appellant before us.

[TRANSLATION] a) ordonnance de prohibition, ou ordonnance de même nature, pour interdire à l'intimé, le ministre du Revenu national, d'exiger, sous le régime de l'alinéa 231.2(1)a) de la Loi de l'impôt sur le revenu, des renseignements de la part du requérant ou le concernant, par ce motif que le ministre ne l'a pas fait aux fins d'application ou d'exécution de la Loi de l'impôt sur le revenu,

b) ordonnance enjoignant au ministre du Revenu national de restituer tous documents ou renseignements concernant le requérant et déjà obtenus en application de l'alinéa 231.2(1)a) de la Loi de l'impôt sur le revenu, et lui interdisant d'en communiquer la teneur à qui que ce soit, et

Le 6 décembre 1988, la Section de première instance a rejeté la demande avec dépens, le juge Strayer ayant conclu que le paragraphe 231.2(1) avait été invoqué à bon droit et qu'il n'y avait pas lieu d'interdire la communication volontaire des renseignements obtenus sous son régime aux agents de police chargés de poursuivre des infractions criminelles, à l'égard desquelles les accusations avaient été déjà portées. Il a également rejeté l'argument de l'atteinte aux droits de l'appelant, tels qu'ils sont garantis par les articles 7, 8, 11(d) et 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]].

#### LES POINTS LITIGIEUX

Les points litigieux dans cet appel, tels que les fait valoir l'appelant, portent sur le fait que le juge de première instance:

a) n'a pas tiré des faits la conclusion que les mesures prises par l'intimé visaient en partie à aider la GRC, d'où invalidité des sommations faites à l'appelant en application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

b) n'a pas conclu que les droits de l'appelant, tels que les garantissent les articles 7, 8, 11(c) et 11(d) de la *Charte des droits et libertés*, étaient enfreints par les actions de l'intimé, et n'a pas accordé la réparation convenable conformément à l'article 24 de la *Charte*;<sup>4</sup>

c) n'a pas conclu que le paragraphe 241(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est inopérant au regard du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Il est aussi nécessaire d'examiner un autre argument de l'appelant, savoir que le juge de première instance a mal interprété le paragraphe 241(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

<sup>4</sup> Il y a lieu de noter que l'appelant n'a présenté devant la Cour aucun argument spécifique sur l'atteinte au droit garanti par l'alinéa 11(d) de la *Charte*.

## DISCUSSION

## Subsection 241(3) issue (constitutionality)

I shall deal first with the last of the enumerated issues. Subsections 241(1), (2) and (3) of the *Income Tax Act* [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 68, s. 117; 1987, c. 46, s. 68] read:

**241.** (1) Except as authorized by this section, no official or authorized person shall

(a) knowingly communicate or knowingly allow to be communicated to any person any information obtained by or on behalf of the Minister for the purposes of this Act, or the *Petroleum and Gas Revenue Tax Act*,

(b) knowingly allow any person to inspect or to have access to any book, record, writing, return or other document obtained by or on behalf of the Minister for the purposes of this Act or the *Petroleum and Gas Revenue Tax Act*, or

(c) knowingly use, other than in the course of his duties in connection with the administration or enforcement of this Act or the *Petroleum and Gas Revenue Tax Act*, any information obtained by or on behalf of the Minister for the purposes of this Act or the *Petroleum and Gas Revenue Tax Act*.

(2) Notwithstanding any other Act or law, no official or authorized person shall be required, in connection with any legal proceedings,

(a) to give evidence relating to any information obtained by or on behalf of the Minister for the purposes of this Act or the *Petroleum and Gas Revenue Tax Act*, or

(b) to produce any book, record, writing, return or other document obtained by or on behalf of the Minister for the purposes of this Act or the *Petroleum and Gas Revenue Tax Act*.

(3) Subsections (1) and (2) do not apply in respect of criminal proceedings, either by indictment or on summary conviction, that have been commenced by the laying of an information, under an Act of the Parliament of Canada, or in respect of proceedings relating to the administration or enforcement of this Act or the *Petroleum and Gas Revenue Tax Act*.

Even though the issue respecting the constitutionality of subsection 241(3) was not raised in the Trial Division, the appellant seeks to raise it before this Court. After launching the appeal, the appellant filed a "Notice of Constitutional Question per Rule 1101"<sup>5</sup> dated April 3, 1990 which reads:

<sup>5</sup> Rule 1101(a) of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] provides:

*Rule 1101.* Where any constitutional question or any question of general importance is raised by any matter before the Court,

(a) any party may serve a notice on the Attorney General of Canada or the Attorney General of any province who may be interested;

## ANALYSE

## La constitutionnalité du paragraphe 241(3)

Je me penche en premier lieu sur le dernier des points soulevés. Les paragraphes (1), (2) et (3) de l'article 241 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 68, art. 117; 1987, chap. 46, art. 68] portent ce qui suit:

**241.** (1) Sauf comme l'autorise le présent article, aucun fonctionnaire ni aucune personne autorisée ne doit

a) sciemment communiquer ni sciemment permettre que soit communiqué à quiconque un renseignement obtenu par le Ministre ou en son nom aux fins de la présente loi ou de la *Loi de l'impôt sur les revenus pétroliers*, ni

b) sciemment permettre à quiconque d'examiner tout livre, registre, écrit, déclaration ou autres documents obtenus par le Ministre ou en son nom aux fins de la présente loi ou de la *Loi de l'impôt sur les revenus pétroliers*, ou d'y avoir accès, ni

c) sciemment utiliser, en dehors du cadre de ses fonctions liées à l'application ou à l'exécution de la présente loi ou de la *Loi de l'impôt sur les revenus pétroliers*, un renseignement obtenu par le ministre ou en son nom pour l'application de la présente loi ou de la *Loi de l'impôt sur les revenus pétroliers*.

(2) Nonobstant toute autre loi, aucun fonctionnaire ni aucune personne autorisée ne doit être requise, dans le cas de procédures judiciaires

a) de témoigner relativement à quelque renseignement obtenu par le Ministre ou en son nom aux fins de la présente loi ou de la *Loi de l'impôt sur les revenus pétroliers*, ni

b) de produire quelque livre, registre, écrit, déclaration ou autres documents obtenus par le Ministre ou en son nom aux fins de la présente loi ou de la *Loi de l'impôt sur les revenus pétroliers*.

(3) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent ni aux poursuites au criminel, sur acte d'accusation ou sur déclaration sommaire de culpabilité, engagées par le dépôt d'une dénonciation, en vertu d'une loi fédérale, ni aux poursuites ayant trait à l'application ou à l'exécution de la présente loi ou de la *Loi de l'impôt sur les revenus pétroliers*.

Bien que la question de la constitutionnalité du paragraphe 241(3) n'ait pas été soulevée en première instance, l'appelant a cherché à l'invoquer devant la Cour. Après avoir formé l'appel, il a déposé un «Avis de question d'ordre constitutionnel fondé sur la Règle 1101»<sup>5</sup> en date du 3 avril 1990, comme suit:

<sup>5</sup> La Règle 1101a) des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663] porte:

*Règle 1101.* Lorsqu'une question d'ordre constitutionnel ou une question d'intérêt général se pose dans une affaire dont la Cour est saisie,

a) toute partie peut signifier un avis au procureur général du Canada ou au procureur général de toute province qui peut être intéressée;

Take notice that the Appellant intends to raise the question of the constitutionality of s. 241(3) of the *Income Tax Act* in the above noted appeal, stating that said section is of no force and effect due to s. 52(1) of The Constitution of Canada, and is also unconstitutional due to its violation of the Appellant's rights under ss. 7, 8, 11(c), 11(d) and 13 of The Charter of Rights and Freedoms.

Because only the construction of the subsection 241(3) was before the Trial Division and not its constitutionality, the respondent objects to the issue being dealt with in that it is raised for the first time upon the appeal. As a general rule, an appellate court ought not to deal with a point so raised "unless it be clear that, had the question been raised at the proper time, no further light could have been thrown upon it": *Lamb v. Kincaid* (1907), 38 S.C.R. 516, at page 539 as cited by Duff C.J. in *Thomson v. Lambert*, [1938] S.C.R. 253, at page 269.

I am in agreement with the respondent's submission that it might well suffer some prejudice if the Court were to deal with the issue when it was not raised below. That prejudice would lie in the fact that if the Court were to give effect to the appellant's contention that the subsection was inconsistent with the Charter, the respondent would be faced with having to show, if it could, pursuant to section 1 of the Charter, that the subsection was nevertheless justified in a free and democratic society, even though it has had no opportunity to present any evidence of legislative facts which might enable it to discharge the section 1 onus. The fact is that section 1 evidence was not presented in the Trial Division for the simple reason that no issue as to the constitutionality of subsection 241(3) was there raised.

The importance of the existence of pertinent facts to a Charter decision was recently underscored by the Supreme Court of Canada in *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, per Cory J. at pages 361-362:

*Charter* decisions should not and must not be made in a factual vacuum. To attempt to do so would trivialize the *Charter* and inevitably result in ill-considered opinions. The

[TRADUCTION] Il est porté à votre connaissance que l'appelant se propose de soulever la question de la constitutionnalité du paragraphe 241(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans l'appel susmentionné, en soutenant que cette disposition est inopérante par application du paragraphe 52(1) de la Constitution du Canada, et aussi qu'elle est inconstitutionnelle du fait qu'elle porte atteinte aux droits de l'appelant, que garantissent les articles 7, 8, 11(c), 11(d) et 13 de la Charte des droits et libertés.

<sup>b</sup> La Section de première instance n'ayant été saisie que de l'interprétation du paragraphe 241(3) et non pas de sa constitutionnalité, l'intimé s'oppose à ce que cette dernière question soit instruite puisqu'elle a été soulevée pour la première fois en appel. En règle générale, la juridiction d'appel ne doit pas instruire un point soulevé de cette façon, [TRADUCTION] «à moins qu'il ne soit manifeste que, la question eût-elle été soulevée au moment voulu, elle n'aurait pas été éclaircie (voir *Lamb v. Kincaid* (1907), 38 R.C.S. 516, à la page 539, cité par le juge en chef Duff dans *Thomson v. Lambert*, [1938] R.C.S. 253, à la page 269).

<sup>e</sup> Je conviens avec l'intimé qu'il pourrait subir un certain préjudice si la Cour devait instruire cette question qui n'a pas été soulevée en première instance. Ce préjudice tiendrait à ce que, la Cour viendrait-elle à faire droit à la conclusion de l'appelant que ce paragraphe est incompatible avec la Charte, il incomberait à l'intimé de démontrer à la lumière de l'article premier de cette dernière, s'il en était capable, que cette disposition est justifiable dans une société libre et démocratique, bien qu'il n'ait pas eu la possibilité de faire la preuve du contexte législatif qui eût pu lui permettre de satisfaire à l'impératif de l'article premier. Si les preuves concernant cet article n'ont pas été produites en première instance, c'est que la question de la constitutionnalité du paragraphe 241(3) n'y a pas été soulevée.

<sup>i</sup> L'importance que revêt l'existence des faits pertinents pour une décision relative à la Charte a été récemment soulignée par la Cour suprême du Canada dans son arrêt *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, conclusion du juge Cory aux pages 361 et 362:

<sup>j</sup> Les décisions relatives à la *Charte* ne doivent pas être rendues dans un vide factuel. Essayer de le faire banaliserait la *Charte* et produirait inévitablement des opinions mal motivées.



presentation of facts is not, as stated by the respondent, a mere technicality; rather, it is essential to a proper consideration of *Charter* issues. . . . *Charter* decisions cannot be based upon the unsupported hypotheses of enthusiastic counsel.

The Supreme Court of Canada has also refused to permit a section 7 issue to be raised for the first time before that Court. In *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21, at page 42, Sopinka J. said.

In my opinion, given the importance of s. 7 of the *Charter*, a decision should not be rendered with respect to its operation without the opinion of the courts below and without affording possible interveners the opportunity to participate in the proceedings.

In the circumstances, I would decline to deal with the issue respecting the constitutionality of subsection 241(3) of the *Income Tax Act*.

#### Inferences issue

As I understand it, the appellant quarrels with the Trial Judge's finding that the information sought pursuant to the paragraph 231.2(1)(a) "requirements" was not being sought at the request of the RCMP for the purpose of prosecuting the criminal charges referred to above. The Trial Judge rejected this submission, characterizing the evidence relied upon as consisting of but "a flimsy tissue of innuendos".<sup>6</sup> He specifically declined to draw an inference that the tax audit activities were solely related to the criminal charges because they were undertaken after the Department became aware that those charges had been laid. I can see no proper ground for interfering with the refusal of the Trial Judge to draw an inference that the information being sought by the respondent under the "requirements" was for the purpose of prosecuting those charges. The learned Trial Judge found that the "requirements" are for a purpose related to the administration or enforce-

<sup>6</sup> [1989] 1 C.T.C. 153, at p. 156.

La présentation des faits n'est pas, comme l'a dit l'intimé, une simple formalité; au contraire, elle est essentielle à un bon examen des questions relatives à la *Charte*. . . . Les décisions relatives à la *Charte* ne peuvent pas être fondées sur des hypothèses non étayées qui ont été formulées par des avocats enthousiastes.

La Cour suprême du Canada a également refusé d'instruire une question relative à l'article 7, soulevée pour la première fois devant elle. Dans *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21, à la page 42, le juge Sopinka s'est prononcé en ces termes:

À mon avis, compte tenu de l'importance de l'art. 7 de la *Charte*, une décision concernant son application ne devrait pas être rendue sans obtenir l'opinion des tribunaux d'instance inférieure et sans accorder aux intervenants éventuels la possibilité de participer aux procédures.

Dans ce contexte, je me prononce pour le refus d'instruire la question de la constitutionnalité du paragraphe 241(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

#### La question de l'inférence

Il appert que l'appellant conteste la conclusion du juge de première instance, savoir que les renseignements visés par les «sommations» fondées sur l'alinéa 231.2(1)a) n'étaient pas recherchés à la demande de la GRC dans le cadre des poursuites au criminel susmentionnées. Le juge de première instance a rejeté la conclusion de l'appellant à ce sujet, en qualifiant la preuve citée à l'appui de «tissu d'insinuations»<sup>6</sup>. Il a expressément refusé de conclure que la vérification d'impôt servait uniquement à la poursuite au criminel par ce motif qu'elle avait été entreprise après que le ministère eut été informé de cette poursuite. Je ne vois aucune raison valide de remettre en question le refus du juge de première instance de conclure que les renseignements recherchés par l'intimé, par voie de «sommations», étaient destinés aux poursuites au criminel. Le distingué juge de première instance a décidé que ces «sommations» visaient à l'application et à l'exécution de la *Loi de l'impôt*

<sup>6</sup> [1989] 1 C.T.C. 153, à la p. 156.

ment of the *Income Tax Act*,<sup>7</sup> and it was quite within his province to so view the matter. Nowhere in the record is there the slightest suggestion that the respondent was not acting solely for a purpose related to the administration or enforcement of the statute.

### Charter violations issues

The appellant contends that communication of the signed statements to the respondent or to the police would infringe rights he possesses under sections 7, 8 and 11(c) of the Charter and asks this Court to grant an "appropriate and just" remedy under subsection 24(1) of the Charter.<sup>8</sup> It thus becomes necessary to deal with the appellant's contention that his rights under sections 7, 8 and 11(c) would be so infringed and, if so, to determine whether the sought after relief is available in the circumstances.

I begin by addressing the submissions that rights guaranteed by sections 8 or 11(c) are being infringed. This approach would seem to be required by the decided cases which are to the effect that rights protected by sections 8 to 14 of the Charter are illustrative of the greater right guaranteed in section 7: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, per Lamer J., speaking for the majority, at pages 502-503; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, per Lamer J., at page 442; per Wilson J., at page 470; per La Forest J., at pages 536-537; per L'Heureux-Dubé J., at pages 570-571; per Sopinka J., at page 601. Thus, if we were to conclude that the action of the

<sup>7</sup> As the Trial Judge stated, the obtaining of information pursuant to paragraph 231.2(1)(a) that, objectively speaking, is relevant to the tax liability of a specific person such as the appellant, whose liability to tax is under investigation, has been held in *Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada*, [1962] S.C.R. 729, to be a purpose related to the administration or enforcement of the *Income Tax Act* and therefore valid. See also *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, at pp. 639-640.

<sup>8</sup> Subsection 24(1) reads:

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

*sur le revenu*<sup>7</sup>, et pareille appréciation relève parfaitement de sa compétence. Il n'y a rien dans le dossier qui permette de penser que l'intimé n'agissait pas aux seules fins d'application et d'exécution de la Loi dont s'agit.

### La question des violations de la Charte

L'appellant soutient que la communication des états signés à l'intimé ou à la police porterait atteinte aux droits qu'il tient des articles 7, 8 et 11(c) de la Charte et demande à la Cour de lui accorder la réparation «convenable et juste» prévue au paragraphe 24(1) de la Charte<sup>8</sup>. Il échet donc d'examiner si, comme le prétend l'appellant, les droits que lui garantissent les articles 7, 8 et 11(c) ont été violés et, dans l'affirmative, s'il a droit à la réparation demandée en l'espèce.

Commençons par l'argument de l'appellant, selon lequel il y a atteinte aux droits que lui garantissent les articles 8 ou 11(c). Cette approche serait conforme à la jurisprudence qui a établi que les droits garantis par les articles 8 à 14 de la Charte sont couverts par le droit plus général que prévoit l'article 7 (voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, jugement de la majorité rendu par le juge Lamer, aux pages 502 et 503; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, le juge Lamer, à la page 442, Mme le juge Wilson, à la page 470, le juge La Forest, aux pages 536 et 537, le juge L'Heureux-Dubé, aux pages 570 et 571, le juge Sopinka, à la

<sup>7</sup> Comme l'a conclu le juge de première instance, l'arrêt *Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada*, [1962] R.C.S. 729, a jugé valide la recherche, fondée sur l'alinéa 231.2(1)a), de renseignements qui se rapportent, de façon toute objective, aux obligations fiscales d'une personne déterminée comme l'appellant, dont les obligations fiscales font l'objet d'une enquête, attendu qu'elle avait pour objet l'application et l'exécution de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Voir aussi *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, aux p. 639 et 640.

<sup>8</sup> Le paragraphe 24(1) porte:

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

respondent in requiring the signed statements to be made or in communicating them to the police would infringe a right protected by section 8 or paragraph 11(c), it would not be necessary to consider whether a right guaranteed under section 7 would also be infringed.

### Section 8

The appellant submits that the Trial Judge erred in deciding that the procedure authorized by paragraph 231.2(1)(a) of the *Income Tax Act* would not amount to a "seizure" within the meaning of section 8 of the Charter. Section 8 reads:

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

It was the view of the Trial Judge that:

There is no physical intrusion involved. The taxpayer is required by law to provide the information demanded of him, but he is at liberty to challenge, as he is doing in these proceedings, the validity of the requirements before providing the information.<sup>9</sup>

I agree that the appellant's contention must be rejected. In *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, the Supreme Court of Canada concluded that the subsection 231(3) (the predecessor of subsection 231.2(1)) procedure was "reasonable" and hence not a violation of section 8. That case would seem to be conclusive of the matter.

### Paragraph 11(c)

I cannot agree either that the situation before us indicates an infringement of a paragraph 11(c) right. That section reads:

11. Any person charged with an offence has the right

(c) not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence.

It was the view of the Trial Judge that the appellant

... is not being compelled to answer "in proceedings against [him] in respect of [an] offence" as required by paragraph 11(c) of the Charter. There is no offence in issue in the tax audit. The common law protection against self-incrimination did not extend to such matters prior to the Charter, nor has the

page 601). Ainsi donc, si nous en venions à conclure que le fait pour l'intimé d'exiger les états signés ou de les communiquer à la police porte atteinte à un droit garanti par l'article 8 ou l'alinéa 11c), il ne serait pas nécessaire d'examiner si un droit garanti par l'article 7 est violé par la même occasion.

### La garantie de l'article 8

L'appelant soutient que le juge de première instance a commis une erreur en concluant que l'action autorisée par l'alinéa 231.2(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne constituait pas une saisie au sens de l'article 8 de la Charte, que voici:

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

Voici la conclusion tirée à ce propos par le juge de première instance:

Il n'est pas question ici d'intrusion physique: le contribuable est légalement requis de fournir les renseignements exigés mais, avant de s'exécuter, il lui est loisible de contester, comme il le fait en l'espèce, la validité de ces demandes.<sup>9</sup>

Je conviens qu'il faut rejeter l'argument de l'appelant. Dans *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, la Cour suprême du Canada a jugé que l'action autorisée par le paragraphe 231(3) (remplacé depuis par le paragraphe 231.2(1)) était «raisonnable» et, partant, n'allait pas à l'encontre de l'article 8. Cette jurisprudence semble régler définitivement la question.

### La garantie de l'alinéa 11c)

Je ne saurais conclure non plus qu'il y a en l'espèce atteinte au droit garanti par l'alinéa 11c), lequel prévoit ce qui suit:

11. Tout inculpé a le droit:

c) de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche;

De l'avis du juge de première instance, l'appelant

... n'est manifestement pas contraint de fournir une réponse «dans [une] poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche», selon les exigences de l'alinéa 11c) de la Charte. La vérification fiscale ne porte en effet sur aucune infraction. La protection qu'offrait la common law contre le témoignage

<sup>9</sup> [1987] 1 C.T.C. 153, at p. 160.

<sup>9</sup> [1987] 1 C.T.C. 153, à la p. 160.

protection of paragraph 11(c) been so regarded since the adoption of the Charter.<sup>10</sup>

If I have properly understood this view, the paragraph 11(c) protection cannot avail the appellant because, in any event, the charges are not related to a failure of the appellant to duly report an amount or amounts of taxable income and to pay the tax exigible thereon under the *Income Tax Act*. No "proceedings" of that nature were under way at the relevant time. Rather, the charges were laid independently of that statute, and allege the commission of offences under the *Narcotic Control Act* and the *Criminal Code*.

It seems to be generally accepted that the protection afforded by paragraph 11(c) is a protection against testimonial compulsion of an accused "charged with an offence": see e.g. *Thomson Newspapers, supra, per* Wilson J., at page 481; and *per* Sopinka J., at page 601. Accordingly, paragraph 11(c) itself would not protect against the communication to the respondent or to the police of the signed statements here in issue. The Trial Judge, though expressing certain views on the subject, found it unnecessary to decide whether the appellant is to be considered "a witness".<sup>11</sup>

### Section 7

It becomes necessary to examine the appellant's ultimate Charter right contention, namely, that section 7 protects him against making the signed statements to the respondent or the communication of the same to the police in the circumstances of this case. That section reads:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

The Trial Judge had no difficulty in deciding that section 7 could not avail the appellant. He said:

With respect to section 7, I am doubtful that it provides additional procedural protection in areas specifically covered by the other legal rights in sections 8 to 14. Counsel has certainly made no compelling argument that some constitutional protection exists in these circumstances beyond those provided in the specific sections of the Charter I have already discussed.<sup>12</sup>

incriminant n'a jamais, antérieurement à la Charte, visé des questions de cette nature, et depuis son adoption, l'alinéa 11c) n'a pas non plus été interprété différemment<sup>10</sup>.

Si je comprends bien cette conclusion, l'appelant ne peut se prévaloir de l'alinéa 11c) parce que la poursuite dont il faisait l'objet ne portait pas sur le défaut de déclarer un ou des revenus imposables et de payer l'impôt y relatif sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Aucune «procédure» de ce genre n'était en cours au moment considéré. Au contraire, les accusations portées n'avaient rien à voir avec la Loi dont s'agit, mais se rapportaient aux infractions réprimées par la *Loi sur les stupéfiants* et le *Code criminel*.

Il est généralement admis que la garantie de l'alinéa 11c) est une protection contre le témoignage forcé de l'«inculpé». (Voir *Thomson Newspapers, op. cit.*, Mme le juge Wilson, à la page 481, et le juge Sopinka, à la page 601.) En conséquence, l'alinéa 11c) ne protégerait pas contre la communication des états signés en cause à l'intimé ou à la police. Bien qu'il ait fait certaines observations à ce sujet, le juge de première instance a jugé inutile de décider si l'appelant devait être considéré comme un «témoin»<sup>11</sup>.

### La garantie de l'article 7

Il est ainsi nécessaire d'examiner l'argument ultime que fonde l'appelant sur la Charte, savoir que l'article 7 le protège contre la production des états signés à l'intimé ou leur communication à la police dans ce contexte. Cet article porte:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Le juge de première instance a décidé sans hésitation que l'article 7 n'était d'aucun secours pour l'appelant, en ces termes:

Ensuite, quant à l'article 7, je doute qu'il accorde une protection procédurale additionnelle dans des domaines déjà visés par les autres garanties juridiques figurant aux articles 8 à 14. L'avocat du requérant n'a assurément pas réussi à convaincre la Cour de l'existence en l'espèce d'une protection constitutionnelle allant au-delà des garanties spécifiquement inscrites dans la Charte dont il a déjà été question<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> *Ibid.*, at p. 158.

<sup>11</sup> [1987] 1 C.T.C. 153, at p. 158.

<sup>12</sup> [1989] 1 C.T.C. 153, at p. 160.

<sup>10</sup> *Op. cit.* à la p. 158.

<sup>11</sup> [1987] 1 C.T.C. 153, à la p. 158.

<sup>12</sup> [1989] 1 C.T.C. 153, à la p. 160.

It seems clear, however, that section 7 may provide in certain contexts a residual protection over and above that contained in sections 8 to 14 of the Charter. I would refer here to what was said, for example, by La Forest J. in *Thomson Newspapers*, at page 537:

Like my colleagues, I am prepared to agree that s. 7 of the *Charter* may in certain contexts at least provide residual protection to the interests the right is designed to protect that goes beyond the specific protection provided by ss. 11(c) and 13.

In my opinion the compulsion of these statements by the respondent pursuant to paragraph 231.2(1)(a) would result in a deprivation of the appellant's liberty and security of the person under section 7. This approach would seem to accord with the analysis contained in *Thomson Newspapers*, per Wilson J., at pages 459-461; per La Forest J., at page 536; per L'Heureux-Dubé J., at pages 572-573.

I agree, however, that in the context of the tax audit the deprivation does not amount to a breach of the principles of fundamental justice. In the tax audit *per se* there is no suspect and no accused. The procedure is entirely administrative in nature. See e.g. *R. v. McKinlay*, *supra*, per La Forest J., at page 650.

It remains to be decided whether the deprivation of liberty and security of the person would accord with the principles of fundamental justice given the fact that concurrent criminal charges laid under other federal enactments are pending in the courts. In my view, any communication of the signed statements to the police in these circumstances would amount to "conscripting" the appellant against himself in the existing criminal proceedings in a way that would not accord with the principles of fundamental justice in that it would deprive him, as an accused person, of his right to silence.

That an accused has the right to remain silent has been accepted as a basic tenet of our legal system and, as such, a principle of fundamental justice. I take guidance from what has been said in several of the decided cases, including *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531 (Ont. C.A.), per Cory J.A. (as he then was), at page 539:

Il appert cependant que l'article 7 peut assurer dans certains cas une protection résiduelle au-delà des garanties des articles 8 à 14 de la Charte. On peut citer à ce propos cette conclusion du juge La Forest dans *Thomson Newspapers*, à la page 537:

Comme mes collègues, je suis prêt à reconnaître que l'art. 7 de la *Charte* peut accorder, à tout le moins dans certains cas, aux intérêts que le droit vise à protéger une protection résiduelle qui va au-delà de la protection spécifique prévue par l'al. 11(c) et l'art. 13.

À mon avis, la production forcée de ces états, qu'exigeait l'intimé en application de l'alinéa 231.2(1)a), reviendrait à priver l'appelant de son droit à la liberté et à la sécurité de sa personne, que garantit l'article 7. Cette approche serait conforme à l'analyse faite dans *Thomson Newspapers* par Mme le juge Wilson, aux pages 459 à 461, le juge La Forest, à la page 536, et le juge L'Heureux-Dubé, aux pages 572 et 573.

Je conviens cependant que, en cas de vérification d'impôt, cette atteinte ne constitue pas une violation des principes de justice fondamentale. Dans une vérification d'impôt proprement dite, il n'y a ni suspect ni accusé. Il s'agit d'une procédure entièrement administrative. (Voir par exemple *R. c. McKinlay*, *op. cit.*, le juge La Forest, à la page 650.)

Il reste à décider si l'atteinte au droit à la liberté et à la sécurité de sa personne serait en conformité avec les principes de justice fondamentale, étant donné que des poursuites au criminel intentées sous le régime d'autres lois fédérales sont pendantes. À mon avis, toute communication des états signés à la police dans ces conditions reviendrait à «enrôler» l'appelant contre lui-même dans les poursuites en cours, en violation des principes de justice fondamentale en ce que pareille action le priverait de son droit, en sa qualité d'inculpé, au silence.

Le droit pour l'inculpé de garder le silence a été reconnu comme un principe fondamental de notre système de droit et, partant, un principe de justice fondamentale. Je m'inspire à ce sujet de plusieurs jurisprudences, dont *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531 (C.A. Ont.), motifs prononcés par le juge Cory (qui siégeait à l'époque à la Cour d'appel de l'Ontario), à la page 539:

Section 7 of the Charter provides that a person is not to be deprived of his liberty except in accordance with the principles of fundamental justice. Those fundamental principles are to be found in the basic tenets of our legal system. It has always been a tenet of our legal system that a suspect or accused has a right to remain silent at the investigative stage of the criminal process and at the trial stage. At the very least, it is clear that an accused person is under no legal obligation to speak to police authorities and there is no legal power in the police to compel an accused to speak: see for example, *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88 at p. 94, 53 O.R. (2d) 356 at p. 362, 49 C.R. (3d) 193 at pp. 200-1 (C.A.); leave to appeal to the Supreme Court of Canada refused February 24, 1986, see C.C.C. & O.R. *loc. cit.*, 65 N.R. 224n; *R. v. Manninen* (1983), 8 C.C.C. (3d) 193 at p. 199, 3 D.L.R. (4th) 541, 48 O.R. (2d) 731 (Ont. C.A.).

The right to remain silent is a well-settled principle that has for generations been part of the basic tenets of our law.

In *Thomson Newspapers* Sopinka J. said, at page 599:

The right to remain silent is the basis for the non-compellability of the accused as a witness at trial but it extends beyond the witness box. In *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88 (Ont. C.A.), at p. 94, Martin J.A. outlined its scope:

The right of a suspect or an accused to remain silent is deeply rooted in our legal tradition. The right operates both at the investigative stage of the criminal process and at the trial stage.

I would refer as well to what was said by La Forest J., at page 537:

... the privilege or right against self-incrimination, sometimes referred to as the right to silence, forms an integral part of the principles of fundamental justice under our legal system.

and, at page 540:

I agree with Sopinka J. that an accused's right to silence must extend beyond the actual trial itself, but I do not think it must be extended to those who are ordered to testify in a proceeding such as that provided by s. 17 of the *Combines Investigation Act*.

As I see it, the communication of such compelled information to the police while the charges are outstanding, would deny to the appellant his

[TRADUCTION] L'article 7 de la Charte prévoit que personne ne peut être privé de sa liberté si ce n'est en conformité avec les principes de justice fondamentale. Ces principes fondamentaux font partie des postulats de base de notre système de droit. Celui-ci a toujours eu pour postulat qu'un suspect ou accusé a le droit de garder le silence lors de l'enquête criminelle et au procès. À tout le moins, il est clair qu'un inculpé n'est tenu à aucune obligation légale de parler aux autorités de la police et que la police n'a aucun pouvoir légal d'obliger l'inculpé à parler: voir, par exemple, *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88, page 94, 53 O.R. (2d) 356, page 362, 49 C.R. (3d) 193, pp. 200-1 (C.A.); autorisation de pourvoi en Cour suprême du Canada refusée le 24 février 1986, voir C.C.C. & O.R. *loc. cit.*, 65 N.R. 224n; *R. v. Manninen* (1983), 8 C.C.C. (3d) 193, page 199, 3 D.L.R. (4th) 541, 48 O.R. (2d) 731 (C.A. Ont.).

Le droit de garder le silence est un principe bien établi qui fait partie intégrante des postulats de base de notre droit depuis des générations.

Dans *Thomson Newspapers*, le juge Sopinka s'est prononcé en ces termes, à la page 599:

Le droit de garder le silence constitue le fondement de la non-contraignabilité d'un accusé à témoigner à son procès, mais ce n'est pas uniquement à la barre des témoins qu'on peut s'en prévaloir. Dans l'arrêt *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88 (C.A. Ont.), à la p. 94, le juge Martin de la Cour d'appel précise la portée de ce droit:

[TRADUCTION] Le droit d'un suspect ou d'un accusé de garder le silence est profondément enraciné dans notre tradition juridique. Dans le processus criminel, le droit en question produit ses effets tant à l'étape de l'enquête qu'à celle du procès.

On peut citer aussi cette conclusion du juge La Forest, à la page 537:

... le privilège ou le droit de ne pas s'incriminer, que l'on désigne parfois comme le droit de garder le silence, fait partie intégrante des principes de justice fondamentale dans notre système judiciaire.

et à la page 540:

Je suis d'accord avec le juge Sopinka que le droit de l'accusé de garder le silence doit s'étendre au-delà du procès lui-même, mais je ne crois pas qu'il doive s'étendre à ceux qui sont contraints de témoigner dans une procédure comme celle que prévoit l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*.

À mes yeux, la communication à la police des renseignements forcés alors que les poursuites au criminel sont en instance, reviendrait à priver l'ap-

right to silence contrary to the principles of fundamental justice.<sup>13</sup>

I wish to make two further observations at this juncture. First, that we are not on this appeal concerned with the admissibility in subsequent proceedings of evidence compulsorily required to be given pursuant to the *Income Tax Act* or otherwise. That question is simply not reached. Secondly, of importance to my conclusion that communication of compelled information to the police would deny the appellant his right to silence contrary to the principles of fundamental justice is that the charges under the other federal enactments were laid prior to the date the paragraph 231.2(1)(a) procedure was invoked. The question whether the result might be different had the charges been laid subsequent to that date does not arise on this appeal.

#### Charter remedy

It remains for me to determine whether, in the particular circumstances of this case, it is open to the Court to grant an "appropriate and just" remedy under section 24 of the Charter. I must ask myself at the outset whether the granting of such a remedy would, in effect, amount to a thinly disguised attack upon the constitutionality of subsection 241(3) itself when, as I have already said, such an issue was not properly raised in the present proceedings. In my view, this would not be the case. The power to withhold or to communicate the signed statements is not one that is compelled by that subsection; it is, rather, a mere administrative power. The respondent stands in the position of a volunteer, deriving no authority *per se* from subsection 241(3). That subsection simply removed the prohibitions contained in subsections (1) and (2) "in respect of criminal proceedings, either by indictment or on summary conviction, that have been commenced by the laying of an information, under an Act of the Parliament of Canada, or in respect of proceedings relating to the administration or enforcement of this Act or the *Petroleum and Gas Revenue Tax Act*".

<sup>13</sup> The right to silence under s. 7 of the Charter, including the importance of an accused not being stripped by state authorities of his choice to insist upon it, was very recently discussed by the Supreme Court of Canada in a case that was not referred to in argument: *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151.

pelant de son droit de garder le silence, en violation des principes de justice fondamentale<sup>13</sup>.

Je tiens à faire encore deux observations à ce propos. En premier lieu, la Cour n'est pas saisie en l'espèce de la question de l'admissibilité lors de procédures subséquentes des preuves dont la production a été forcée, notamment en application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cette question n'a tout simplement pas été soulevée. En second lieu, ce qui est important au regard de ma conclusion que la communication à la police des renseignements obtenus de force reviendrait à priver l'appellant de son droit de garder le silence, c'est que les accusations fondées sur les autres textes fédéraux avaient été portées avant la date de la procédure engagée en application de l'alinéa 231.2(1)a). La question ne s'est pas posée en appel de savoir si le résultat serait différent au cas où les accusations auraient été portées après cette date.

#### La réparation en vertu de la Charte

Il reste à examiner si, eu égard aux faits de la cause, il est loisible à la Cour d'accorder la réparation «convenable et juste» au sens de l'article 24 de la Charte. Je dois me demander tout d'abord si le fait d'accorder pareille réparation ne constituerait pas en fait une remise en question à peine voilée de la constitutionnalité du paragraphe 241(3) lui-même alors que, comme je l'ai fait remarquer, cette question n'a pas été proprement soulevée en l'espèce. Il n'en est rien à mes yeux. Le pouvoir de garder par-devers soi ou de communiquer les états signés n'est pas prévu de façon impérative par cette disposition; il s'agit au contraire d'un simple pouvoir administratif. L'action de l'intimé est toute volontaire, n'ayant pas sa source dans un véritable pouvoir issu du paragraphe 241(3). Celui-ci ne fait que lever l'interdiction des paragraphes (1) et (2) qui, du coup, ne s'appliquent «ni aux poursuites au criminel, sur acte d'accusation ou sur déclaration sommaire de culpabilité, engagées par le dépôt d'une dénonciation, en vertu d'une loi fédérale, ni aux poursuites ayant trait à l'application ou à l'exécution de la présente Loi ou de la *Loi de l'impôt sur les revenus pétroliers*».

<sup>13</sup> Le droit de garder le silence en vertu de l'art. 7 de la Charte, qui s'entend également de l'importance qu'il y a à interdire aux pouvoirs publics de priver un accusé de son choix d'insister là-dessus, a été tout récemment analysé par la Cour suprême du Canada dans un arrêt qui n'a pas été cité en l'espèce, *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151.

I must also ask myself whether the anticipated Charter infringement is such as to allow the Court to grant a subsection 24(1) remedy. The courts, including both divisions of the Federal Court of Canada, have not been entirely in agreement on the point. Some cases hold, indeed, that a court can grant a remedy only if the infringement has already occurred (see e.g. *Bowen v. Minister of Employment and Immigration*, [1984] 2 F.C. 507 (C.A.); *Yri-York Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 3 F.C. 186 (C.A.), while others have come to the opposite conclusion (see e.g. *Kravets v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 F.C. 434 (T.D.)).

While the Supreme Court of Canada has yet to render a definitive judgment, it seems to me from what has been said in that Court so far that an anticipated infringement of a Charter right may be made the subject of a subsection 24(1) remedy in limited circumstances. Thus in *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441 (not cited in *Yri-York*), Dickson C.J., for the majority, stated at page 456: "A person, whether the government or a private individual, cannot be held liable under the law for an action unless that action causes the deprivation, or threat of deprivation, of legal rights"; and, at page 486, Wilson J. spoke of the need to "establish at least a threat of violation, if not an actual violation". More recently, *R. v. Vermette*, [1988] 1 S.C.R. 985 (rendered subsequent to *Yri-York*), relying on *Operation Dismantle*, further illustrates the willingness of the Supreme Court of Canada to take a somewhat expansive view of the power contained in subsection 24(1) to grant a remedy. La Forest J., speaking for the Court, noted, at page 992, that a remedy under that subsection is available:

... not only in the case of an actual interference with the guaranteed rights, but also when an apprehension of such an interference at a future trial can be established by an applicant.

In my view, unless a remedy is available in the circumstances, the appellant's right to remain silent will be infringed by the communication of the signed statements or any of their contents to the police while the criminal charges remain out-

Je dois aussi me demander si la contravention éventuelle à la Charte est telle que la Cour est justifiée d'accorder la réparation visée au paragraphe 24(1). Les tribunaux, dont les deux divisions de la Cour fédérale, ne sont pas unanimes sur ce point. Certaines jurisprudences établissent en fait que la réparation ne peut être accordée que si l'atteinte a déjà eu lieu (voir, par exemple, *Bowen c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1984] 2 C.F. 507 (C.A.); *Yri-York Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 3 C.F. 186 (C.A.), alors que d'autres sont parvenues à la conclusion contraire. (Voir, par exemple, *Kravets c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 C.F. 434 (1<sup>re</sup> inst.)).

Bien que la Cour suprême ne se soit pas encore prononcée de façon définitive en la matière, il me semble à la lumière des arrêts qu'elle a rendus à ce jour, qu'une violation éventuelle de la Charte peut, dans certains cas, faire l'objet d'une mesure de réparation en vertu du paragraphe 24(1). Par exemple, dans *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441 (non cité dans *Yri-York*), le juge en chef Dickson, prononçant les motifs du jugement de la majorité, a tiré cette conclusion, à la page 456: «Personne, qu'il s'agisse du gouvernement ou d'une personne privée, ne saurait être tenu responsable en droit d'un acte à moins que ce dernier ne porte atteinte à des garanties juridiques ou ne menace de le faire»; et, à la page 486, Mme le juge Wilson a souligné la nécessité d'établir à tout le moins qu'il y a menace de violation, sinon violation réelle». Plus récemment, l'arrêt *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985 (postérieur à l'arrêt *Yri-York*), s'appuyant sur *Operation Dismantle*, illustre encore davantage la volonté de la Cour suprême du Canada de donner une interprétation plus libérale du pouvoir de réparation prévu au paragraphe 24(1). Dans le jugement rendu au nom de la Cour, le juge La Forest constate, à la page 992, que cette réparation est possible

... non seulement dans le cas d'une violation réelle des droits garantis, mais aussi quand un requérant peut démontrer qu'il y a menace d'une telle violation.

J'estime que, si aucune mesure de réparation n'est à la disposition de l'appelant en l'espèce, son droit de garder le silence sera compromis par la communication à la police de tout ou partie des états signés tant que les poursuites au criminel sont



standing in the courts. The power to prevent such fundamental unfairness occurring in our criminal justice system is, I think, provided for in subsection 24(1).

#### Section 241 issue (interpretation)

I come to a final point of substance raised by the appellant. He contends that the construction placed upon subsections 241(1),(2) and (3) of the *Income Tax Act* by the learned Trial Judge that, fairly read, they do not prohibit communication of the signed statements to the police, was in error. With respect, the learned Trial Judge, in my view, was quite right in rejecting this submission. I would do so also, and for the reasons he has given.

#### SUMMARY

In summary, the learned Trial Judge (a) did not err in refusing to draw an inference from the facts that the actions of the respondent were done, in part, to assist the RCMP; (b) did not err in finding that the appellant's rights under either section 8 or paragraph 11(c) of the Charter were not infringed; (c) did err in failing to find that the appellant's right to remain silent under section 7 of the Charter would be infringed by the communication to the RCMP of the signed statements required under paragraph 231.2(1)(a) of the *Income Tax Act* at any time while the charges in question remain outstanding in the courts, and should be prohibited; (d) did not err in his interpretation of subsections 241(1),(2) and (3) of the *Income Tax Act*, or in failing to hold subsection 241(3) to be of no force and effect in that the constitutional validity of that subsection was not raised in the Trial Division.

#### DISPOSITION

I would, therefore, allow the appeal with costs both here and in the Trial Division, set aside the judgment of the Trial Division rendered December 6, 1988, and would make an order prohibiting the respondent from communicating to the Royal Canadian Mounted Police or to any other person the signed statements of the appellant demanded

pendantes. Le pouvoir de prévenir pareille injustice fondamentale dans notre système de justice pénale se trouve, je pense, dans le paragraphe 24(1).

#### <sup>a</sup> L'interprétation de l'article 241

J'en viens à la dernière question de fond soulevée par l'appelant. Il soutient que le distingué juge de première instance a commis une erreur en concluant que les paragraphes 241(1), (2) et (3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, correctement interprétés, n'interdisaient pas la communication des états signés à la police. À mon avis, le distingué juge de première instance a eu parfaitement raison de rejeter cet argument. J'aurais fait de même, et par les mêmes motifs que ceux qu'il a prononcés.

#### SOMMAIRE

<sup>d</sup> En résumé, le distingué juge de première instance: a) n'a pas commis une erreur en refusant de conclure des faits que les mesures prises par l'intimé visaient en partie à venir en aide à la GRC; <sup>e</sup> b) n'a pas commis une erreur en concluant qu'il n'y avait pas atteinte aux droits de l'appelant, que garantit l'article 8 ou l'alinéa 11c) de la Charte; c) a commis une erreur pour ne pas avoir conclu que le droit de l'appelant de garder le silence en vertu de l'article 7 de la Charte pourrait être violé par la communication à la GRC des états signés requis en application de l'alinéa 231.2(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à quelque moment que ce soit tant que les poursuites au criminel sont pendantes, <sup>f</sup> et pour ne pas avoir conclu que cette communication devrait être interdite; d) n'a pas commis une erreur dans son interprétation des paragraphes 241(1),(2) et (3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ou pour ne pas avoir déclaré le paragraphe <sup>g</sup> 241(3) inopérant, attendu que la constitutionnalité de cette disposition n'était pas contestée en première instance. <sup>h</sup>

#### DÉCISION

<sup>i</sup> Par ces motifs, je me prononce pour l'accueil de l'appel avec dépens devant cette Cour et en première instance, pour l'infirmité du jugement rendu le 6 décembre 1988 par la Section de première instance, et pour la délivrance d'une ordonnance interdisant à l'intimé de communiquer à la Gendarmerie royale du Canada ou à qui que ce

by the respondent pursuant to the October 15, 1987 "requirements" under paragraph 231.2(1)(a) of the *Income Tax Act*, or of any of the contents thereof, at any time while the charges against the appellant under subsections 4(1) and 5(1) of the *Narcotic Control Act* and under section 312 of the *Criminal Code* remain outstanding in the courts.

PRATTE J.A.: I agree.

HUGESSEN J.A.: I agree.

soit d'autre tout ou partie des états signés que l'intimé a exigés de l'appelant par «sommations» faites le 15 octobre 1987 en application de l'alinéa 231.2(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, à quelque moment que ce soit tant que les accusations portées contre l'appelant en application des paragraphes 4(1) et 5(1) de la *Loi sur les stupéfiants* et de l'article 312 du *Code criminel* sont encore pendantes.

<sup>b</sup> LE JUGE PRATTE, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

T-963-89

T-963-89

David M. Warriner (*Applicant*)

v.

**The Disciplinary Tribunal of Kingston Penitentiary, namely Michael McCue, Independent Chairperson (*Respondent*)**

INDEXED AS: WARRINER v. KINGSTON PENITENTIARY (T.D.)

Trial Division, MacKay J.—Ottawa, November 21, 1989; December 7, 1990.

*Penitentiaries — Application to quash decision convict guilty of disciplinary offence of failing to obey lawful order — Refusing to “bend over” to expose rectal area during strip search after “contact visit” with wife — Chairperson not erring in refusing to consider application of Charter in determining whether order lawful, as issue not raised at disciplinary hearing — Order to bend over authorized by law — Made pursuant to institutional Standing Orders and Commissioner’s Directive, which though not law, conformed to Penitentiary Service Regulations, s. 41(2)(c) — S. 41(2)(c) providing any member may search inmate where member considering it reasonable to detect contraband or to maintain good order — Exercise of s. 41(2)(c) search power only required to be for purposes included in Regulation — Although Regulations not defining search, Commissioner free to establish definitions and procedures for searches for general purposes described in s. 41(2)(c).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Convict refusing to obey order to “bend over” to allow visual inspection of rectal area after “contact visit” with wife — Order search within Charter, s. 8 — Search reasonable in light of reasons for practice — Authorized by law — Law reasonable — Although search interfering with privacy, reasonable expectation of privacy of maximum security penitentiary inmate differing from that of person outside prison.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Convict refusing to obey order to “bend over” to allow visual inspection of rectal area during strip search after “contact visit” with wife — Charter, s. 7 inapplicable — Not intention of Charter’s framers searches not precluded by s. 8 precluded by s. 7.*

This was an application for *certiorari* to quash the tribunal’s finding that the applicant, an inmate of Kingston Penitentiary, a maximum security institution, was guilty of the disciplinary offence of failing to obey a lawful order. The convict had

David M. Warriner (*requérant*)

c.

**Le tribunal disciplinaire du pénitencier de Kingston, c’est-à-dire Michael McCue, président indépendant (*intimé*)**

RÉPERTORIÉ: WARRINER c. PÉNITENCIER DE KINGSTON (1<sup>re</sup> INST.)

Section de première instance, juge MacKay—Ottawa, 21 novembre 1989; 7 décembre 1990.

*Pénitenciers — Demande d’annulation de la décision par laquelle un détenu a été déclaré coupable d’une infraction à la discipline, qui consistait dans l’omission d’obtempérer à un ordre légitime — Il a refusé de “se pencher” pour exposer la région rectale au cours d’une fouille à nu après une “visite-contact” avec sa femme — Le président n’a pas eu tort de refuser d’examiner l’application de la Charte pour déterminer si l’ordre était légitime, la question n’ayant pas été soulevée à l’audience disciplinaire — L’ordre de se pencher est autorisé par la loi — Cet ordre a été donné en vertu des ordres permanents de l’institution et de la Directive du Commissaire, qui, bien qu’ils n’eussent pas force de loi, se sont conformés à l’art. 41(2)c) du Règlement sur le service des pénitenciers — L’art. 41(2)c) prévoit qu’un membre peut fouiller un détenu lorsqu’il considère une telle mesure raisonnable et nécessaire pour déceler la présence de contrebande ou pour maintenir le bon ordre — L’exercice du pouvoir de fouiller prévu à l’art. 41(2)c) doit seulement correspondre aux fins prévues par le Règlement — Bien que le Règlement ne définisse pas la fouille, il est loisible au Commissaire d’établir des définitions et des procédures pour les fins générales prévues à l’art. 41(2)c).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Un détenu a refusé d’obtempérer à l’ordre de “se pencher” pour permettre un examen visuel de la région rectale après une “visite-contact” avec sa femme — L’ordre constitue une fouille au sens de l’art. 8 de la Charte — La fouille est raisonnable compte tenu des motifs qui sous-tendent cette pratique — Elle est autorisée par la loi — La loi n’a rien d’abusif — Bien que la fouille porte atteinte à la vie privée, le droit de s’attendre raisonnablement à la protection de sa vie privée qu’un détenu d’une institution à sécurité maximale peut avoir diffère de celui de toute autre personne.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Un détenu a refusé d’obtempérer à l’ordre de “se pencher” pour permettre un examen visuel de la région rectale au cours d’une fouille à nu après une “visite-contact” avec sa femme — L’art. 7 de la Charte ne s’applique pas — Les rédacteurs de la Charte n’ont pas voulu interdire à l’art. 7 des fouilles qui ne seraient pas interdites par l’art. 8.*

Il s’agit d’une demande de bref de *certiorari* qui annulerait la décision par laquelle le tribunal a déclaré le requérant, qui était détenu au pénitencier de Kingston, coupable d’une infraction à la discipline, qui consistait dans l’omission d’obtempérer à un

refused to bend over to expose his rectal cavity to visual inspection during a strip search after a "contact visit" with his wife. He felt degraded and humiliated and was unaware of any conduct or other evidence that would have given rise to reasonable grounds to believe that he was in possession of contraband. The applicant argued that the order was not authorized by law as it was not provided for in the *Penitentiary Act* or *Penitentiary Service Regulations* and that it infringed his rights guaranteed by Charter, sections 7 (right not to be deprived of security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice) and 8 (right to be secure from unreasonable search or seizure). The application challenged only the validity of the order to "bend over" as part of the strip search, not the validity of strip searches in general. Paragraph 39(a) of the Regulations makes failure to obey a lawful order a disciplinary offence. Paragraph 41(2)(c) provides that any Correctional Service member may search any inmate where the member considers it reasonable to detect the presence of contraband or to maintain good order. Commissioner's Directive Number 571 permits strip searches, which are defined as a visual search of a naked person including body cavities while the individual bends over. Kingston Penitentiary's Standing Order with respect to searching inmates requires bending over in its definition of skin searches. It also provides that inmates returning from an open visit will be skin searched. The applicant argued that an order which physically interferes with bodily integrity, the first object of a person's individuality and freedom, with resulting humiliation, degradation and psychological trauma imposed by the state, violates Charter, section 7. The issues were whether the Chairperson erred by refusing to consider the application of the Charter in determining whether the order was lawful; whether the order to "bend over" was authorized by law; and whether that order contravened Charter, sections 7 and/or 8.

*Held*, the application should be dismissed.

The Chairperson did not err in failing to address the Charter issues. The applicant did not raise the issue of the applicability of the Charter to his situation during the disciplinary hearing. He limited his arguments to the submission that the order to "bend over" was unlawful as not authorized by the *Penitentiary Service Regulations*.

The order to "bend over" as an incident of the strip search following a contact visit was authorized by law. It was made pursuant to institutional Standing Orders and the Commissioner's Directive, which though they were not themselves law, were within the scope of paragraph 41(2)(c) of the Regulations. No limits are imposed on the paragraph 41(2)(c) power to search inmates, except that it be for the purposes included in the Regulation. The Regulation does not require the searching officer to consider a search reasonable for the purposes set out. The search herein was a matter of routine within the Penitentiary's Standing Order following a contact visit to detect the presence of contraband. While no definition and no specific procedure for a "search" is set out in the Regulations, the Commissioner, responsible for the administration of the Correctional Service and of penitentiaries, was free to establish

ordre légitime. Le détenu a refusé de se pencher pour exposer sa cavité rectale afin de permettre un examen visuel au cours d'une fouille à nu après une «visite-contact» avec sa femme. Il s'est senti avili et humilié et ne connaissait aucun comportement de sa part ni aucun autre élément de preuve faisant raisonnablement croire qu'il était en possession de contrebande. Le requérant soutient que l'ordre n'était pas autorisé par la loi, puisqu'il n'était prévu ni dans la *Loi sur les pénitenciers* ni dans le *Règlement sur le service des pénitenciers*, et qu'il violait les droits que le requérant tenait de l'article 7 (le droit d'exiger qu'on ne porte atteinte à la sécurité de la personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale) et de l'article 8 (le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives) de la Charte. La demande conteste seulement la validité de l'ordre de «se pencher» donné dans le cadre de la fouille à nu, et non la validité des fouilles à nu en général. L'alinéa 39a) du Règlement fait de l'omission d'obéir à un ordre légitime une infraction à la discipline. L'alinéa 41(2)c) prévoit qu'un membre du Service correctionnel peut fouiller un détenu lorsqu'il considère une telle mesure raisonnable et nécessaire pour déceler la présence de contrebande ou pour maintenir le bon ordre. La Directive n° 571 du Commissaire permet la fouille à nu, qui est définie comme une fouille visuelle d'une personne nue, y compris les cavités corporelles, pendant que l'individu se penche. L'ordre permanent du pénitencier de Kingston relativement à la fouille des détenus exige le fait de se pencher dans sa définition de fouilles à nu. Il prévoit également qu'on doit procéder à la fouille à nu des détenus qui reviennent d'une visite-contact. Le requérant soutient qu'un ordre qui porte atteinte à l'intégrité physique, le premier objet de l'individualité et de la liberté d'une personne, avec pour conséquence l'humiliation, la dégradation et le trauma que cela entraîne viole l'article 7 de la Charte. Il s'agit d'examiner si le président a eu tort de refuser d'examiner l'application de la Charte pour déterminer si l'ordre était légitime, si l'ordre de «se pencher» était autorisé par la loi et si cet ordre contrevenait à l'article 7 ou à l'article 8 ou à ces deux articles de la Charte.

*Jugement*: la demande devrait être rejetée.

Le président n'a pas commis d'erreur en omettant d'aborder les questions relatives à la Charte. Le requérant n'a pas soulevé la question de l'applicabilité de la Charte à sa situation au cours de l'audience disciplinaire. Le requérant a limité son argumentation à l'idée que l'ordre de «se pencher» était illégitime puisqu'il n'était pas autorisé par le *Règlement sur le service des pénitenciers*.

L'ordre de «se pencher» donné dans le cadre de la fouille à nu par suite d'une visite-contact était autorisé par la loi. Il a été donné en vertu des ordres permanents de l'institution et de la Directive du Commissaire, qui, bien qu'ils n'eussent pas force de loi, étaient visés par l'alinéa 41(2)c) du Règlement. Rien ne limite l'exercice du pouvoir de fouiller des détenus prévu à l'alinéa 41(2)c), sauf que cet exercice doit correspondre aux fins prévues par le Règlement. Celui-ci n'exige pas que l'agent qui procède à la fouille considère une fouille raisonnable et nécessaire pour les fins fixées. La fouille en l'espèce était une question de routine prévue par l'ordre permanent du pénitencier de Kingston, et a été effectuée par suite d'une visite-contact pour déceler la présence de contrebande. Bien que le Règlement ne donne aucune définition ni ne prévoit de procédure particulière en matière de «fouille», il était loisible au Commissaire,

definitions and procedures for searches for the general purposes described in paragraph 41(2)(c). Provided that the policy and guidelines established do not extend to matters or purposes beyond the Act and Regulations, then they are within the authority for searching inmates as provided in paragraph 41(2)(c).

It was unlikely that it was the intention of the framers of the Charter to preclude by section 7 searches not precluded by section 8. Charter section 7 was inapplicable in this case.

The order to bend over, made as an integral part of a skin search, did not violate Charter, section 8 in light of the reasons underlying the establishment of that routine. The requirement that a naked person bend over to allow a visual inspection of the anal cavity constituted a search within the meaning of section 8. The search was reasonable because (1) it was authorized by law; (2) there was no issue as to the manner in which the search was carried out because it never took place; and (3) the law was reasonable. As to the last condition, although the search did interfere with the inmate's privacy, the reasonable expectation of privacy of an inmate of a maximum security institution is different from that of a person outside prison. Searches of various kinds in maximum security institutions are necessary for the safety of inmates and staff and for good order of the institution and the control of contraband. A strip search, including the order to bend over for visual examination of the anal cavity, instituted as part of a routine search procedure following an open or contact visit, on the belief of the Warden that such searches are essential for the safety of inmates and staff and good order of the institution does not require a coincidental belief on the part of the searching officers that contraband is concealed on the person of the inmate searched.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7, 8.

*Penitentiary Act*, R.S.C., 1985, c. P-5.

*Penitentiary Service Regulations*, C.R.C., c. 1251, ss. 38.1(2) (as am. by SOR/80-209, s. 3; SOR/85-640, s. 3), 39(a) (as am. by SOR/85-640, s. 4; SOR/88-547, s. 5), 41(2)(c) (as am. by SOR/80-462, s. 1; SOR/88-547, s. 1).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Wilson v. Minister of Justice*, [1985] 1 F.C. 586 (C.A.); (1985), 13 Admin. L.R. 1; 20 C.C.C. (3d) 206; 6 C.P.R. (3d) 283; 46 C.R. (3d) 91; 16 C.R.R. 271; 60 N.R. 194; *Robertson v. Yeomans*, [1982] 1 F.C. 53; (1981), 121 D.L.R. (3d) 353; 58 C.C.C. (2d) 1 (T.D.); *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 F.C. 369; (1987), 59 C.R. (3d) 247; 11 F.T.R. 279 (T.D.); *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; (1987), 38 D.L.R. (4th) 508;

responsable de l'administration du Service correctionnel et des pénitenciers, d'établir des définitions et des procédures de fouille pour les fins générales prévues à l'alinéa 41(2)c). Si la politique et les lignes directrices établies correspondent aux questions ou aux fins envisagées par la Loi et le Règlement, elles relèvent alors du pouvoir de fouiller des détenus prévu à l'alinéa 41(2)c).

Il est peu probable que les rédacteurs de la Charte aient voulu interdire à l'article 7 les fouilles qui ne seraient pas interdites par l'article 8. L'article 7 de la Charte ne s'applique pas en l'espèce.

L'ordre de se pencher, donné dans le cadre d'une fouille à nu, ne violait pas l'article 8 de la Charte compte tenu des motifs qui sous-tendent l'établissement de cette routine. L'obligation pour une personne nue de se pencher pour permettre un examen visuel de la cavité anale constituait une fouille au sens de l'article 8. La fouille n'était pas abusive parce que 1) elle était autorisée par la loi; 2) il n'a pas été question de la manière dont elle a été effectuée puisqu'elle n'a jamais eu lieu; 3) la loi n'avait rien d'abusif. Quant à la dernière condition, bien que la fouille ait porté effectivement atteinte à la vie privée du détenu, le droit de s'attendre raisonnablement à la protection de sa vie privée qu'un détenu d'une institution à sécurité maximale peut avoir diffère de celui de toute autre personne. Les fouilles de divers genres au sein des institutions à sécurité maximale s'imposent pour la sécurité des détenus et du personnel, pour le bon ordre de l'institution et le contrôle de la contrebande. Une fouille à nu comprenant l'ordre de se pencher pour un examen visuel de la cavité anale, entamée dans le cadre d'une procédure de fouille habituelle par suite d'une visite-contact et reposant sur la croyance par le directeur que ces fouilles sont essentielles à la sécurité des détenus et du personnel et au bon ordre de l'institution, n'exige pas que les agents procédant à la fouille aient la croyance simultanée que des articles de contrebande sont cachés sur la personne du détenu fouillé.

#### 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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 7, 8.

*Loi sur les pénitenciers*, L.R.C. (1985), chap. P-5.

*Règlement sur le service des pénitenciers*, C.R.C., chap. 1251, art. 38.1(2) (mod. par DORS/80-209, art. 3; DORS/85-640, art. 3), 39a) (mod. par DORS/85-640, art. 4; DORS/88-547, art. 5), 41(2)c) (mod. par DORS/80-462, art. 1; DORS/88-547, art. 1).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Wilson c. Ministre de la Justice*, [1985] 1 C.F. 586 (C.A.); (1985), 13 Admin. L.R. 1; 20 C.C.C. (3d) 206; 6 C.P.R. (3d) 283; 46 C.R. (3d) 91; 16 C.R.R. 271; 60 N.R. 194; *Robertson c. Yeomans*, [1982] 1 C.F. 53; (1981), 121 D.L.R. (3d) 353; 58 C.C.C. (2d) 1 (1<sup>re</sup> inst.); *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 C.F. 369; (1987), 59 C.R. (3d) 247; 11 F.T.R. 279 (1<sup>re</sup> inst.); *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; (1987), 38 D.L.R.

[1987] 3 W.W.R. 699; 13 B.C.L.R. (2d) 1; 33 C.C.C. (3d) 1; 56 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 122; 74 N.R. 276.

## CONSIDERED:

*Hanna v. Matsqui Institution Disciplinary Court*, T-1479-90, F.C.T.D., Teitelbaum J., judgment dated 13/7/90, not yet reported; *Jackson v. Joyceville Penitentiary*, [1990] 3 F.C. 55; (1990), 55 C.C.C. (3d) 50; 75 C.R. (3d) 174 (T.D.); *Gunn v. Yeomans*, [1981] 2 F.C. 99; (1980), 114 D.L.R. (3d) 288; 55 C.C.C. (2d) 452 (T.D.); *Re Maliby et al. and Attorney-General of Saskatchewan et al.* (1982), 143 D.L.R. (3d) 649; 20 Sask. R. 366; 2 C.C.C. (3d) 153; 4 C.R.R. 348 (Sask. Q.B.); affd (1984), 10 D.L.R. (4th) 745; 34 Sask. R. 177; 13 C.C.C. (3d) 308; 14 C.R.R. 132 (C.A.); *Soenen v. Director of Edmonton Remand Centre, Attorney General of Alberta and Solicitor General of Alberta* (1983), 48 A.R. 31; 31 D.L.R. (4th) 658; [1984] 1 W.W.R. 71; 28 Alta. L.R. (2d) 62; 8 C.C.C. (3d) 224; 35 C.R. (3d) 206; 6 C.R.R. 368 (Q.B.).

## REFERRED TO:

*Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 F.C. 18; (1988), 65 C.R. (3d) 27; 19 F.T.R. 160; 86 N.R. 168 (C.A.); *Martineau et al. v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board*, [1978] 1 S.C.R. 118; (1977), 74 D.L.R. (3d) 1; 33 C.C.C. (2d) 366; 14 N.R. 285; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; (1979), 106 D.L.R. (3d) 385; 50 C.C.C. (2d) 353; 13 C.R. (3d) 1; 15 C.R. (3d) 315; 30 N.R. 119; *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241.

## COUNSEL:

*Donald A. Bailey* for applicant.  
*Ian M. Donahoe* for respondent.

## SOLICITORS:

*O'Connor, Ecclestone & Kaiser*, Kingston, Ontario, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

MACKAY J.: This matter came on for hearing on November 21, 1989 at Ottawa, Ontario. The applicant, an inmate of Kingston Penitentiary, seeks relief in the form of an order in the nature of *certiorari*, quashing the respondent's finding,

(4th) 508; [1987] 3 W.W.R. 699; 13 B.C.L.R. (2d) 1; 33 C.C.C. (3d) 1; 56 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 122; 74 N.R. 276.

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Hanna c. Tribunal disciplinaire de l'établissement de Matsqui*, T-1479-90, C.F. 1<sup>re</sup> inst., juge Teitelbaum, jugement en date du 13-7-90, encore inédit; *Jackson c. Pénitencier de Joyceville*, [1990] 3 C.F. 55; (1990), 55 C.C.C. (3d) 50; 75 C.R. (3d) 174 (1<sup>re</sup> inst.); *Gunn c. Yeomans*, [1981] 2 C.F. 99; (1980), 114 D.L.R. (3d) 288; 55 C.C.C. (2d) 452 (1<sup>re</sup> inst.); *Re Maliby et al. and Attorney-General of Saskatchewan et al.* (1982), 143 D.L.R. (3d) 649; 20 Sask. R. 366; 2 C.C.C. (3d) 153; 4 C.R.R. 348 (B.R. Sask.); confirmé par (1984), 10 D.L.R. (4th) 745; 34 Sask. R. 177; 13 C.C.C. (3d) 308; 14 C.R.R. 132 (C.A.); *Soenen v. Director of Edmonton Remand Centre, Attorney General of Alberta and Solicitor General of Alberta* (1983), 48 A.R. 31; 31 D.L.R. (4th) 658; [1984] 1 W.W.R. 71; 28 Alta. L.R. (2d) 62; 8 C.C.C. (3d) 224; 35 C.R. (3d) 206; 6 C.R.R. 368 (B.R.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 C.F. 18; (1988), 65 C.R. (3d) 27; 19 F.T.R. 160; 86 N.R. 168 (C.A.); *Martineau et autre c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118; (1977), 74 D.L.R. (3d) 1; 33 C.C.C. (2d) 366; 14 N.R. 285; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; (1979), 106 D.L.R. (3d) 385; 50 C.C.C. (2d) 353; 13 C.R. (3d) 1; 15 C.R. (3d) 315; 30 N.R. 119; *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241.

## AVOCATS:

*Donald A. Bailey* pour le requérant.  
*Ian M. Donahoe* pour l'intimé.

## PROCUREURS:

*O'Connor, Ecclestone & Kaiser*, Kingston (Ontario), pour le requérant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

LE JUGE MACKAY: L'espèce a été entendue à Ottawa (Ontario), le 21 novembre 1989. Le requérant, détenu au pénitencier de Kingston, conclut à une réparation sous forme d'une ordonnance de *certiorari* qui infirmerait la décision en date du

dated January 7, 1988, that the applicant was guilty of a disciplinary offence. The ground claimed for the relief sought is that the offence, failure to obey a lawful order, related to an order to bend over to expose the rectal cavity during the course of a strip search, is an order not authorized by law. It is said that the order is not provided for within the *Penitentiary Act*, R.S.C., 1985, c. P-5 or the *Penitentiary Service Regulations* [C.R.C., c. 1251], and that it infringes on rights guaranteed by sections 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]].

On December 14, 1987 the applicant, after a "contact visit" with his wife, was subjected to two strip searches by officers at the Kingston Penitentiary, a maximum security institution within the Correctional Service of Canada. The first search was performed by Officer Demers who, when the applicant failed to obey his order in relation to the search, took Warriner to the Dissociation Cells Lobby and Vestibule. There the applicant was subjected to a second strip search, initiated by Demers and completed by Officer Bertrand when Warriner again refused to obey an order in relation to the search.

The applicant cooperated with the officers in these searches to the extent that he removed all of his clothing and did all that was expected of him until he was directed to bend over at the waist and touch his toes, so that his anal cavity was exposed for inspection. This he refused to do. The applicant has indicated that he refused to bend over as demanded on the basis that he "felt degraded and humiliated by such process and . . . felt it was unlawful and unnecessary". At the time the applicant refused to obey the order he apparently believed, and continues to believe, that no statute or regulation authorized such an order.

The applicant was charged with two disciplinary offences of disobeying or failing to obey a lawful order of a penitentiary officer, pursuant to paragraph 39(a) of the *Penitentiary Service Regulations* [as am. by SOR/85-640, s. 4; SOR/88-547, s.

7 janvier 1988 par laquelle l'intimé l'a déclaré coupable d'une infraction à la discipline. À cette fin, le requérant fait valoir que l'infraction qui lui est reprochée, c'est-à-dire l'omission d'obtempérer à un ordre légitime, a trait à l'ordre de se pencher pour exposer la cavité rectale au cours d'une fouille à nu, ordre qui ne serait pas autorisé par la loi. Il prétend que cet ordre n'est prévu ni dans la *Loi sur les pénitenciers*, L.R.C. (1985), chap. P-5, ni dans le *Règlement sur le service des pénitenciers* [C.R.C., chap. 1251], et qu'il viole les droits garantis par les articles 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]].

Le 14 décembre 1987, le requérant, après une «visite-contact» avec sa femme, a fait l'objet de deux fouilles à nu effectuées par des agents du pénitencier de Kingston, établissement à sécurité maximale qui relève du Service correctionnel du Canada. La première fouille a été effectuée par l'agent Demers qui, lorsque le requérant n'a pas obéi à son ordre relativement à la fouille, a amené Warriner au corridor des cellules d'isolement. Là, le requérant a été soumis à une deuxième fouille à nu, commencée par Demers et complétée par l'agent Bertrand au cours de laquelle Warriner a encore une fois refusé d'obéir à un ordre relatif à la fouille.

Dans ces fouilles, le requérant a coopéré avec les agents en enlevant tous ses vêtements et en faisant tout ce qu'on attendait de lui, jusqu'au moment où on lui a ordonné de se pencher jusqu'à la ceinture et de toucher ses orteils pour exposer sa cavité anale en vue d'une inspection. Il a refusé de le faire. Selon le requérant, il a refusé de se pencher comme on le lui a demandé parce qu'il [TRADUCTION] «se sentait avili et humilié par cette pratique et . . . était d'avis que cela était illégal et inutile». Au moment où le requérant a refusé d'obéir à l'ordre, il croyait apparemment, et continue de croire, qu'aucune loi ni aucun règlement n'autorisait un tel ordre.

Le requérant a été accusé de deux infractions à la discipline, soit d'avoir désobéi ou omis d'obéir à un ordre légitime d'un agent du pénitencier, en application de l'alinéa 39a) du *Règlement sur le service des pénitenciers* [mod. par DORS/85-640,

5]. A hearing before the respondent Independent Chairperson, Michael McCue, was held on December 17, 1987 and January 7, 1988. The applicant entered a plea of not guilty to the charges. He was convicted of one offence charged, and sentenced to seven days off privileges.

Whether or not the applicant refused to bend over as directed is not at issue. The applicant concedes this in his affidavit which states, in part:

I refused to bend over as demanded on the basis that I felt degraded and humiliated by such process and that I felt it was unlawful and unnecessary.

I was not in possession of any contraband in any part of my body including my anal cavity at that time. Nor am I aware of any conduct or other evidence that would give rise to any reasonable grounds that I was in possession of any such contraband.

The applicant now requests an order for *certiorari* quashing the respondent's finding of guilty in the matter of the alleged disciplinary offence. The grounds for the application are listed in the notice of application as follows:

1. The order which the inmate refused to follow was not a lawful order; on the contrary, to require the applicant to comply with such order was to infringe on his security of the person not in accordance with the principles of fundamental justice and thus was in violation of his fundamental right guaranteed by section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms; and further, or in the alternative,
2. There is nothing prescribed by law, entitling a prison official to order an inmate not merely to remove his clothing but to bend over to touch his toes while nude; and further, or in the alternative,
3. The further ground that, even if such an order is prescribed by law, such a limitation is not one that is demonstrably justified and reasonable in a free and democratic society; and further, or in the alternative,
4. On the further ground that, in the particular circumstances of the case, to require the applicant to bend over naked amounted to such an infringement of his security of the person, being such a degrading process as it was, particularly in light of the absence of evidence suggesting misconduct on the part of the applicant, that it amounted to an unjustified violation of his rights guaranteed by section 7 of the Charter; and further, or in the alternative,
5. The Respondent either failed to address the issue of the violation of the section 7 rights of the applicant and thus made an error going to jurisdiction or, in the alternative, erred in determining that no violation of the section 7 rights of the applicant took place.

art. 4; DORS/88-547, art. 5]. Une audience devant l'intimé, le président indépendant Michael McCue, a eu lieu le 17 décembre 1987 et le 7 janvier 1988. Le requérant a plaidé non coupable pour ce qui est des accusations portées contre lui. Il a été déclaré coupable d'une infraction qu'on lui reprochait, et il a été condamné à la perte de privilèges pendant sept jours.

La question de savoir si le requérant a refusé de se pencher selon l'ordre donné n'est pas en litige. Le requérant concède ce point dans son affidavit qui énonce notamment:

[TRADUCTION] J'ai refusé de me pencher comme on me l'a demandé parce que je me sentais avili et humilié par cette pratique et que j'étais d'avis que cela était illégal et inutile.

À ce moment, je n'étais en possession d'aucun article de contrebande sur une partie de mon corps, dont ma cavité anale. Je ne connaissais pas non plus un comportement ni un autre élément de preuve faisant raisonnablement croire que j'étais en possession de contrebande.

Le requérant conclut maintenant à une ordonnance de *certiorari* qui infirmerait la décision par laquelle l'intimé a conclu à sa culpabilité relativement à l'infraction à la discipline qui aurait été commise. Les motifs de la demande figurent dans l'avis de demande:

1. L'ordre auquel le détenu a refusé d'obéir n'était pas un ordre légitime; au contraire, obliger le requérant à y obtempérer revenait à empiéter sur la sécurité de sa personne, contrairement aux principes de justice fondamentale, et violait ainsi son droit fondamental garanti par l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés;
2. De plus ou subsidiairement, rien dans la loi ne permet à un agent de prison d'ordonner à un détenu non seulement d'enlever ses vêtements, mais aussi de se pencher pour toucher ses orteils pendant qu'il est nu;
3. De plus ou subsidiairement, même si un tel ordre est prescrit par la loi, une telle limitation n'est pas une limitation qui soit raisonnable et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique;
4. De plus ou subsidiairement, dans les circonstances particulières de l'affaire, obliger le requérant à se pencher nu revenait à violer la sécurité de sa personne, il s'agissait d'une pratique dégradante, particulièrement étant donné l'absence d'éléments de preuve faisant croire à une inconduite de la part du requérant; cela équivalait à une violation injustifiée de ses droits garantis par l'article 7 de la Charte;
5. De plus, ou subsidiairement, l'intimé a ou bien omis d'aborder la question de la violation des droits du requérant garantis par l'article 7, et a donc commis une erreur en matière de compétence ou bien, subsidiairement, a eu tort de décider qu'il n'y avait pas eu violation des droits que le requérant tient de l'article 7.



During the hearing of this application, counsel for the applicant also raised the issue of the alleged violation of section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He noted that the applicant had sought to raise this matter in his appearance before the respondent Independent Chairperson, when he represented himself as was the practice in these disciplinary proceedings.

The respondent urges that the applicant does not appear to be challenging the lawfulness of a policy of requiring inmates to submit to strip searches after contact visits, rather the only objection is to the order to bend over for a visual rectal search as part of the strip search practice. The applicant has, however, submitted in its memorandum:

21. It is respectfully submitted that the legal authorization for the conducting of searches by Correctional Officers is limited to section 41(2)(c) of the *Penitentiary Service Regulations* which empowers any member of the Correctional Service to search "any inmate or inmates where a member considers such action reasonable to detect the presence of contraband or maintain the good order of the institution".

*Penitentiary Service Regulations*, section 41(2)(c)

22. It is respectfully submitted that section 41(2)(c) is *ultra vires* the Constitution of Canada in as much as it is in violation of section 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and as such is of no force and effect.

The respondent notes that "doubt has been cast on the validity of section 41(2)(c) of the *Penitentiary Service Regulations*", but argues that "this is not the appropriate vehicle in which to test this issue as a declaration must be sought by way of action".

I agree with counsel for the respondent in this regard. The notice of application indicates that the applicant seeks only an order in the nature of *certiorari* to quash the decision of the respondent. It does not give notice that the applicant seeks a declaration that paragraph 41(2)(c) of the *Penitentiary Service Regulations* [as am. by SOR/80-462, s. 1; SOR/88-547, s. 1] is invalid. If declaratory relief were sought the Court's Rules require that this be by action, not by an originating motion, unless the respondent consents to proceeding and the parties place on the record an agreed statement of all the facts on which the issues are to

Au cours de l'audition de la présente demande, l'avocat du requérant soulève également la question de la prétendue violation de l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il fait remarquer que le requérant avait cherché à soulever cette question dans sa comparution devant le président indépendant intimé, au cours de laquelle il se représentait lui-même comme c'était la pratique dans ces procédures disciplinaires.

L'intimé insiste sur le fait que le requérant ne semble pas contester la légitimité d'une politique qui consiste à exiger des détenus qu'ils se soumettent à des fouilles à nu après les visites-contacts, mais que la seule objection porte sur l'ordre de se pencher en vue d'une fouille rectale visuelle dans le cadre de la pratique de la fouille à nu. Le requérant a toutefois prétendu dans sa note:

[TRADUCTION] 21. Il est respectueusement allégué que l'autorisation légale de la conduite des fouilles par les agents de correction est limitée à l'alinéa 41(2)c) du *Règlement sur le service des pénitenciers*, qui autorise un agent du Service correctionnel à fouiller «un détenu ou des détenus, lorsqu'un agent considère une telle mesure raisonnable et nécessaire pour déceler la présence de contrebande ou pour assurer le bon ordre au sein de l'institution».

*Règlement sur le service des pénitenciers*, alinéa 41(2)c)

22. Il est respectueusement allégué que l'alinéa 41(2)c) est *ultra vires* la Constitution du Canada, vu qu'il viole les articles 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et est donc inopérant.

L'intimé fait remarquer que [TRADUCTION] «on a émis des doutes sur la validité de l'alinéa 41(2)c) du *Règlement sur le service des pénitenciers*», mais il prétend qu'il ne s'agit pas du moyen approprié pour faire examiner cette question puisqu'un jugement déclaratoire doit être demandé par voie d'action».

Je suis d'accord avec l'avocat de l'intimé à cet égard. Il ressort de l'avis de demande que le requérant cherche seulement à obtenir une ordonnance de *certiorari* pour faire annuler la décision de l'intimé. Cet avis ne fait pas savoir que le requérant conclut à un jugement déclaratoire portant que l'alinéa 41(2)c) du *Règlement sur le service des pénitenciers* [mod. par DORS/80-462, art. 1; DORS/88-547, art. 1] est invalide. Si un jugement déclaratoire est demandé, les Règles de la Cour exigent que ce soit par voie d'action et non par voie de requête introductive d'instance, à moins que l'intimé ne consente à l'action et que les parties ne

be adjudicated,<sup>1</sup> circumstances which do not prevail in this case.

The applicant's prayer for relief and the facts alleged in his affidavit do not put in issue the strip searching of inmates in general, or even following contact visits. It raises only the issue of the validity of the order to "bend over" as part of the process of a strip search, and only in so far as that relates to the validity of the respondent's decision.

The following issues are accordingly raised by this application:

- a) Did the Chairperson err by refusing to consider the application of the Charter in determining whether the order was lawful?
- b) Was the order to "bend over" authorized by law?
- c) Was the order contrary to sections 7 and/or 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore unlawful?

#### The regulatory framework

Before dealing with the issues it is convenient to set out the regulations, directives and standing orders which are relevant in this case.

Paragraphs 39(a) and 41(2)(c) of the *Penitentiary Service Regulations*, C.R.C., c. 1251 as amended, provide as follows:

39. Every inmate is guilty of a disciplinary offence who

(a) disobeys or fails to obey a lawful order of a member,

41. ...

(2) Subject to subsection (3), [which reads: "No female person shall be searched pursuant to subsection (2) except by a female person"], any member may search

(c) any inmate or inmates, where a member considers such action reasonable to detect the presence of contraband or to maintain the good order of an institution; ...

The Correctional Service of Canada Commissioner's Directive Number 571, dated 1987-03-01, includes the following under the heading "Searches of Persons":

<sup>1</sup> *Wilson v. Minister of Justice*, [1985] 1 F.C. 586 (C.A.), per Mahoney J.A., at p. 589.

versent au dossier un exposé conjoint de tous les faits sur lesquels les questions en litige devront être tranchées<sup>1</sup>, circonstances qui ne prévalent pas en l'espèce.

<sup>a</sup> La demande de redressement du requérant et les faits allégués dans son affidavit ne mettent pas en question la fouille à nu des détenus en général, ou même après les visites-contacts. Cette demande soulève seulement la question de la validité de l'ordre de «se pencher» dans le cadre de la pratique d'une fouille à nu, et seulement dans la mesure où cela se rapporte à la validité de la décision de l'intimé.

<sup>c</sup> La présente demande soulève donc les questions suivantes:

a) Le président a-t-il eu tort de refuser d'examiner l'application de la Charte pour déterminer si l'ordre était légitime?

<sup>d</sup> b) L'ordre de «se pencher» était-il autorisé par la loi?

c) L'ordre allait-il à l'encontre de l'article 7 ou de l'article 8 ou de ces deux articles de la *Charte canadienne des droits et libertés* et était-il donc illégitime?

#### e Le cadre réglementaire

Avant d'aborder les points litigieux, il convient d'exposer les règlements, les directives et les ordres permanents applicables à l'espèce.

<sup>f</sup> Les alinéas 39a) et 41(2)c) du *Règlement sur le service des pénitenciers*, C.R.C., chap. 1251, modifié, sont ainsi rédigés:

39. Est coupable d'une infraction à la discipline, un détenu qui

<sup>g</sup> a) désobéit ou omet d'obéir à un ordre légitime d'un agent;

41. ...

<sup>h</sup> (2) Sous réserve du paragraphe (3), [qui est ainsi conçu: «Une personne du sexe féminin qui est fouillée aux termes du paragraphe (2) ne peut être fouillée que par une personne du même sexe»], un agent peut fouiller

<sup>i</sup> c) un détenu ou des détenus, lorsqu'un agent considère une telle mesure raisonnable et nécessaire pour déceler la présence de contrebande ou pour assurer le bon ordre au sein d'une institution; ...

La Directive n° 571, en date du 1-3-1987, du Commissaire du Service correctionnel du Canada comprend ce qui suit sous la rubrique «Fouilles des personnes»:

<sup>1</sup> *Wilson c. Ministre de la Justice*, [1985] 1 C.F. 586 (C.A.), le juge Mahoney, J.C.A., à la p. 589.

5. Searches shall always be conducted with due regard for privacy and for the dignity of the individual being searched.

7. When searching a person, one of the following methods may be used and any one of these methods may include the search of objects in his or her possession:

a. A frisk search is a hand search of a clothed person from head to foot . . .

b. A strip search is a visual search of a completely unclothed person and requires the individual to bend over to allow a visual inspection of cavity areas. It shall be conducted by a staff member of the same sex and normally in the presence of a witness. This witness shall also be of the same sex. Furthermore, all clothing and possessions are to be searched;

c. A body cavity search is a strip search with a physical examination of all body openings . . .

Kingston Penitentiary's Standing Order with respect to searching inmates, Number 571-2 dated October 31, 1987 contains a definition of "skin search", which appears to relate to the "strip search" included in the Commissioner's Directive 571, in the following terms:

Skin search: a skin search means the inmate shall be stripped of his clothing, in private surroundings, and thoroughly searched. A visual inspection of his person including mouth, feet, and all other orifices shall be done. The inmate will be required to bend over to give a full view of rectal and genital [*sic*] areas. The searching officers shall not touch the inmate with the exception of head hair. Two officers shall be present with a correctional officer supervising.

While not relevant for this proceeding I note that after the events giving rise to this application, in July 1988, the Standing Order 571-2 was amended at the end of the third sentence to include the words "he will, however, not be required to spread his buttocks." Kenneth Harvey Payne, who as Warden of Kingston Penitentiary from September 1987 to January 1989, was responsible for preparation of Standing Order 571-2 relating to searches and search procedures, avers by affidavit:

The definitions were in accord with the definition of "strip search" contained in paragraph 7(b) of the Commissioner's Directive 571 and specified that the inmate being searched was required to bend over to give a full view of rectal and genital areas.

The Standing Order also provided:

5. Lors des fouilles, il faut toujours respecter la dignité de la personne fouillée et faire preuve de discrétion.

7. Il y a trois façons de fouiller des personnes, et chacune peut inclure la fouille des objets qu'elles ont en leur possession.

a. La fouille par palpation est l'examen par palpation d'une personne habillée, effectué le long du corps, de la tête aux pieds . . .

b. Une personne faisant l'objet d'une fouille à nu doit se dévêtir complètement, être soumise à un examen visuel et se pencher de manière à permettre une inspection visuelle des cavités. Toute fouille à nu doit être effectuée par un membre du même sexe et habituellement en présence d'un témoin. Ce témoin doit également être du même sexe. De plus, tous les vêtements et les effets sont également examinés.

c. Un examen des cavités corporelles est une fouille à nu comprenant un examen par palpation de toutes les cavités corporelles.

L'Ordre permanent du pénitencier de Kingston relatif à la fouille des détenus, numéro 571-2, en date du 31 octobre 1987, contient une définition de «*skin search*» (fouille à nu), qui semble se rapporter à la «*strip search*» (fouille à nu) figurant dans la Directive 571 du Commissaire:

[TRADUCTION] Fouille à nu: une fouille à nu signifie que le détenu doit se dévêtir dans un endroit privé, et qu'on le fouille complètement. Doit être faite une inspection visuelle de sa personne, dont la bouche, les pieds et tous les autres orifices. On obligera la détenu à se pencher pour exposer pleinement ses parties rectale et génitale. Les agents qui procèdent à la fouille ne doivent pas toucher le détenu sauf les cheveux. Deux agents doivent être présents sous la surveillance d'un agent de correction.

Je fais remarquer que, bien que cette remarque ne se rapporte pas à la présente procédure, après les événements qui ont donné lieu à la présente demande, en juillet 1988, on a modifié la fin de la troisième phrase de l'Ordre permanent 571-2 pour inclure les mots [TRADUCTION] «il ne sera toutefois pas requis d'écartier ses fesses». Kenneth Harvey Payne, qui, en tant que directeur du pénitencier de Kingston de septembre 1987 à janvier 1989, était chargé de la rédaction de l'Ordre permanent 571-2 relatif aux fouilles et aux procédures de fouille, déclare dans son affidavit:

[TRADUCTION] Les définitions correspondaient à la définition de «fouille à nu» figurant à l'alinéa 7b) de la directive 571 du Commissaire, et précisait que le détenu faisant l'objet de la fouille était tenu de se pencher pour exposer pleinement ses parties rectale et génitale.

L'Ordre permanent prévoyait également:

5. Searching of inmates shall be carried out regularly and systematically to prevent inmates from being in possession of contraband.

6. Inmates shall be searched:

c. when arriving and leaving the visiting area.

8. ... In addition, the inmates returning from an open visit will be skin searched in the Visits and Correspondence area.

I turn now to a consideration of the three issues raised by this application, as stated above.

(a) Did the chairperson err by refusing to consider the application of the Charter in determining whether the order was lawful?

The applicant submits, in essence, that the Independent Chairperson had jurisdiction to hear a Charter defence raised by the applicant at his original hearing, and that in failing to address the Charter issues the Chairperson erred. The applicant argues that subsection 38.1(2) of the *Penitentiary Service Regulations* [as am. by SOR/80-209, s. 3; SOR/85-640, s. 3] imposes upon the Independent Chairperson the responsibility to hear the accused's defence, and that nothing in subsection 38.1(2) limits the availability of Charter defences. A threshold question to be determined in a charge laid pursuant to paragraph 39(a) of the *Regulations* is, the applicant submits, the lawfulness of the order, and it is accordingly argued that:

... the Independent Chairperson exceeded his jurisdiction in finding the Applicant guilty without first addressing the issue of the lawfulness of the order which was directed at the Applicant.

The respondent argues that the applicant's memorandum of law and argument was prepared without the benefit of the transcript of the disciplinary hearing, and that:

It is now clear from even the most cursory review of same that the Independent Chairperson, in fact, very carefully examined the only defence that the Applicant was advancing, namely that of alleging that the order was unlawful.

On reading the transcript, submitted as an exhibit to an affidavit filed on behalf of the respondent, I find that the respondent's submission must be accepted. Section 7 of the Charter was not mentioned by the applicant during his disciplinary

[TRADUCTION] 5. La fouille des détenus doit être effectuée régulièrement et systématiquement pour empêcher que les détenus ne soient en possession de contrebande.

6. Les détenus doivent être fouillés:

a. lorsqu'ils arrivent à la zone des visites et quittent celle-ci.

8. ... En outre, les détenus qui reviennent d'une visite feront l'objet d'une fouille à nu dans la zone des visites et de la correspondance.

Je vais maintenant examiner les trois questions soulevées par la présente demande, telles qu'elles ont été exposées ci-dessus.

a) Le président a-t-il eu tort de refuser d'examiner l'application de la Charte pour déterminer si l'ordre était légitime?

Le requérant prétend essentiellement que le président indépendant avait compétence pour connaître d'une défense fondée sur la Charte qu'a invoquée le requérant à son audition initiale, et que, en omettant d'aborder les questions relatives à la Charte, le président a commis une erreur. Le requérant prétend que le paragraphe 38.1(2) du *Règlement sur le service des pénitenciers* [mod. par DORS/80-209, art. 3; DORS/85-640, art. 3] impose au président la responsabilité d'entendre la défense de l'accusé, et que rien dans ce paragraphe ne limite le recours aux défenses fondées sur la Charte. Le requérant prétend qu'il faut trancher une question préliminaire dans une accusation portée en vertu de l'alinéa 39a) du *Règlement*, savoir la légitimité de l'ordre, et il soutient donc que:

[TRADUCTION] ... le président indépendant a outrepassé sa compétence en déclarant le requérant coupable sans aborder au préalable la question de la légitimité de l'ordre qui le visait.

L'intimé fait valoir que l'exposé des points de droit et d'arguments du requérant a été rédigé sans s'appuyer sur la transcription de l'audience disciplinaire, et que:

[TRADUCTION] Il ressort même de l'examen le plus superficiel de la transcription que le président indépendant a, en fait, soigneusement examiné le seul moyen de défense invoqué par le requérant, savoir que l'ordre était illégitime.

Prenant connaissance de la transcription, soumise comme pièce jointe à un affidavit déposé pour le compte de l'intimé, j'estime que l'argument de l'intimé doit être accueilli. Le requérant n'a pas fait état de l'article 7 de la Charte au cours de son

hearing. He did mention section 8 of the Charter, briefly, on one occasion, as he was discussing the recommendations of the Law Reform Commission with respect to strip searching. The applicant's discussion of section 8, in its entirety, is recorded as follows:

I brought that [Working Paper 30 of the Law Reform Commission of Canada] in view of the descriptions that have been made about the *Canadian Charter of Rights*, Section 8, regarding strip searches, and what not, and it's all included there. Including the very explicit acts that were required by the police in times of old, regarding the anal cavity and vaginal searches, and so forth, so on.

At no time during the hearing did the applicant himself advance the argument that the section of the *Penitentiary Service Regulations* authorizing the search breached his rights pursuant to section 7 and/or section 8 of the Charter. While the applicant presented his case competently, his arguments were limited to his general submission that the order to "bend over" was unlawful since nothing in the *Penitentiary Service Regulations* sanctioned such an order.

It seems apparent from the transcript that when the disciplinary hearing commenced, the applicant was not aware of the Commissioner's Directive Number 571 and the specific reference in paragraph 7.b of that directive to the requirement in the course of a strip search for the person being searched "to bend over to allow a visual inspection of cavity areas". When that was clarified the applicant further argued that Commissioner's Directives do not have the force of law. The applicant's own summary of his argument, and the portion of the Independent Chairperson's response and reasons for convicting the applicant of the disciplinary offence in question have been transcribed as follows:

MR. WARRINER: I think my point was that the officer didn't have the lawful authority to make a lawful order towards me in that respect. And on that point, I think, you would find this in the *Martins Related Criminal Statutes*. It is a case that brings it right to that point regarding the lawfulness or the unlawfulness of an order pertaining to a Commissioner's directive.

CHAIRMAN: Okay, but what I'm saying to you is that you probably have an argument to make. I've listened to your argument, but then I've also read the *Penitentiary Services Regulations*, the Commissioner's directive, and *Robertson Yoemans*, the case that I've cited to you. And based on those

audience disciplinaire. Il a effectivement mentionné l'article 8 de la Charte, brièvement, à une seule occasion, pendant qu'il discutait des recommandations de la Commission de réforme du droit relatives à la fouille à nu. La discussion par le requérant de l'article 8 est enregistrée, dans sa totalité, comme suit:

[TRADUCTION] Je l'ai apporté [Document de travail n° 30 de la Commission de réforme du droit du Canada] étant donné les descriptions qui ont été faites au sujet de la *Charte canadienne des droits*, article 8, pour ce qui est des fouilles à nu, et bien d'autres choses encore, et tout y est inclus, notamment les actes très explicites exigés par la police de jadis, relativement aux fouilles de la cavité anale et du vagin, et ainsi de suite.

Le requérant lui-même n'a à aucun moment de l'audience invoqué l'argument selon lequel l'article du *Règlement sur le service des pénitenciers* autorisant la fouille violait les droits qu'il tient de l'article 7 ou de l'article 8 ou de ces deux articles de la Charte. Bien que le requérant ait présenté sa cause d'une façon compétente, ses arguments étaient limités à l'idée générale que l'ordre de «se pencher» était illégitime, puisque rien dans le *Règlement sur le service des pénitenciers* n'approuvait un tel ordre.

Il ressort, semble-t-il, de la transcription que, lorsque l'audience disciplinaire a commencé, le requérant n'était au courant ni de la directive numéro 571 du Commissaire ni de la mention expresse à l'alinéa 7.b de cette directive de l'obligation, au cours d'une fouille à nu, pour la personne faisant l'objet de la fouille de «se pencher de manière à permettre une inspection visuelle des cavités». Cela clarifié, le requérant prétend en outre que les directives du Commissaire n'ont pas force de loi. Le propre résumé que le requérant a fait de son argument, la partie de la réponse du président indépendant et des motifs qu'il a invoqués pour déclarer le requérant coupable de l'infraction à la discipline en question ont été transcrits comme suit:

[TRADUCTION] M. WARRINER: J'estime que l'agent n'avait pas l'autorisation légale de me donner un ordre légitime à cet égard. Et à ce sujet, selon moi, vous le trouverez dans *Martins Related Criminal Statutes*. Il s'agit d'une affaire qui porte justement sur la légitimité ou l'illégitimité d'un ordre relatif à la directive du Commissaire.

LE PRÉSIDENT: D'accord, mais ce que je vais vous dire est que vous avez probablement un moyen à invoquer. J'ai écouté votre argument, mais j'ai également pris connaissance du *Règlement sur le service des pénitenciers*, de la directive du Commissaire, et de la décision *Robertson Yoemans*, l'affaire

three things taken together, I've come to the conclusion that, in fact, it is a lawful search that they asked to perform on you, and that the officer did have authority to ask you to bend over so that he could do a cavity inspection, or whatever it's called in the Commissioner's directives. And I'm saying principally it's because of this decision by Gibson that says that this type of procedure is lawful at Kent Institution, based on a policy that they would do this after all open visits, and that's exactly what happened here.

It is clear to me from a careful review of the transcript that the applicant was given ample opportunity to answer the charges and raise a defence, and moreover, that the Independent Chairperson addressed the issue of the lawfulness of the order as questioned by the applicant. The applicant did not raise the issue of the applicability of the Charter to his situation during the course of the disciplinary hearing, and accordingly I conclude that the Chairperson did not err by failing to address Charter issues, as alleged.

In light of this conclusion, I find it unnecessary to review the authorities cited by counsel which deal with the responsibility of an administrative tribunal to consider Charter issues. For the record I do note that my colleague Mr. Justice Teitelbaum decided, subsequent to the hearing in this matter, that an independent chairperson of another similar disciplinary tribunal had authority and responsibility to consider a Charter defence to a disciplinary charge.<sup>2</sup>

(b) Was the order to "bend over" authorized by law?

The second of the applicant's grounds for this application states:

There is nothing prescribed by law, entitling a prison official to order an inmate not merely to remove his clothing but to bend over to touch his toes while nude; . . .

The applicant elaborates, in his memorandum of fact and law:

21. It is respectfully submitted that the legal authorization for the conducting of searches by Correctional Officers is limited to section 41(2)(c) of the *Penitentiary Service Regulations* which empowers any member of the Correctional Service to search "any inmate or inmates where a member considers such

<sup>2</sup> *Hanna v. Matsqui Institution Disciplinary Court* (not yet reported, July 13, 1990, F.C.T.D., Court File No. T-1479-90).

que je vous ai citée. Et compte tenu de ces trois choses prises ensemble, j'en suis arrivé à la conclusion que, en fait, il s'agit d'une fouille légale qu'ils ont demandé à effectuer sur vous, et que l'agent avait effectivement l'autorisation de vous demander de vous pencher afin qu'il pût faire une inspection des cavités, ou tout ce qu'on appelle dans les directives du Commissaire. Et je dis surtout que c'est à cause de cette décision de Gibson qui dit que ce type de procédure est légale à l'établissement Kent, selon la politique selon laquelle cela se ferait après toutes les visites, et que c'est exactement ce qui s'est produit en l'espèce.

Un examen attentif de la transcription me permet de dire que le requérant a eu amplement la possibilité de répondre aux accusations et d'invoquer des moyens de défense et que le président indépendant a abordé la question de la légitimité de l'ordre soulevée par le requérant. Celui-ci n'a pas soulevé la question de l'applicabilité de la Charte à sa situation au cours de l'audience disciplinaire, et je conclus en conséquence que le président n'a pas commis d'erreur en omettant d'aborder les questions relatives à la Charte comme on l'a prétendu.

Compte tenu de cette conclusion, je trouve inutile d'examiner la jurisprudence citée par l'avocat, laquelle jurisprudence traite de l'obligation par un tribunal administratif d'examiner les questions relatives à la Charte. Pour mémoire, je note effectivement que mon collègue le juge Teitelbaum a décidé, par suite de l'audition en la matière, qu'un président indépendant d'un autre tribunal disciplinaire semblable avait le pouvoir et l'obligation d'examiner un moyen de défense fondé sur la Charte à l'égard d'une accusation disciplinaire<sup>2</sup>.

(b) L'ordre de «se pencher» était-il autorisé par la loi?

Le deuxième motif invoqué par le requérant dans la présente demande est le suivant:

[TRADUCTION] Rien dans la loi ne permet à un agent de prison d'ordonner à un détenu non seulement d'enlever ses vêtements, mais aussi de se pencher en avant pour toucher sesorteils pendant qu'il est nu; . . .

Dans son exposé des points de droit et de fait, le requérant donne les détails suivants:

[TRADUCTION] 21. Il est respectueusement allégué que l'autorisation légale de la conduite des fouilles par les agents de correction est limitée à l'alinéa 41(2)c) du *Règlement sur le service des pénitenciers*, qui autorise un agent du Service correctionnel à fouiller «un détenu ou des détenus, lorsqu'un

<sup>2</sup> *Hanna c. Tribunal disciplinaire de l'établissement de Matsqui* (encore inédit, 13 juillet 1990, C.F. 1<sup>re</sup> inst., n° du greffe: T-1479-90).

action reasonable to detect the presence of contraband or maintain the good order of the institution”.

23. It is respectfully submitted that the Commissioner’s Directives, number 571, (dated March 1, 1987) defines a strip search as a “visual search of a completely unclothed person and requires the individual to bend over to allow a visual inspection of cavity areas”.

24. It is respectfully submitted that the Commissioner’s Directives do not have the force of law.

The respondent, “for the purposes of this proceeding and in the first instance”, does not dispute the proposition that Commissioner’s Directives “and presumably the Penitentiary’s Standing Orders” do not have the force of law, a position implicitly recognizing jurisprudence that has discussed the status of Commissioner’s Directives.<sup>3</sup> The Directive and Standing Order that here provided for the strip search are not considered law but merely administrative or internal policy for operations of the Correctional Service. In another case I commented on this view, as follows:<sup>4</sup>

It may be that upon reflection the Supreme Court or the Court of Appeal itself will qualify this application of *Martineau*, which was primarily concerned with the meaning to be given to section 28 of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] and not with review of issues arising in relation to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As I read *Weatherall*, *supra*, the Court of Appeal was invited to adopt this approach but declined to do so. Nevertheless, in the world of government operations today a variety of initiatives are taken as outlined by a variety of documents and instruments purporting to be under general statutes and regulations, as the Government of Canada’s Regulatory Reform Program itself implicitly acknowledges. There is much to be said for a broad judicial conception of what constitutes law or legal action if the Charter of Rights is to be given full scope in its application to governmental action. Until that is recognized the decision of the Court of Appeal in *Weatherall* precludes review of the question in the Trial Division of this Court.

<sup>3</sup> See: Strayer J. in *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 F.C. 369 (T.D.), at p. 413; and *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 F.C. 18 (C.A.) *per* Stone J.A., at pp. 31-36. See also: Pigeon J. in *Martineau et al. v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board* [Martineau No. 1], [1978] 1 S.C.R. 118, at p. 129 and also, *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board* [Martineau No. 2], [1980] 1 S.C.R. 602, at pp. 631-632.

<sup>4</sup> *Jackson v. Joyceville Penitentiary*, [1990] 3 F.C. 55 (T.D.), at p. 91.

agent considère une telle mesure raisonnable et nécessaire pour déceler la présence de contrabande ou pour assurer le bon ordre au sein de l’institution».

a 23. Il est respectueusement allégué que les directives du Commissaire, numéro 571 (en date du 1<sup>er</sup> mars 1987) définissent une fouille à nu comme suit: «Une personne faisant l’objet d’une fouille à nu doit se dévêtir complètement, être soumise à un examen visuel et se pencher de manière à permettre une inspection visuelle des cavités.»

b 24. Il est respectueusement allégué que les directives du Commissaire n’ont pas force de loi.

L’intimé, [TRADUCTION] «aux fins de la présente procédure et en premier lieu», ne conteste pas l’idée que les directives du Commissaire et [TRADUCTION] «probablement les ordres permanents du pénitencier» n’ont pas force de loi, position qui reconnaît implicitement la jurisprudence qui a examiné le statut des directives du Commissaire<sup>3</sup>. La directive et l’ordre permanent qui en l’espèce prévoyaient la fouille à nu n’ont pas force de loi, mais constituent simplement une politique administrative ou interne pour les activités du Service correctionnel. Dans une autre affaire, j’ai commenté ce point de vue en ces termes<sup>4</sup>:

Peut-être la Cour suprême ou la Cour d’appel réexaminera-t-elle la question et limitera-t-elle la portée de l’arrêt *Martineau*, lequel traitait avant tout du sens qu’il faut donner à l’article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970, 2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10] et non pas des questions découlant de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Si je ne m’abuse, on a demandé à la Cour d’appel dans l’affaire *Weatherall*, précitée, de retenir cette solution mais elle s’en est abstenue. Néanmoins, dans le vaste domaine des activités de l’État aujourd’hui, diverses actions sont accomplies dans l’application de divers actes et instruments censés avoir été pris en conformité avec des lois et des textes réglementaires de portée générale, comme le reconnaît implicitement le Programme de la réforme de la réglementation fédérale. Les tribunaux seraient peut-être bien avisés en adoptant une interprétation large de ce qui constitue une règle de droit ou une action prévue par la loi si la Charte des droits doit s’appliquer intégralement à l’action de l’État. En attendant que ce principe soit reconnu, la décision de la Cour d’appel dans l’affaire *Weatherall* empêche la Section de première instance de cette Cour d’examiner cette question.

<sup>3</sup> Voir: Le juge Strayer dans *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 C.F. 369 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 413; et *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 C.F. 18 (C.A.), le juge Stone, J.C.A., aux p. 31 à 36. Voir également: le juge Pigeon dans *Martineau et autre c. Comité de discipline des détenus de l’Institution de Matsqui* [Martineau n° 1], [1978] 1 R.C.S. 118, à la p. 129, et également *Martineau c. Comité de discipline de l’Institution de Matsqui* [Martineau n° 2], [1980] 1 R.C.S. 602, aux p. 631 et 632.

<sup>4</sup> *Jackson c. Pénitencier de Joyceville*, [1990] 3 C.F. 55 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 91.

Paragraph 41(2)(c) of the Regulations confers a broad power upon any member of the Correctional Service to search an inmate or inmates where a staff member considers that to do so is reasonable to detect the presence of contraband or to maintain the good order of an institution. No limits are set out for the exercise of this authority, except that it be for the purposes included in the Regulation. On a literal reading, in my view, the Regulation does not require the searching officer, as opposed to some other member in authority, to consider a search reasonable for the purposes set out. The facts giving rise to this application clearly indicate that the search here was a matter of routine within the Standing Order for Kingston Penitentiary, following a contact visit, a situation which the affidavit evidence of Mr. Payne, Warden at the time of the search, as noted below, clearly indicates was one where he considered the process necessary, for reasons that he states, to detect the presence of contraband. While no definition and no specific procedure for a "search" is set out in the Regulations, I conclude that the Commissioner, responsible for the administration of the Correctional Service and of penitentiaries, was free to establish definitions and procedures for searches for the general purposes described in paragraph 41(2)(c). Provided that the policy and guidelines established do not extend to matters or purposes beyond the Act and Regulations then they are within the authority for searching inmates as provided in paragraph 41(2)(c).

Aside from considerations arising in relation to the Charter, which I address in relation to the final issue here raised, I follow the conclusion of Mr. Justice Gibson of this Court in *Robertson v. Yeomans*<sup>5</sup> that a search within subsection 41(2) of the Regulations may lawfully include a "skin frisk" or strip search which includes a "thorough examination of body and body cavities".

In *Robertson*, Mr. Justice Gibson was called upon to consider the arguments that orders to skin frisk were inconsistent with subsection 41(2) of the *Penitentiary Service Regulations*, or alternatively that if they were consistent, doing skin frisks on a routine and universal basis was unlawful because

En vertu de l'alinéa 41(2)c) du Règlement, un membre du Service correctionnel dispose d'un large pouvoir, celui de fouiller un détenu ou des détenus lorsqu'il considère une telle mesure raisonnable pour déceler la présence de contrabande ou pour assurer le bon ordre au sein d'une institution. Rien ne limite l'exercice de ce pouvoir, sauf que cet exercice doit correspondre aux fins prévues par le Règlement. À mon avis, il ressort d'une interprétation littérale que le Règlement n'exige pas que l'agent qui procède à la fouille, par opposition à un agent en position d'autorité, considère une fouille raisonnable pour les fins fixées. Les faits qui ont donné lieu à la présente demande indiquent clairement que la fouille en l'espèce était une question de routine prévue par l'ordre permanent du pénitencier de Kingston, par suite d'une visite-contact, situation qui, selon le témoignage sous forme d'affidavit rendu par M. Payne, directeur à l'époque de la fouille, ainsi qu'il a été noté ci-dessus, était une situation où il a considéré le processus nécessaire, pour les motifs qu'il invoque, pour déceler la présence de contrebande. Bien que le Règlement ne donne aucune définition ni ne prévoit de procédure en matière de «fouille», je conclus qu'il était loisible au Commissaire, responsable de l'administration du Service correctionnel et des pénitenciers, d'établir des définitions et des procédures de fouille pour les fins générales prévues à l'alinéa 41(2)c). Si la politique et les lignes directrices établies correspondent aux questions ou aux fins envisagées par la Loi et le Règlement, elles relèvent alors du pouvoir de fouiller des détenus prévu à l'alinéa 41(2)c).

À part les considérations découlant de la Charte, que j'aborde par rapport à la question finale soulevée en l'espèce, je fais mienne la conclusion du juge Gibson dans l'affaire *Robertson c. Yeomans*<sup>5</sup> selon laquelle une fouille au sens du paragraphe 41(2) du Règlement peut légalement inclure une «fouille à nu» qui comprend un «examen complet du corps et des cavités du corps».

Dans l'affaire *Robertson*, on a demandé au juge Gibson d'examiner les arguments selon lesquels les ordres de fouiller à nu étaient en conflit avec le paragraphe 41(2) du *Règlement sur le service des pénitenciers* ou, subsidiairement, s'il n'y avait pas incompatibilité, procéder à des fouilles à nu habi-

<sup>5</sup> [1982] 1 F.C. 53 (T.D.), particularly at p. 60.

<sup>5</sup> [1982] 1 C.F. 53 (1<sup>re</sup> inst.), particulièrement à la p. 60.



of the lack of reasonable and probable grounds on the part of the member of the Penitentiary Service directing the search. Noting that following the decision of Mr. Justice Cattanach in *Gunn v. Yeomans*,<sup>6</sup> subsection 41(2) of the Regulations was amended (on June 20, 1980) to remove inconsistency between standing orders of various institutions of the Penitentiary Service and the Regulation as it originally provided, Gibson J. found relevant to the case before him the words of Mr. Justice Cattanach in *Gunn* regarding the efficacy of skin frisking in the light of its declared purpose:

The plaintiff in his testimony expressed the belief that skin frisking was deliberately imposed to degrade and humiliate inmates and not for any other purpose. If that were so the Standing Order directed to be rigidly enforced by Mr. Caros would be unlawful as effecting an ulterior purpose.

It is not my function to substitute my opinion for that of the institutional head as to the most effective methods to ensure the safety and security of the institution for which he was responsible. Skin frisking is an accepted procedure throughout the Penitentiary Service and I must, therefore, accept the premise that it is the most effective method of search for contraband not required to be conducted by medical personnel and accepting that premise, as I have, it follows that it was not invoked for any ulterior purpose.<sup>7</sup>

#### Mr. Justice Gibson concluded:

With this view I agree.

In the result, therefore, based on the whole of the evidence and especially the evidence of John Dowsett, Warden and Institutional Head of Kent Institution, an experienced and competent administrator with respect to security matters generally and in particular in maximum security federal penitentiaries, I am of opinion that since 20 June 1980 skin frisks of inmates at Kent Institution after open visits are lawful.

His orders [i.e., Warden Dowsett's] for skin frisks are within his authority as a member of the Penitentiary Service and in accordance with section 41(2) of the *Penitentiary Service Regulations*.

Further, it follows that there is no basis for the submission that section 41(2) is *ultra vires* based on the point of lack of reasonable and probable grounds for believing on the part of a member of the Penitentiary Service at the time skin frisks are ordered that such skin searches are necessary to detect the presence of contraband or to maintain the good order of Kent Institution.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> [1981] 2 F.C. 99 (T.D.).

<sup>7</sup> *Idem*, at pp. 107-108.

<sup>8</sup> *Supra*, note. 5, at p. 60.

tuelles et universelles était illégal en raison du défaut de motifs raisonnables et probables de la part de l'agent du Service des pénitenciers qui a ordonné la fouille. Notant que, par suite de la décision rendue par le juge Cattanach dans l'affaire *Gunn c. Yeomans*<sup>6</sup>, le paragraphe 41(2) du Règlement a été modifié (le 20 juin 1980) pour faire disparaître le conflit entre les ordres permanents de diverses institutions du Service des pénitenciers et le Règlement dans la forme qu'il avait alors, le juge Gibson a trouvé applicables à l'affaire dont il était saisi les dires du juge Cattanach dans la décision *Gunn* au sujet de l'efficacité de la fouille à nu, examinée à la lumière de son objet déclaré:

Dans ses dépositions, le demandeur se déclare convaincu que la fouille à nu a été délibérément imposée dans le seul dessein d'avilir et d'humilier les détenus. S'il en était ainsi, l'ordre permanent, dont l'exécution stricte avait été ordonnée par M. Caros, serait illégitime parce qu'il cachait une arrière-pensée.

Il ne m'appartient pas de me substituer au chef d'institution pour ce qui est de concevoir la méthode la plus efficace d'assurer la sécurité et la protection de l'institution. La fouille à nu est une méthode reconnue au sein du Service des pénitenciers et je dois, par conséquent, admettre le postulat selon lequel il s'agit là de la fouille la plus efficace pour déceler les articles de contrebande et ne requérant pas l'intervention du personnel médical. Une fois ce postulat admis, je dois conclure qu'il n'y a pas eu arrière-pensée.<sup>7</sup>

#### Le juge Gibson a conclu:

Je partage cette opinion.

En résumé, donc, vu l'ensemble de la preuve administrée, particulièrement le témoignage de John Dowsett, directeur et chef d'institution de Kent, administrateur compétent et expérimenté en matière de sécurité en général et en particulier pour ce qui est des pénitenciers fédéraux à sécurité maximum, je suis d'avis que depuis le 20 juin 1980 les fouilles à nu des détenus de Kent, après les visites, sont licites.

Ses consignes [c.-à-d. celles du directeur Dowsett] de procéder à des fouilles à nu entrent dans sa compétence comme membre du Service des pénitenciers et sont conformes à l'article 41(2) du *Règlement sur le service des pénitenciers*.

En outre, il s'ensuit qu'il n'y a aucun fondement qui permette de soutenir que l'article 41(2) est un excès de pouvoir pour absence de motif raisonnable et probable d'un membre du Service des pénitenciers de croire qu'au moment où les fouilles à nu sont ordonnées, elles sont nécessaires pour déceler la présence de contrebande ou pour maintenir le bon ordre à l'établissement Kent.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> [1981] 2 C.F. 99 (1<sup>re</sup> inst.).

<sup>7</sup> *Idem*, aux p. 107 et 108.

<sup>8</sup> Susmentionné, renvoi 5, à la p. 60.

Following the decision of this Court in *Robertson v. Yeomans, supra*, and on my own reading of paragraph 41(2)(c) of the Regulations, I find that the order to “bend over” as an incident of the strip search required of the applicant, Warriner, following a contact visit in the visiting area of the institution, was authorized by law. The order was made pursuant to institutional Standing Orders and the Commissioner’s Directive, which though they were not in themselves law in the formal sense, were within the scope of paragraph 41(2)(c) of the Regulations.

(c) Was the order contrary to sections 7 and/or 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore unlawful?

The applicant submits that the order which the applicant refused to follow was not a lawful order as it was contrary to the rights and freedoms guaranteed in section 7 and in section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The respondent submits that, following Mr. Justice Strayer’s reasons in *Weatherall, supra*, section 7 is not applicable to this case, and that visual rectal searches are not unreasonable, in the circumstances here, within section 8 of the Charter. I propose to consider the arguments in relation to each of sections 7 and 8, in turn.

#### Section 7 of the Charter

The applicant submits that the order which the applicant refused to follow was not a lawful order, as it was contrary to the rights and freedoms contained in section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. There are three distinct elements of rights within section 7, the applicant argues, namely the right to life, to liberty and to security of the person, and if the actions complained of have the effect of depriving the individual of one of these rights, and that deprivation is not in accordance with the principles of fundamental justice, then such actions are contrary to section 7 of the Charter. Here it is urged that security of the person protected by section 7 is violated by an order that physically interferes with bodily integrity, the first object of a person’s individuality and freedom, with resulting humiliation, degradation and psychological trauma imposed by the state.

Par suite de la décision rendue par cette Cour dans l’affaire *Robertson c. Yeomans*, susmentionnée, et selon ma propre interprétation de l’alinéa 41(2)c) du Règlement, je conclus que l’ordre de «se pencher» donné au requérant Warriner dans le cadre de la fouille à nu et après une visite-contact dans la zone des visites de l’institution était autorisé par la loi. L’ordre a été donné en vertu des ordres permanents de l’institution et de la Directive du Commissaire qui, bien qu’ils n’eussent pas force de loi dans le sens formel, étaient visés par l’alinéa 41(2)c) du Règlement.

c) L’ordre allait-il à l’encontre de l’article 7 ou de l’article 8 ou de ces deux articles de la *Charte canadienne des droits et libertés* et était-il donc illégitime?

Le requérant fait valoir que l’ordre auquel il a refusé d’obéir n’était pas un ordre légitime parce qu’il violait les droits et libertés prévus aux articles 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L’intimé soutient que, par suite des motifs prononcés par le juge Strayer dans l’affaire *Weatherall* susmentionnée, l’article 7 ne s’applique pas en l’espèce, et que les fouilles rectales visuelles ne sont pas abusives dans les circonstances de l’espèce, au sens de l’article 8 de la Charte. Je me propose d’examiner les arguments relatifs à chacun des articles 7 et 8.

#### L’article 7 de la Charte

Le requérant soutient que l’ordre auquel il a refusé d’obéir n’était pas un ordre légitime, puisqu’il violait les droits et libertés prévus à l’article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Selon le requérant, il existe trois éléments distincts pour ce qui est des droits au sens de l’article 7, à savoir le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, et si les actes reprochés ont pour effet de priver l’individu de l’un quelconque de ces droits et que la privation ne soit pas conforme aux principes de justice fondamentale, ces actes vont donc à l’encontre de l’article 7 de la Charte. En l’espèce, on insiste sur le fait que la sécurité de la personne protégée par l’article 7 est violée par un ordre qui porte atteinte à l’intégrité physique, le premier objet de l’individualité et de la liberté d’une personne, avec pour conséquence l’humiliation, la dégradation et le trauma psychologique que cela entraîne.

Section 7 of the Charter provides:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

The respondent urges that the decision of Strayer J. in *Weatherall*, *supra*, be followed and that in light of his reasoning section 7 is not applicable here. On an earlier occasion, I was reluctant to accept the argument that section 7 of the Charter has no application at all to issues which arise in relation to searches, a matter clearly within section 8, and in *Jackson*, *supra*, I commented:

In *Weatherall* at trial Strayer J. held that section 7 of the Charter had no application to the issues before him which he held related clearly to section 8. The defendants submit a similar distinction might be drawn here. That submission I decline to accept because the circumstances here differ. Here there was no actual search of Jackson because he declined to provide a urine specimen. Instead, he was subject to disciplinary proceedings, with the possibility of serious penalties as though the search had proceeded and his urine specimen had tested positive for the presence of an intoxicant. It is true those proceedings were for failure to obey the order to provide a specimen, but those proceedings were a direct consequence of the requirement of a search. Disciplinary proceedings affect the liberty of the plaintiff, a right to which he is assured, with some qualifications, under section 7. Because of the direct link between disciplinary proceedings for failure to obey an order to provide a specimen, i.e. to permit a search, it seems to me appropriate in this case to consider section 41.1 in relation to section 7, as well as section 8, of the Charter.<sup>9</sup>

Here, however, the principle circumstances of the case do not much differ from those in *Spearman v. Disciplinary Tribunal of Collins Bay Penitentiary* [see *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 F.C. 369 (T.D.)], also dealt with by Strayer J. at the same time and in his decision in *Weatherall*. *Spearman* was an inmate who had been disciplined for failure to obey an order to submit to a frisk search by a female custodian, and who sought *certiorari* to quash the decision of the independent tribunal which convicted him. In this case, as in *Spearman*, the disciplinary process was invoked after failure to obey an order that there be a routine search of the person of an inmate. It would be artificial to dissociate

<sup>9</sup> *Jackson*, *supra*, note 4, at pp. 100-101.

L'article 7 de la Charte porte:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

L'intimé insiste pour que la décision rendue par le juge Strayer dans l'affaire *Weatherall*, susmentionnée, soit suivie et, compte tenu de son raisonnement, pour qu'on n'applique pas l'article 7 en l'espèce. À une occasion antérieure, j'étais peu disposé à accepter l'argument selon lequel l'article 7 ne s'applique nullement aux points litigieux découlant des fouilles, question qui relève clairement de l'article 8, et dans l'affaire *Jackson* susmentionnée, j'ai fait les commentaires suivants:

En première instance dans l'affaire *Weatherall*, le juge Strayer a décidé que l'article 7 de la Charte ne s'appliquait pas aux questions dont il était saisi et au sujet desquelles il a conclu qu'elles mettaient clairement en jeu l'article 8. Les défendeurs soutiennent qu'il y a lieu d'établir une distinction semblable en l'espèce. Je n'admets pas cet argument parce que les circonstances sont différentes. En l'espèce, Jackson n'a pas été fouillé parce qu'il a refusé de fournir un échantillon d'urine. Il a plutôt fait l'objet d'audiences disciplinaires et il était passible de sanctions sévères, tout comme s'il y avait eu une fouille et si les résultats de l'analyse d'urines avaient révélé la présence d'une substance hallucinogène. Il est vrai que ces audiences portaient sur l'omission d'obéir à l'ordre reçu de fournir un échantillon, mais elles découlaient directement de l'obligation de se soumettre à une fouille. Les audiences disciplinaires affectent la liberté du demandeur, droit qui lui est garanti, avec certaines réserves, par l'article 7. Étant donné le lien direct entre les audiences disciplinaires et l'omission d'obéir à l'ordre de fournir un échantillon, c'est-à-dire de permettre qu'une fouille soit effectuée, il me semble à propos dans cette affaire d'examiner l'article 41.1 du Règlement par rapport aux dispositions de l'article 7 ainsi que de l'article 8 de la Charte.<sup>9</sup>

En l'espèce, les principaux faits ne diffèrent pas beaucoup de ceux de l'affaire *Spearman c. Tribunal disciplinaire de l'établissement de Collins Bay* [voir: *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 C.F. 369 (1<sup>re</sup> inst.)], que le juge Strayer a également tranchée dans sa décision *Weatherall*. *Spearman* était un détenu qui a été puni pour n'avoir pas obéi à un ordre de se soumettre à une fouille par palpation par une gardienne, et qui a conclu à un bref de *certiorari* qui annulerait la décision par laquelle le tribunal indépendant l'avait déclaré coupable. En l'espèce, comme dans l'affaire *Spearman*, le processus disciplinaire a été invoqué après l'omission d'obéir à un ordre selon lequel il doit y avoir une fouille habituelle de la

<sup>9</sup> *Jackson*, susmentionné, renvoi 4, à la p. 100.

the failure to obey such an order from the search process of which it was an integral part.

I conclude, as did Strayer J. and for the reasons he set out, that it is unlikely that the framers of the Charter intended to preclude by section 7 searches of a nature not precluded by section 8. As Mr. Justice Strayer stated in *Weatherall*:<sup>10</sup>

It is tempting to accept the arguments on behalf of the inmates that there is some abstract right of "privacy" which must be protected somewhere in the Charter. But what is in issue here is a particular form of intrusion on privacy, namely through searches by officers for the purpose of maintaining security in prison institutions. The plaintiffs and applicant did not seriously dispute the necessity for body searches and surveillance of cells. We are not dealing with intrusions stemming from idle curiosity or officious excess of authority. We are dealing with purposeful inspections of persons and premises in the interest of security and such actions must, I think, be taken to be within the meaning of a "search" as specifically dealt with by the framers of the Charter in the particular language of section 8. To be sure, as held in the *Hunter*[<sup>11</sup>] case, it is a particular kind of privacy interest which section 8 recognizes and protects from a particular form of intrusion. A regime is established for testing that particular kind of intrusion and I think by implication other tests under the Charter are thereby precluded.

Thus, I accept the respondent's argument that section 7 of the Charter is not applicable in this case.

### Section 8 of the Charter

Section 8 of the Charter provides that:

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search and seizure.

The applicant submits that the order which the applicant refused to follow was contrary to the rights and freedoms contained in section 8 of the Charter. The respondent, on the other hand, argues that:

The affidavits of Dr. Workman and Mr. Payne illustrate why it is essential, at least at Kingston Penitentiary, that strip searches be conducted in the way that they are for the safety of inmates and staff.

The respondent submits, accordingly, that visual rectal searches are not unreasonable within section 8 of the Charter. But if this search process is found

personne d'un détenu. Il serait artificiel de séparer l'omission d'obéir à un tel ordre du processus de la fouille dont cet ordre faisait partie intégrante.

a Je conclus, comme l'a fait le juge Strayer et pour les motifs qu'il a prononcés, qu'il est peu probable que les rédacteurs de la Charte aient voulu interdire à l'article 7 des fouilles qui ne seraient pas interdites par l'article 8. Le juge Strayer a tenu les propos suivants dans l'affaire *Weatherall*<sup>10</sup>:

b Il est tentant d'accepter les arguments énoncés au nom des détenus et selon lesquels il existe un droit abstrait à «la vie privée» qui doit bien être protégé quelque part dans la Charte. Mais ce qui fait l'objet du présent litige, c'est une forme particulière d'intrusion dans la vie privée, soit lorsque des gardiens procèdent à des fouilles en vue d'assurer la sécurité dans les prisons. Les demandeurs et le requérant n'ont pas vraiment contesté la nécessité des fouilles corporelles et de la surveillance des cellules. Il n'est pas ici question d'intrusions suscitées par simple curiosité ou par un excès de zèle ou d'autorité. Il s'agit plutôt d'inspections réfléchies de personnes et de lieux faites dans l'intérêt de la sécurité, et à mon avis, ces actes doivent être interprétés comme une «fouille» suivant le sens précis que les rédacteurs de la Charte ont donné à ce terme en formulant l'article 8. Certes, comme il a été décidé dans l'affaire *Hunter*[<sup>11</sup>], c'est une forme particulière de droit à la vie privée que l'article 8 reconnaît et protège contre une forme particulière d'intrusion. Un système établi permet de vérifier cette forme particulière d'intrusion et j'en déduis que les autres vérifications, fondées sur la Charte, sont à rejeter.

f J'accueille donc l'argument de l'intimé selon lequel l'article 7 de la Charte ne s'applique pas en l'espèce.

### L'article 8 de la Charte

g L'article 8 de la Charte est ainsi rédigé:

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

h Le requérant prétend que l'ordre auquel il a refusé d'obéir violait les droits et libertés prévus à l'article 8 de la Charte. Par contre, l'intimé soutient que:

[TRADUCTION] Les affidavits du D<sup>r</sup> Workman et de M. Payne illustrent la raison pour laquelle il est essentiel, au moins au pénitencier de Kingston, que les fouilles à nu soient effectuées en vue de la sécurité des détenus et du personnel.

L'intimé prétend donc que les fouilles rectales visuelles ne sont pas abusives au sens de l'article 8 de la Charte. Mais si on trouve cette procédure de

<sup>10</sup> *Supra*, note 3, (T.D.), at p. 390.

<sup>11</sup> *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145.

<sup>10</sup> Susmentionné, renvoi 3, (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 390.

<sup>11</sup> *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

objectionable, then the respondent relies, in the alternative, upon section 1 of the Charter.

It will be useful, at this juncture, to review the evidence provided in affidavits by Dr. Workman and Mr. Payne. Neither was cross-examined on his affidavit and no evidence was adduced in rebuttal so that their evidence is uncontested in this matter.

Kenneth Harvey Payne was Warden of Kingston Penitentiary during the period September, 1987 to January, 1989. Prior to that he was Warden for a period of more than eight years at Joyceville Penitentiary and Collins Bay Institution. While Warden at Kingston Penitentiary, he developed Standing Order No. 571-2 entitled "Searching Inmates", for the purpose of outlining the institutional procedures for the searching of inmates at the Penitentiary, and in order to ensure that institutional procedures were in compliance with Commissioner's Directive No. 571. He states in his affidavit that:

10. It was my considered opinion at the time and it remains my opinion that it is necessary for the safety of inmates and staff that all inmates returning from an open visit may be subject to a skin frisk (also known as a "strip search" or a "skin search"), and as part of that search be subject to a visual rectal search in order to ensure that contraband is not brought into the Penitentiary for the reasons that follow.

11. Kingston Penitentiary is a multi-level (maximum security) institution housing approximately 500 inmates and it houses some of the most volatile and violent convicts in the Canadian prison system. The crimes for which these people stand convicted include murder, assault, rape, and child molestation. Violent incidents are not routine at Kingston Penitentiary, but they are unfortunately far from rare.

12. Inmates have a strong desire to obtain mood altering drugs, and these drugs often make them more physically violent and dangerous. I am familiar with Dr. Donald George Workman's study on the relationship between aggression and the taking of certain drugs, and I can confirm from my experience that what he has documented is fact. Drug-induced violent events are a major problem in a penitentiary. An example may be useful. When I was Warden at Collins Bay Institution, a medium-security institution, I was aware of at least two deaths there that were drug initiated and drug related. In one case, a young inmate paid with his life for failing to give up ten Valium.

13. Open contact visits, while undoubtedly important in rehabilitating, also present a major opportunity for smuggling contraband into a penitentiary. This is especially true at Kings-

fouille inacceptable, l'intimé s'appuie alors, subsidiairement, sur l'article premier de la Charte.

Il sera utile, à ce stade, d'examiner le témoignage rendu dans les affidavits du Dr Workman et de M. Payne. Ni l'un ni l'autre n'a été contre-interrogé sur son affidavit, et aucune preuve n'a été produite pour réfuter leur témoignage, ce qui fait que ce témoignage est incontesté en l'espèce.

Kenneth Harvey Payne était directeur du pénitencier de Kingston de septembre 1987 à janvier 1989. Auparavant, pendant plus de huit ans, il avait été directeur à l'établissement de Joyceville et à l'établissement de Collins Bay. Alors qu'il était directeur du pénitencier de Kingston, il a élaboré l'ordre permanent n° 571-2 intitulé [TRADUCTION] «Fouille des détenus», dans le dessein de souligner les procédures de l'institution en matière de fouille des détenus au pénitencier, et pour assurer que ces procédures correspondaient à la directive n° 571 du Commissaire. Dans son affidavit, il fait les déclarations suivantes:

[TRADUCTION] 10. J'ai estimé à l'époque et j'estime encore qu'il est nécessaire, pour la sécurité des détenus et du personnel, que tous les détenus qui reviennent d'une visite fassent l'objet d'une fouille à nu (*skin frisk*) (qu'on appelle encore «*strip search*» ou «*skin search*») et, dans le cadre de cette fouille, soient soumis à une fouille rectale visuelle pour assurer que des articles de contrebande ne sont pas introduits au pénitencier pour les motifs qui suivent.

11. Le pénitencier de Kingston est un établissement multisécuretaire (sécurité maximale), recevant environ 500 détenus, et il héberge certains des détenus les plus volatiles et les plus violents du système carcéral canadien. Les crimes dont ces gens sont déclarés coupables comprennent le meurtre, les voies de fait, le viol et l'attentat à la pudeur d'enfants. Des incidents violents ne sont pas habituels au pénitencier de Kingston, mais ils sont malheureusement loin d'être rares.

12. Les détenus désirent fortement obtenir des médicaments psychotropes, et ces médicaments les rendent souvent plus violents et plus dangereux physiquement. Je connais l'étude faite par le Dr Donald George Workman sur le rapport entre l'agression et la prise de certains médicaments, et je peux confirmer par expérience que ce qu'il a donné comme preuve relève de faits. Les incidents violents provoqués par les médicaments sont principalement préoccupants pour un pénitencier. Il est utile de citer un exemple. Quand j'étais directeur à l'établissement de Collins Bay, un établissement à sécurité moyenne, j'étais au courant d'au moins deux morts qui ont été provoquées par des médicaments et qui se rapportaient à ceux-ci. Dans un cas, l'omission de livrer dix comprimés de valium a coûté la vie à un jeune détenu.

13. Les visites-contacts, bien qu'elles soient indubitablement importantes pour la réhabilitation, permettent surtout l'introduction d'articles de contrebande dans un pénitencier. Ceci est

ton Penitentiary, where the Visits and Correspondence Unit is far removed from the buildings where the inmates are housed.

14. It is regrettably not uncommon for an inmate and his family to have pressure put on them to smuggle in contraband for other inmates. Naturally, the selected "mule" tends to be someone who one would not normally suspect of concealing contraband.

15. Inmates are most ingenious when it comes to introducing contraband into an institution and known incidents include everything from condoms and balloons full of drugs to an actual working small calibre (.22 calibre) handgun, rectally packed. It is imperative, I believe, that management of an institution retain the right to at least put up a barrier against inmates easily introducing contraband into the institution in order to protect the lives and safety of both staff and inmates.

Dr. Donald George Workman is a medical doctor, who has worked since 1971 as the Institution Physician at Millhaven Institution, a maximum security penitentiary. His sworn affidavit includes the following:

6. Contact visits present a major opportunity to pass drugs to inmates. Often an "innocent" inmate is used as a mule to get drugs for others. This is a regrettable, but true, fact. I have found over the years that frequently inmates who receive psychotropic drugs, such as diazepam (Valium) are often more physically violent and dangerous than those who are not receiving these substances.

7. I became so concerned about this issue that I, in conjunction with a Mr. Cunningham who was a medical student at the time and had been employed at Millhaven Institution for two summers as a research assistant, did a study on the relationship between prison aggression and the use of minor tranquilizers and other medications. This study found up to a fifteen fold increase in violent tendencies in inmates receiving such drugs. Annexed hereto as Exhibit "A" to this my Affidavit is a true copy of the paper that Mr. (now Dr.) Cunningham and I wrote and that was published by the *Canadian Family Physician* in 1975.

8. Subsequent studies support the results of our study regarding drugs and violence and the use of drugs continues to be a problem in the institution. We have found the majority of inmates are more interested in mood altering drugs than the average patient in the private sector. I believe it is paramount to control the use of such drugs either prescribed or otherwise within the institution, and it is especially paramount to attempt to prevent any illicit trafficking in such drugs. When we couple the results of our study with the fact that inmates on a whole are more aggressive and violent than the average citizen in the general population, the above measures are absolutely essential.

9. It is my considered opinion that, for the safety of inmates and staff, it is essential that prison authorities conduct complete skin searches after contact visits including requiring that

particulièrement vrai au pénitencier de Kingston, où l'unité des visites et de la correspondance est loin des immeubles où sont logés les détenus.

14. Il est fâcheux qu'il ne soit pas rare pour un détenu et sa famille de se voir presser d'introduire des articles de contrebande pour d'autres détenus. Naturellement, la «mule» choisie tend à être quelqu'un qu'on ne soupçonne normalement pas de dissimuler des articles de contrebande.

15. Les détenus sont très astucieux quant à l'introduction des articles de contrebande dans une institution, et les articles introduits connus sont de tous genres, allant des préservatifs et des ballons pleins de drogues à un pistolet de petit calibre (calibre 0,22) qui fonctionne réellement et qui est mis dans la voie rectale. À mon avis, il faut absolument que la direction d'un établissement ait le droit d'empêcher les détenus d'introduire facilement des articles de contrebande dans l'établissement afin de protéger la vie et la sécurité du personnel et des détenus.

Le Dr Donald George Workman est un médecin qui, depuis 1971, travaille en cette qualité à l'établissement de Millhaven, pénitencier à sécurité maximale. Son affidavit contient ce qui suit:

[TRADUCTION] 6. Les visites-contacts permettent surtout de faire passer des drogues à des détenus. Souvent, on se sert d'un détenu «innocent» comme mule pour obtenir des drogues pour d'autres. C'est un fait regrettable mais vrai. Au cours des années, j'ai constaté que, fréquemment, les détenus qui reçoivent des médicaments psychotropes tels que le diazépam (valium) sont souvent plus violents et plus dangereux que ceux qui n'en reçoivent pas.

7. Cette question m'a tellement préoccupé que, conjointement avec un certain M. Cunningham, qui était à l'époque étudiant en médecine et qui avait travaillé à l'établissement de Millhaven pendant deux étés à titre d'adjoint de recherche, j'ai fait une étude sur le rapport entre l'agression en milieu carcéral et l'utilisation de tranquillisants mineurs et d'autres médicaments. Cette étude a constaté que les tendances violentes chez les détenus qui reçoivent ces médicaments augmentent jusqu'à quinze fois. Jointe comme pièce «A» à mon affidavit est une copie conforme du document que M. (maintenant Dr) Cunningham et moi-même nous avons rédigé et qui a été publié dans *Médecin de famille canadien* en 1975.

8. Des études ultérieures étayent les résultats de notre étude sur les médicaments et la violence, et l'usage de médicaments continue de préoccuper l'institution. Nous avons constaté que la majorité des détenus s'intéressent davantage aux médicaments psychotropes que le patient moyen dans le secteur privé. À mon avis, il faut surtout contrôler l'utilisation de ces médicaments soit prescrits soit autrement au sein de l'établissement, et il importe particulièrement de tenter d'empêcher tout trafic illicite de ces médicaments. Quand nous associons les résultats de notre étude avec le fait que les détenus, dans l'ensemble, sont plus agressifs et plus violents que le citoyen moyen de la population générale, les mesures ci-dessus s'imposent absolument.

9. J'estime que, pour la sécurité des détenus et du personnel, il est essentiel que les autorités carcérales effectuent des fouilles à nu complètes après les visites-contacts, exigeant surtout des

inmates bend at the waist, touching their toes so as to expose their anal cavity. If this practice is not continued, I believe we could expect an increase in violent incidents in Canadian penitentiaries.

I note once again, that this application concerns the order by custodial officers to “bend over”, it is not concerned with the validity of paragraph 41(2)(c) of the Regulations in so far as it purports to authorize strip searches in general. The “search” with which we are here concerned is accordingly a kind of “sub-species”, or a particular phase, of the more general strip search — the requirement that the individual bend over to allow a visual inspection of the anal cavity.

At no stage in this proceeding has the respondent suggested that the requirement of “bending over” during a strip search does not constitute a search within the meaning of section 8 of the Charter, and I take it, therefore, that this matter is not at issue. For the record I find that the requirement that a completely unclothed person bend over to allow a visual inspection of body cavity areas constitutes a search within the meaning of section 8.

Is the search required in the circumstances of this case one that is unreasonable within the meaning of that qualifying term as used in section 8 of the Charter? In *R. v. Collins*,<sup>12</sup> Mr. Justice Lamer (as he then was), speaking for a majority of the Court in regard to section 8 said:

A search will be reasonable if it is authorized by law, if the law itself is reasonable and if the manner in which the search was carried out is reasonable.

Matters raised in argument in this case concern all three aspects of these criteria of reasonableness.

Two of these aspects I propose to deal with summarily. Whether the search was authorized by law was raised as a separate ground for this application and has already been dealt with. I have already concluded that the search here objected to, i.e., the visual examination of the anal cavity area exposed by the inmate, when stripped of his clothes, bending over to touch his toes, is author-

détenus qu'ils se penchent à la ceinture pour toucher leurs orteils, de manière à exposer leur cavité anale. Si cette pratique ne se poursuit pas, je crois que nous pourrions nous attendre à un accroissement d'incidents violents dans les pénitenciers canadiens.

a

Je note encore une fois que la présente demande porte sur l'ordre de «se pencher» donné par des gardiens et non sur la validité de l'alinéa 41(2)c) du Règlement dans la mesure où il est censé autoriser les fouilles à nu en général. La «fouille» qui nous préoccupe en l'espèce est en conséquence un genre de «sous-espèce», ou une phase particulière de la fouille à nu plus générale — l'obligation pour l'individu de se pencher de manière à permettre une inspection visuelle de la cavité anale.

c

L'intimé n'a, à aucun stade de la présente action, laissé entendre que l'exigence de «se pencher» au cours d'une fouille à nu ne constitue pas une fouille au sens de l'article 8 de la Charte, et je considère donc que cette question n'est pas en litige. Pour mémoire, je constate que la condition qu'une personne doive se dévêtir complètement pour permettre une inspection visuelle des cavités du corps constitue une fouille au sens de l'article 8.

d

e

La fouille requise dans les circonstances de l'espèce est-elle une fouille qui est abusive au sens de ce terme qualificatif utilisé à l'article 8 de la Charte? Dans l'affaire *R. c. Collins*<sup>12</sup>, le juge Lamer (tel était alors son titre), au nom de la majorité de la Cour et au sujet de l'article 8, s'est prononcé en ces termes:

g

Une fouille ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n'a rien d'abusif et si la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive.

Les questions soulevées au débat en l'espèce portent sur les trois aspects de ces critères de caractère abusif.

h

Je me propose de statuer sommairement sur deux de ces aspects. La question de savoir si la fouille était autorisée par la loi a été soulevée à titre de motif distinct de la présente demande, et a déjà été tranchée. J'ai déjà conclu que la fouille contestée, c'est-à-dire l'examen visuel de la cavité anale exposée par le détenu lorsqu'il s'est dévêtu pour se pencher et toucher ses orteils, est autorisée

j

<sup>12</sup>[1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278.

<sup>12</sup> [1987] 1 R.C.S. 265, à la p. 278.

ized by paragraph 41(2)(c) of the Regulations. In my view, the search was authorized by law.

On another aspect, there is really no issue here about whether the manner in which this search was carried out was reasonable, since Warriner refused to comply with the request that he “bend over”, and the visual inspection of his anal cavity area never took place. In the circumstances, not surprisingly, neither the applicant nor the respondent made any submissions about the manner in which the intended cavity area search was carried out.

I turn to the third aspect of the test enunciated by Mr. Justice Lamer, the reasonableness of the law itself. The applicant submits, relying primarily on the decisions of this Court and the Federal Court of Appeal in *Weatherall*, that:

... a law authorizing the conducting of searches which requires an inmate to undress and bend over in a manner to expose his anal cavity for inspection when any Correctional Officer is of the opinion that such a search is necessary to detect contraband or to maintain the good order of the institution is unreasonable.

I note again that the facts established in this application are not as broadly based as that submission implies, for here the strip search was initiated in accord with the institution’s standing orders, immediately after a contact visit by the applicant with his wife, and, to repeat again, there was no objection to the search by the applicant, who was co-operative, and removed his clothing, until he was ordered to bend over, which order he refused. The applicant argues that:

(a) the order interferes with an individual’s reasonable expectation of privacy; and

(b) the nature of the belief relied upon or required to institute a lawful search determines whether the manner in which the search was carried out was reasonable, and here there was no evidence of any belief on the part of the officers concerned that Warriner was carrying contraband on his person.

par l’alinéa 41(2)c) du Règlement. À mon avis, la fouille était autorisée par la loi.

À un autre égard, n’est réellement pas en litige en l’espèce la question de savoir si la manière dont cette fouille a été effectuée était raisonnable, puisque Warriner a refusé de s’exécuter lorsqu’on lui a demandé de «se pencher», et l’inspection visuelle de sa cavité anale n’a jamais eu lieu. Dans les circonstances, il n’est pas étonnant que ni le requérant ni l’intimé n’a fait d’observations sur la manière dont la fouille pensée être faite dans la région des cavités a été effectuée.

J’aborde maintenant le troisième aspect du critère énoncé par le juge Lamer, à savoir le caractère raisonnable de la loi elle-même. S’appuyant principalement sur les décisions de cette Cour et de la Cour d’appel fédérale dans l’affaire *Weatherall*, le requérant soutient que:

[TRADUCTION] ... est abusive une loi autorisant la conduite des fouilles qui exige que le détenu se déshabille et se penche de manière à exposer sa cavité anale pour l’inspection lorsqu’un agent de correction estime qu’une telle fouille est nécessaire pour déceler la présence de contrebande ou pour assurer le bon ordre au sein de l’institution.

Je note de nouveau que les faits exposés dans la présente demande ne sont pas aussi généralement établis que cet argument ne le laisse entendre car, en l’espèce, la fouille à nu a été entamée conformément aux ordres permanents de l’institution, immédiatement après une visite-contact par le requérant avec sa femme, et, je le répète, le requérant ne s’est nullement opposé à la fouille; il a plutôt fait preuve de coopération en enlevant ses vêtements, jusqu’au moment où on lui a ordonné de se pencher, ce qu’il a refusé de faire. Le requérant soutient que:

a) l’ordre porte atteinte au droit d’un individu de s’attendre au respect de sa vie privée.

b) la nature de la croyance invoquée ou requise pour instituer une fouille légale détermine si la manière dont la fouille a été effectuée était raisonnable, et, en l’espèce, on n’a pas rapporté la preuve que les agents en cause croyaient que Warriner portait sur lui des articles de contrebande.



The applicant argues, relying on *Hunter et al. v. Southam Inc.*,<sup>13</sup> that “a warrantless search is *prima facie* unreasonable”. On this point I am content to adopt the conclusion reached by Mr. Justice Strayer in *Weatherall*<sup>14</sup> who, in holding that searches of inmates do not require warrants, commented:

While the Supreme Court in *Hunter et al. v. Southam Inc.*, a case also involving a search of an office, held the search to be unreasonable because the prior authorization was not adequate, it also recognized that prior authorization is not an absolute requirement. In the first place, the Court emphasized that the guarantee in section 8 from unreasonable search and seizure only protects a reasonable expectation. It said that in a particular situation an assessment must be made as to whether the individual’s interest in being left alone is outweighed by the government’s interest in intruding on privacy. Further, it was recognized that “it may not be reasonable in every instance to insist on prior authorization” but that “where it is feasible to obtain prior authorization . . . such authorization is a pre-condition for a valid search and seizure”. Thus there is an element of relativity which must enter into any decision here as to the prerequisites for the particular situation of a skin search of an inmate in a correctional institution.

Pointing to the urgency of searches of inmates, Mr. Justice Strayer continued [at page 393]:

Prisoners are mobile, and the evidence of prison officers indicated that with the passage of any appreciable time or the movement of inmates, even under surveillance, they are often able to get rid of contraband . . . Further, it is not reasonable to equate the expectation of privacy in a home or office with that in a prison.

I do not accept the applicant’s argument that a warrantless search of a prison inmate is “*prima facie* unreasonable”.

I accept that the search here in issue, i.e., the requirement to bend over to permit visual inspection of the anal cavity area, does interfere with the privacy of the inmate concerned. But as noted by Strayer J., and in a number of other decisions concerning search processes imposed on prison inmates, the reasonable expectation of privacy that an inmate of a maximum security institution may have is very different from that of a person outside

S’appuyant sur l’arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.*<sup>13</sup>, le requérant soutient qu’«une fouille sans mandat est à première vue abusive». Sur ce point, je me contente de faire mienne la conclusion tirée par le juge Strayer dans l’affaire *Weatherall*<sup>14</sup> qui, en décidant que la fouille des détenus n’exige pas de mandats, s’est livré à cette analyse:

Dans l’affaire *Hunter et autres c. Southam Inc.*, qui portait également sur la fouille d’un bureau, la Cour suprême a statué que la fouille était abusive parce que l’autorisation préalable n’était pas adéquate, mais elle a aussi reconnu qu’une autorisation préalable n’était pas une exigence absolue. Tout d’abord, la Cour a souligné que la garantie donnée par l’article 8 contre les fouilles ou saisies abusives, ne vise qu’une attente raisonnable. Elle a dit que dans une situation donnée, il faut déterminer si le droit d’un particulier de ne pas être importuné doit céder le pas au droit du gouvernement de s’immiscer dans sa vie privée. La Cour a en outre reconnu qu’il «n’est peut-être pas raisonnable dans tous les cas d’insister sur l’autorisation préalable» mais «qu’une telle autorisation, lorsqu’elle peut être obtenue, est une condition préalable de la validité d’une fouille, d’une perquisition et d’une saisie». Il y a donc un élément de relativité dont il faut tenir compte dans toute décision portant, comme en l’espèce, sur les conditions préalables d’une fouille à nu d’un détenu dans un établissement correctionnel.

Faisant ressortir l’urgence des fouilles des détenus, le juge Strayer ajoute [à la page 393]:

Les prisonniers sont mobiles et les témoignages de gardiens de prisons ont montré qu’après un laps de temps appréciable, ou avec le déplacement de détenus, même sous surveillance, ceux-ci arrivent souvent à se départir de contrebande . . . En outre, il n’est pas raisonnable d’établir un parallèle entre la vie privée recherchée dans une maison ou un bureau avec celle à laquelle on peut s’attendre dans une prison.

Je n’accepte pas l’argument du requérant selon lequel la fouille sans mandat d’un détenu est «à première vue abusive».

J’accepte que la fouille litigieuse en l’espèce, c’est-à-dire l’obligation de se pencher pour permettre une inspection visuelle de la région de la cavité anale, porte effectivement atteinte à la vie privée du détenu en cause. Mais comme l’a noté le juge Strayer et dans d’autres décisions concernant la procédure de fouille imposée aux détenus, le droit de s’attendre raisonnablement à la vie privée qu’un détenu d’une institution à sécurité maximale peut

<sup>13</sup> *Supra*, note 11.

<sup>14</sup> *Weatherall*, (T.D.), *supra*, note 3, at pp. 392-393.

<sup>13</sup> Susmentionné, renvoi 11.

<sup>14</sup> *Weatherall*, (1<sup>re</sup> inst.), susmentionné, renvoi 3, aux p. 392 et 393.

prison.<sup>15</sup> Searches of various kinds and inspection of individual inmates is the order of the day within maximum security institutions, for safety of inmates and staff and for good order of the institution and the control of contraband within the prison setting.

I also accept the view of Mr. Justice Gibson in *Robertson v. Yeomans*,<sup>16</sup> that a strip search including the order to bend over for visual examination of the anal cavity area, instituted as part of a routine search procedure following an open or contact visit, on the belief of the Warden that such searches are essential for the safety and good order of the institution does not require a coincidental belief on the part of the searching officers that contraband is concealed on the person of the inmate searched. Paragraph 41(2)(c) of the Regulations, as amended in 1980, in effect at the time of Gibson J.'s decision remains in effect. While that paragraph was found by Strayer J. to be unconstitutional in his decision in *Weatherall*,<sup>17</sup> without internal standards or conditions limiting its application, that decision was varied on appeal. The Court of Appeal limited the result of Strayer J.'s order to situations involving so-called cross-gender searches, where a male inmate was strip searched in the presence of a female custodial officer. In the course of his reasons, for the Court of Appeal, Mr. Justice Stone stated:<sup>18</sup>

In my view, in deciding the point we ought not to overlook these peculiarities of prison life and the special problems they present to prison administrators discharging their responsibility for "safety and security" of the institution. They suggest to me that these administrators are entitled to some deference in adopting and applying policies and practices required for the maintenance of order and security, and for the safety and protection of inmates and staff alike. This is not to suggest that the authorities and staff should have a completely free hand in these matters and so abuse their powers. The authority contained in paragraph 41(2)(c) is limited to situations where a member considers that the action is "reasonable" either to detect contraband or to maintain the good order of the Institu-

<sup>15</sup> *Weatherall*, (T.D.) *supra*, note 3, at p. 394; and see Stone J.A. in the Court of Appeal, *Weatherall*, *supra*, note 3, at pp. 37-43 and cases therein cited.

<sup>16</sup> *Supra*, note 5.

<sup>17</sup> *Supra*, note 3, (T.D.).

<sup>18</sup> *Supra*, note 3, (F.C.A.), at pp. 42-43.

avoir est très différent de celui de toute autre personne<sup>15</sup>. La fouille de divers genres et l'inspection des détenus particuliers constituent l'ordre du jour au sein des institutions à sécurité maximale, a pour la sécurité des détenus et du personnel et pour assurer le bon ordre de l'institution et le contrôle de la contrebande en milieu carcéral.

Je fais également mien le point de vue du juge Gibson dans l'affaire *Robertson c. Yeomans*<sup>16</sup>, b selon lequel une fouille à nu comprenant l'ordre de se pencher pour un examen visuel de la région de la cavité anale, entamée dans le cadre d'une procédure de fouille habituelle et reposant sur la croyance par le directeur que ces fouilles sont c essentielles à la sécurité et au bon ordre de l'institution, n'exige pas que les agents procédant à la fouille aient la croyance simultanée que des articles de contrebande sont cachés sur la personne du d détenu fouillé. L'alinéa 41(2)c) du Règlement, modifié en 1980, en vigueur à l'époque de la e décision du juge Gibson, continue de s'appliquer. Bien que cet alinéa ait été déclaré inconstitutionnel par le juge Strayer dans sa décision *Weatherall*<sup>17</sup>, f sans que des normes ou conditions internes viennent limiter son application, cette décision a été modifiée en appel. La Cour d'appel a limité l'effet de l'ordonnance du juge Strayer aux situations où des fouilles sont effectuées en la présence d'une g personne de l'autre sexe, lorsqu'un détenu de sexe masculin était fouillé à nu en la présence d'une gardienne. Dans les motifs qu'il a prononcés au nom de la Cour d'appel, le juge Stone a déclaré en ces termes<sup>18</sup>:

À mon sens, en tranchant ce point nous ne devrions pas ignorer ces particularités de la vie carcérale ni les problèmes spécifiques qu'elles soulèvent pour les administrateurs de prisons qui s'acquittent de leur responsabilité d'assurer «la sûreté et ... la sécurité» de l'institution. Il ressort selon moi de ces conditions particulières que les administrateurs des prisons ont h droit à une certaine latitude dans l'adoption et dans l'application des politiques et des pratiques requises pour le maintien de l'ordre et de la sûreté de son institution ainsi que pour la sécurité et la protection des détenus comme du personnel. Je n'entends pas ainsi suggérer que les autorités et le personnel devraient être laissés complètement libres en ce qui regarde ces i questions et avoir ainsi la possibilité d'abuser de leurs pouvoirs.

<sup>15</sup> *Weatherall*, (1<sup>re</sup> inst.), susmentionné, renvoi 3, à la p. 394; et voir le juge Stone, J.C.A., de la Cour d'appel, *Weatherall*, susmentionné, renvoi 3, aux p. 37 à 43 et la jurisprudence y citée.

<sup>16</sup> Susmentionné, renvoi 5.

<sup>17</sup> Susmentionné, renvoi 3, (1<sup>re</sup> inst.).

<sup>18</sup> Susmentionné, renvoi 3, (C.A.F.), aux p. 42 et 43.

tion. In my opinion, such searches must always be *bona fide*. They cannot be used with the intent of intimidating, humiliating or harassing inmates or of inflicting punishment. A meaningful post-search review process should also be available so that any abuses may be detected at an early opportunity.

The respondent refers to cases supporting its position that searches of the type refused by Warriner do not violate section 8 of the Charter. In *Re Maltby et al. and Attorney-General of Saskatchewan et al.*<sup>19</sup> the Court upheld routine strip searches after contact visits as applied within a provincial institution to inmates held on remand pending trial, and held that these did not violate provisions of the Charter. Similarly, in *Soenen v. Director of Edmonton Remand Centre, Attorney General of Alberta and Solicitor General of Alberta*<sup>20</sup> the Court upheld, as not violating section 8, strip searches involving a visual examination of the rectal area imposed on inmates of a provincial remand centre held awaiting trial. Mr. Justice McDonald commented:<sup>21</sup>

I find that this practice cannot be said to be cruel treatment, even assuming it is unusual. Nor does it constitute an unreasonable search that would infringe s. 8 of the Charter. In my view a visual search of the rectum of a person just arrested, in the absence of reasonable and probable cause to believe that an object has been concealed anally might be unreasonable and a violation of a reasonable expectation of privacy; but such a search is not unreasonable and is not a violation of a reasonable expectation of privacy in the case of a pretrial detainee in a detention facility, provided that the visual search is conducted *bona fide* in a search for weapons or contraband and not for the purpose of punishment. Such searches may be made in the absence of reasonable and probable cause to believe that the prisoner being searched has concealed an object in his body-cavity.

I return to the affidavit evidence in the matter before the Court, sworn by Mr. Payne and Dr. Workman, which is substantially reproduced earlier in these reasons. I note again that neither of the affiants was examined in relation to his affida-

<sup>19</sup>(1982), 143 D.L.R. (3d) 649 (Sask. Q.B.); affd (1984), 10 D.L.R. (4th) 745 (Sask. C.A.).

<sup>20</sup>(1983), 48 A.R. 31 (Q.B.).

<sup>21</sup>*Id.*, at p. 42.

L'autorité conférée par l'alinéa 41(2)c est limitée aux situations dans lesquelles un membre considère que la mesure visée est «raisonnable» soit pour déceler la présence d'objets détenus illégalement soit pour assurer le bon ordre au sein de l'institution. À mon avis, de telles fouilles doivent toujours être pratiquées de bonne foi. Elles ne peuvent avoir pour but d'intimider, d'humilier ou de harceler les détenus ou de leur infliger une punition. Une procédure effective de révision devrait également être accessible après la fouille de manière à permettre une prompt découverte des abus.

L'intimé cite la jurisprudence qui étaye son point de vue selon lequel les fouilles du type refusé par Warriner ne violent pas l'article 8 de la Charte. Dans *Re Maltby et al. and Attorney-General of Saskatchewan et al.*<sup>19</sup>, la Cour a confirmé les fouilles à nu habituelles effectuées après des visites-contacts et appliquées au sein d'une institution provinciale aux détenus renvoyés en détention provisoire en attendant le procès, et elle a statué que ces fouilles ne violaient pas les dispositions de la Charte. De même, dans l'affaire *Soenen v. Director of Edmonton Remand Centre, Attorney General of Alberta and Solicitor General of Alberta*<sup>20</sup>, la Cour a confirmé, puisqu'elles ne violent pas l'article 8, les fouilles à nu comportant un examen visuel de la région anale imposé aux détenus d'un centre provincial de renvoi en détention provisoire en attendant le procès. Le juge McDonald a fait les remarques suivantes<sup>21</sup>:

[TRADUCTION] J'estime qu'on ne saurait dire de cette pratique qu'elle constitue un traitement cruel même si on présume qu'elle est inusitée. Elle ne constitue pas non plus une fouille abusive qui violerait l'article 8 de la Charte. À mon avis, une fouille visuelle du rectum d'une personne tout juste arrêtée, en l'absence de motifs raisonnables et probables de croire qu'on a caché un objet à l'anus, pourrait être abusive et viole le droit de s'attendre raisonnablement à la vie privée; mais une telle fouille n'est pas abusive et ne viole pas le droit de s'attendre raisonnablement à la vie privée dans le cas d'un détenu qui attend son procès dans une installation de détention, pourvu que la fouille visuelle soit effectuée de bonne foi pour trouver des armes ou des articles de contrebande et non dans le dessein de punir. Ces fouilles peuvent s'effectuer en l'absence de motifs raisonnables et probables de croire que le détenu fouillé a caché un objet dans sa cavité corporelle.

Je reviens maintenant au témoignage sous forme d'affidavit relatif à la question dont est saisie la Cour, donné sous serment par M. Payne et le Dr. Workman et qui est essentiellement reproduit plus haut dans les présents motifs. Je note encore une

<sup>19</sup>(1982), 143 D.L.R. (3d) 649 (B.R. Sask.); confirmé par (1984), 10 D.L.R. (4th) 745 (C.A. Sask.).

<sup>20</sup>(1983), 48 A.R. 81 (B.R.).

<sup>21</sup>*Id.*, à la p. 42.

vit and no evidence before me questioned or rebutted their conclusions or beliefs. Dr. Workman refers to a study he completed on the relationship between violence and the use of drugs in a penitentiary setting, his experience in dealing with inmate patients who are in receipt of drugs, and his opinion that for the safety of inmates and staff "it is essential that prison authorities conduct complete skin searches after contact visits including requiring that inmates bend at the waist, touching their toes so as to expose their anal cavity". Payne's affidavit speaks of his experience, states his opinion that it is necessary for the safety of inmates and staff that all inmates returning from an open visit be subject to a skin frisk (i.e., a strip search) and as part of that search be subject to a visual rectal search to ensure that contraband is not brought into the prison. Payne states reasons in support of his opinion, reasons based on his experience and observation of prison life. In light of this uncontradicted evidence I conclude that the search here required, and questioned in this application, was based on reasons related to the safety of inmates and staff and to the good order of the institution, and that it was not an unreasonable search contrary to section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The order to bend over to permit visual inspection of the anal cavity area, as a part of a strip search, instituted as a matter of routine following an open contact visit of an inmate, in light of the reasons underlying the establishment of that routine, does not constitute an unreasonable search prohibited by section 8 of the Charter. Having so concluded, there is no need to consider the argument advanced at the hearing on behalf of the applicant that the search could not be warranted on the basis of section 1 of the Charter.

#### Conclusions:

I sum up my conclusions on the matters argued.

fois que ni l'un ni l'autre des déposants n'a été interrogé relativement à son affidavit, et que la preuve dont je dispose n'a ni mis en doute ni réfuté leurs conclusions ou croyances. Le Dr Workman fait état d'une étude qu'il a faite sur le rapport entre la violence et l'usage de médicaments en milieu carcéral, de l'expérience qu'il a acquise dans le traitement des patients détenus qui reçoivent des médicaments, et de son opinion selon laquelle, pour la sécurité des détenus et du personnel, [TRADUCTION] «il est essentiel que les autorités carcérales effectuent des fouilles à nu complètes après les visites-contacts, exigeant surtout des détenus qu'ils se penchent à la ceinture pour toucher leurs orteils, de manière à exposer leur cavité anale». Dans son affidavit, Payne parle de son expérience et exprime l'avis que pour la sécurité des détenus et du personnel, il est nécessaire que tous les détenus qui reviennent d'une visite fassent l'objet d'une fouille à nu et, dans le cadre de cette fouille, soient soumis à une fouille rectale visuelle pour assurer que des articles de contrebande ne sont pas introduits dans la prison. Payne énonce les motifs qui appuient son avis, motifs fondés sur son expérience et son observation de la vie carcérale. De la preuve non contredite, je conclus que la fouille requise en l'espèce, et contestée dans la présente demande, reposait sur des motifs qui se rapportaient à la sécurité des détenus et du personnel et au bon ordre de l'institution, et qu'elle n'était pas une fouille abusive contraire à l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

L'ordre de se pencher pour permettre une inspection visuelle de la région de la cavité anale, dans le cadre d'une fouille à nu, habituellement effectuée à la suite d'une visite-contact d'un détenu, ne constitue pas, étant donné les motifs qui sous-tendent l'établissement de cette routine, une fouille abusive interdite par l'article 8 de la Charte. Cette conclusion ayant été tirée, il n'est pas nécessaire d'examiner l'argument que l'avocat du requérant a invoqué à l'audience, argument selon lequel la fouille ne pourrait être justifiée sur le fondement de l'article premier de la Charte.

#### Conclusions:

Je résume mes conclusions sur les questions débattues.

On the facts averred by affidavit and on examination of the transcript of the disciplinary hearing conducted by the respondent Independent Chairperson, the Chairperson did not err by refusing to consider the application of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in determining whether the order directed to the applicant was lawful. Charter arguments and defences were not advanced by the applicant at the hearing in any way that required the Chairperson to address them.

On the facts averred and in light of the relief here claimed, the search in question was limited to the requirement to bend over to permit visual inspection of the anal cavity area as an incident in the course of a strip search or skin frisk, following an open contact visit by the inmate Warriner, in a maximum security institution. The search was in accord with a Commissioner's Directive and Standing Orders of the institution.

While Commissioner's Directives and Standing Orders of a penitentiary are not technically considered law, they are for internal administration, guidance and regulation of the penitentiary within the Correctional Service. The Directive and Standing Order here concerned do not extend beyond, and are not inconsistent with, the broad purposes of paragraph 42(1)(c) of the Regulations and are authorized by that paragraph; thus, they are authorized by law, as was the order to bend over which was issued in accord with Standing Orders and the Directive.

While the order necessarily infringed upon privacy of the inmate, it was an integral part of the search process; issues arising from that order and the search may give rise to questions whether the search was valid in light of section 8 of the Charter but they do not also give rise to questions arising in light of section 7 of the Charter, which is not applicable in these circumstances.

The order, made as an integral part of a strip search or skin frisk which I have found was authorized by law, did not violate the applicant's freedom from unreasonable search, as protected by section 8 of the Charter. In the circumstances of prison life as identified in the affidavit of the then

Compte tenu des faits révélés par les affidavits et après examen de la transcription de l'audience disciplinaire tenue par le président indépendant intimé, celui-ci n'a pas commis d'erreur en refusant d'examiner l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour déterminer si l'ordre visant le requérant était légitime. À l'audience, le requérant n'a pas invoqué d'arguments et de moyens de défense fondés sur la Charte, d'une manière qui exigeait du président qu'il se prononçât sur ceux-ci.

Compte tenu des faits établis et de la réparation demandée en l'espèce, la fouille en question était limitée à l'obligation de se pencher pour permettre une inspection visuelle de la région de la cavité anale, dans le cadre d'une fouille à nu, à la suite d'une visite-contact par le détenu Warriner, dans une institution à sécurité maximale. Cette fouille était conforme à la directive du Commissaire et aux ordres permanents de l'institution.

Bien que les directives du Commissaire et les ordres permanents d'un pénitencier n'aient pas, techniquement, force de loi, ils sont destinés à l'administration, à la conduite et à la réglementation internes du pénitencier au sein du Service correctionnel. La directive et l'ordre permanent en cause en l'espèce ne vont pas au-delà des fins générales de l'alinéa 42(1)c) du Règlement, ne sont pas incompatibles avec celles-ci et sont autorisés par cet alinéa; ainsi donc, ils sont autorisés par la loi, tout comme l'était l'ordre de se pencher qui a été donné conformément aux ordres permanents et à la directive.

Certes, l'ordre a nécessairement porté atteinte à la vie privée du détenu; mais il faisait partie intégrante du processus de la fouille; le litige découlant de cet ordre et de la fouille peut donner lieu à la question de savoir si la fouille était valide compte tenu de l'article 8 de la Charte, mais il ne donne pas lieu à des questions relatives à l'article 7 de celle-ci, lequel article ne s'applique pas dans les circonstances de l'espèce.

L'ordre, donné dans le cadre d'une fouille à nu dont j'ai conclu qu'elle était autorisée par la loi, n'a pas porté atteinte à la protection du requérant contre les fouilles abusives, prévue à l'article 8 de la Charte. Dans les circonstances de la vie carcérale révélée dans l'affidavit du directeur du pénitencier,

Warden of the Penitentiary the search here ordered was not unreasonable in the situation presented by the facts in this case.

Since neither section 7 nor section 8 of the Charter is here infringed, there is no need to consider argument directed to section 1 of the Charter.

In the result, the application is dismissed, with costs.

tencier à l'époque, la fouille ordonnée en l'espèce n'était pas abusive compte tenu de la situation factuelle de l'espèce.

<sup>a</sup> Puisque ni l'article 7 ni l'article 8 de la Charte n'est violé, il n'est pas nécessaire d'examiner l'argument portant sur l'article premier de la Charte.

<sup>b</sup> Par ces motifs, la demande est rejetée avec dépens.



T-2439-90

T-2439-90

**Brian Gough** (*Applicant*)

v.

**National Parole Board** (*Respondent*)INDEXED AS: GOUGH v. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD)  
(T.D.)Trial Division, Reed J.—Toronto, November 26;  
Vancouver, December 14, 1990.

*Parole — Suspension based on allegations, details of which withheld from applicant pursuant to Parole Regulations, s. 17(5) (permitting non-disclosure where disclosure threatening safety of individuals or revealing source of information) — Knowledge of incidents not ground for non-disclosure as concealing identity of informants then pointless — Applicant entitled to sufficient details to enable him to respond intelligently to allegations — Charter, s. 7 breached — National Parole Board not proving s. 17(5) reasonable limit within Charter, s. 1 — Evidentiary basis justifying non-disclosure not established — Reliance on exemptions in Access to Information Act and Canada Evidence Act misplaced.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Parole suspended due to allegations, details of which withheld to protect identities of informants — Applicant on “parole reduced” status (lowest level of restrictions) — S. 7 guarantees differing with circumstances — Applicant’s liberty as close to unconditional as possible within correctional system — Institutional considerations re: identification of informants non-existent as alleged incidents occurring outside prison — Individual’s liberty weighs heavily in comparison with competing interests — Applicant entitled to sufficient detail to respond intelligently to allegations — Cases setting out s. 7 requirements involving inmates distinguished — Applicant not provided even “gist” of allegations — Charter, s. 7 breached.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Limitation clause — Parole Regulations, s. 17(5) requiring disclosure of information leading to suspension of parole unless Board of opinion safety of individuals threatened or identities of informants would be revealed, thus impeding investigations under Act or Regulations — Not reasonable limit demonstrably justified under Charter, s. 1 — No evidence of ongoing investigation prejudiced by disclosure — No evidentiary basis justifi-*

**Brian Gough** (*requérant*)

c.

<sup>a</sup> **Commission nationale des libérations conditionnelles** (*intimée*)RÉPERTORIÉ: GOUGH c. CANADA (COMMISSION NATIONALE  
DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (1<sup>re</sup> INST.)<sup>b</sup> Section de première instance, juge Reed—  
Toronto, 26 novembre; Vancouver, 14 décembre  
1990.

*Libération conditionnelle — Suspension fondée sur des allégations, dont les détails n’ont pas été révélés au requérant en vertu de l’art. 17(5) du Règlement sur la libération conditionnelle de détenus (permettant la non-divulcation lorsque la divulgation met en danger la sécurité des individus ou fait remonter à une source de renseignements) — La connaissance des incidents ne justifie pas la non-divulcation, puisque garder secrète l’identité des indicateurs serait alors vain — Le requérant a droit à des détails suffisants pour lui permettre de répondre intelligemment aux allégations — Violation de l’art. 7 de la Charte — La Commission nationale des libérations conditionnelles n’a pas prouvé l’existence d’une limite raisonnable de l’art. 17(5), au sens de l’art. premier de la Charte — La base probante justifiant la non-divulcation n’a pas été établie — Le recours à des exemptions prévues par la Loi sur l’accès à l’information et la Loi sur la preuve au Canada est hors de propos.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Libération conditionnelle suspendue en raison d’allégations, dont les détails n’ont pas été révélés pour protéger l’identité des indicateurs — Le requérant bénéficiait d’une «libération conditionnelle mitigée» (niveau de restriction le plus bas) — Les garanties prévues à l’art. 7 varient avec les circonstances — La liberté du requérant est aussi proche que possible, dans le système correctionnel, de celle d’un individu qui jouit d’une liberté inconditionnelle — Les préoccupations institutionnelles relatives à l’identification des indicateurs n’existent pas, puisque les incidents allégués ont eu lieu en dehors du milieu carcéral — La liberté d’un individu compte beaucoup par comparaison avec les intérêts opposés — Le requérant a droit à des détails suffisants pour répondre intelligemment aux allégations — Distinction faite avec les décisions qui ont énoncé les exigences de l’art. 7 concernant les détenus — On n’a même pas fourni au requérant l’«essentiel» des allégations — Violation de l’art. 7 de la Charte.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — L’art. 17(5) du Règlement sur la libération conditionnelle de détenus exige de divulguer les renseignements conduisant à la suspension à moins que, de l’avis de la Commission, la sécurité des individus serait mise en danger ou l’identité des indicateurs serait révélée, ce qui entraverait les enquêtes menées en vertu de la Loi ou du Règlement — Il ne s’agit pas d’une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer sous le régime de l’art. premier de la Charte — Rien ne prouve que la divulgation porterait atteinte à une enquête en*



*fyng non-disclosure — No evidence other democratic jurisdictions having adopted similar procedures.*

*Access to information — National Parole Board withholding details of allegations forming basis for parole revocation — Reliance on exemptions in Access to Information Act and Privacy Act misplaced — Not applicable when information forming basis of decisions affecting liberty of individual seeking information.*

*Judges and courts — National Parole Board withholding details of allegations forming basis for revocation of parole — Argument damage to parole system if information revealed at in camera hearing not credible — Reference to various public interest situations where Court privy to confidential information.*

This was an application to quash the National Parole Board's decision suspending the applicant's parole, and for *mandamus*. The applicant had been on parole for five and one half years, when his parole was revoked as a result of complaints of sexual assault involving use of illegal drugs and coercion, the details of which were withheld from him. His parole record had been exemplary. He had held "parole reduced" status, the least restrictive parole conditions which can be given to a parolee. The applicant's position was that the failure to provide details of the allegations upon which the Board relied was a breach of his Charter, section 7 right not to be deprived of liberty except in accordance with the principles of fundamental justice. The Board responded that the applicant had been given enough information to answer the allegations because he already knew of the incidents. The Board further argued that non-disclosure was justified by *Parole Regulations*, subsection 17(5) which permits non-disclosure of information forming the basis of the decision to revoke parole where, in the Board's opinion, disclosure would threaten the safety of individuals or could impede investigations under the Act or Regulations. It was argued that the parole system would break down if individuals were not able to supply information to Correctional Service officers without fear of reprisal. In any case, the constitutional requirements had been met because "the gist" of the allegations had been communicated to the applicant, thus satisfying the requirements of section 7 in the parole/penitentiary context according to the *Cadieux* and *Latham* cases. The issues were whether Charter, section 7 had been breached by the Board's non-disclosure pursuant to *Parole Regulations*, subsection 17(5), and if so, whether subsection 17(5) was justified under the circumstances or Charter, section 1.

*cours — Inexistence d'une base probante justifiant la non-divulgarion — Il n'y a pas preuve que d'autres instances démocratiques ont adopté de semblables procédures.*

*Accès à l'information — La Commission nationale des libérations conditionnelles n'a pas révélé les détails des allégations qui sous-tendaient la révocation de la libération conditionnelle — Le recours à des exemptions prévues par la Loi sur l'accès à l'information et la Loi sur la protection des renseignements personnels est hors de propos — Elles ne s'appliquent pas lorsque les renseignements qui sous-tendent les décisions affectent la liberté de l'individu qui cherche à obtenir ces renseignements.*

*Juges et tribunaux — La Commission nationale des libérations conditionnelles n'a pas révélé les détails des allégations qui sous-tendent la révocation de la libération conditionnelle — L'argument selon lequel la révélation des renseignements à une audience à huis clos porterait atteinte au système de la libération conditionnelle n'est pas digne de foi — Mention de diverses situations d'intérêt public où la Cour est au courant de renseignements confidentiels.*

Il s'agit d'une demande tendant à l'annulation de la décision par laquelle la Commission nationale des libérations conditionnelles a suspendu la libération conditionnelle du requérant, et à l'obtention d'un bref de *mandamus*. Le requérant était en libération conditionnelle depuis cinq ans et demi lorsque sa libération conditionnelle a été révoquée par suite de plaintes selon lesquelles il aurait commis des actes d'agression sexuelle qui comportaient l'utilisation de drogues illégales et des actes de contrainte, dont les détails ne lui ont pas été révélés. Son dossier de libération conditionnelle était exemplaire. Il bénéficiait d'une «libération conditionnelle mitigée». Il s'agit là des conditions de libération conditionnelle les moins restrictives qu'on puisse donner à un libéré conditionnel. Le requérant soutient que le défaut de lui fournir les détails des allégations sur lesquelles la Commission s'est appuyée constituait une violation du droit qu'il tient de l'article 7 de la Charte, celui d'exiger qu'il ne soit pas porté atteinte à sa liberté, sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale. Dans sa réponse, la Commission prétend qu'on a donné au requérant suffisamment de renseignements pour répondre aux allégations parce qu'il était déjà au courant des incidents. La Commission soutient en outre que la non-divulgarion était justifiée par le paragraphe 17(5) du *Règlement sur la libération conditionnelle de détenus*, qui permet la non-divulgarion des renseignements qui sous-tendent la décision portant révocation de la libération conditionnelle lorsque, de l'avis de la Commission, la divulgation mettrait en danger la sécurité des individus ou pourrait entraver les enquêtes menées en vertu de la Loi ou du Règlement. Il est allégué que le système de la libération conditionnelle s'effondrerait si les particuliers ne pouvaient fournir de renseignements aux agents du Service correctionnel sans craindre de représailles. En tout état de cause, les exigences constitutionnelles ont été remplies parce que l'«essentiel» des allégations a été communiqué au requérant, ce qui satisfait aux exigences de l'article 7 dans le contexte libération conditionnelle/pénitencier selon les décisions *Cadieux* et *Latham*. Il échet d'examiner s'il y a eu violation de l'article 7 de la Charte en raison de la non-divulgarion de la part de la Commission, fondée sur le paragraphe 17(5) du *Règlement sur la libération conditionnelle de détenus*, et, dans l'affirmative, si le paragraphe était justifié dans les circonstances ou sous le régime de l'article premier de la Charte.

*Held*, the application should be allowed.

If, as suggested by the Board, the applicant knew of the incidents underlying the parole suspension, he would already know the identity of the informants and there would be no reason for non-disclosure.

The applicant's Charter, section 7 rights had been infringed by the refusal to provide him with the confidential information upon which the Board relied. The principles of fundamental justice entitle an individual to know the case against him in a decision-making process which leads to a diminution of liberty. The applicant was entitled to sufficient detail respecting the allegations against him to enable him to respond intelligently thereto unless the respondent demonstrated otherwise. The guarantees provided by Charter, section 7 vary with the circumstances. Although the applicant's liberty was conditional, and subject to revocation without all the procedural guarantees which pertain in a court of law, his position was as close to that of an individual who has unconditional liberty as it could be within the correctional system. Because the incidents complained of took place outside the prison situation, institutional considerations as to the identification of informants did not exist. An individual's liberty (even the conditional liberty which a parolee enjoys) must weigh heavily in the scales when compared to competing interests. In addition to the public interest in ensuring the safety of society from paroled inmates, there is the public interest in employing procedures which are fair for dealing with all members of society, including paroled inmates. Cases indicating that section 7 requires only that inmates be provided with the "gist" or an "outline" of the allegations, were distinguished as, in each case, the inmate's liberty had been more restricted than the applicant's. In any event, the applicant had not even been provided with the "gist" of the allegations.

The Board failed to demonstrate either that the particular circumstances justified the non-disclosure or that a parole system which authorizes the Board to refuse disclosure of information in accordance with subsection 17(5) was justifiable pursuant to Charter, section 1. There was no evidence of an ongoing police investigation which would be prejudiced by the disclosure of the information. The only investigation was the one which led to revocation of the applicant's parole, and administrative convenience does not justify a denial of fundamental justice. The Correctional Service could not rely on the exemptions in the *Access to Information Act* and *Privacy Act*, which prescribe circumstances under which individuals will not be given certain information which they seek from the government. Those provisions do not apply where the individual seeking information is faced with loss of liberty as a result of decisions being made on the basis of that information. The assertion that the information was accurate was self-serving and was no answer to the applicant's perception that he was being dealt with arbitrarily and capriciously. There was no compelling evidence that disclosure would reveal the identity of the informers or that their safety was threatened or that the parole system would be undermined if the information was

*Jugement*: la demande devrait être accueillie.

Si, comme l'a suggéré la Commission, le requérant connaissait les incidents qui sous-tendent la suspension de la libération conditionnelle, il connaîtrait déjà l'identité des indicateurs et rien ne justifierait la non-divulgence.

a Il y a eu violation des droits que le requérant tient de l'article 7 de la Charte du fait que la Commission a refusé de lui fournir les renseignements sur lesquels elle s'est appuyée. Les règles de justice fondamentale permettent à un particulier de connaître l'accusation portée contre lui dans un processus décisionnel qui conduit à une diminution de sa liberté. Le requérant a droit à des détails suffisants sur les allégations faites à son encontre pour lui permettre d'y répondre intelligemment, à moins que l'intimée ne puisse rapporter la preuve du contraire. Les garanties prévues à l'article 7 de la Charte varient selon les circonstances. Bien que la liberté du requérant soit conditionnelle et puisse être révoquée sans qu'il faille appliquer toutes les garanties procédurales judiciaires, sa position est aussi proche de celle d'un individu qui jouit d'une liberté inconditionnelle qu'elle peut l'être dans le système correctionnel. Les incidents reprochés ayant eu lieu en dehors du milieu carcéral, les préoccupations institutionnelles relatives à l'identification des indicateurs n'existent pas. La liberté d'un individu (même la liberté conditionnelle dont un libéré conditionnel jouit) doit compter beaucoup par comparaison avec les intérêts opposés. En plus de l'intérêt public au nom duquel la société doit être protégée contre les libérés conditionnels, c'est également dans l'intérêt public qu'il faut employer des procédures qui soient justes dans le traitement de tous les membres de la société, dont les libérés conditionnels. Les décisions qui indiquent que l'article 7 exige seulement que les détenus obtiennent l'«essentiel» ou les «grandes lignes» des allégations ont fait l'objet d'une distinction car, dans chaque cas, la liberté du détenu était plus restreinte que celle du requérant. En tout état de cause, on n'a pas fourni au requérant l'«essentiel» des allégations.

b La Commission n'a pas démontré ou bien que les faits particuliers justifiaient la non-divulgence, ou bien qu'un système de libération conditionnelle qui autorise la Commission à refuser la divulgation de renseignements conformément au paragraphe 17(5) pouvait être justifié sur le fondement de l'article premier de la Charte. Rien ne prouve l'existence d'une enquête policière en cours à laquelle la divulgation des renseignements porterait préjudice. La seule enquête qui existe est celle qui a conduit à la révocation de la libération conditionnelle du requérant, et les motifs de commodité administrative ne justifient pas un déni de justice fondamentale. Le Service correctionnel ne saurait s'appuyer sur les exemptions prévues par la *Loi sur l'accès à l'information* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, qui prévoient les cas où les individus n'auront pas certains renseignements qu'ils cherchent à obtenir du gouvernement. Ces dispositions ne s'appliquent pas lorsque l'individu qui cherche à obtenir des renseignements fait face à une perte de liberté par suite de décisions rendues sur la base de ces renseignements. L'affirmation selon laquelle les renseignements étaient exacts manque d'objectivité, et il ne s'agit pas là d'une réponse à l'idée de traitement arbitraire que le requérant se fait. Il n'existe aucune preuve convaincante selon laquelle la divulgation révélerait l'identité des indicateurs, j leur sécurité a été mise en danger ou le système de la libération conditionnelle serait sapé si les renseignements étaient divulgués. Fait également défaut la preuve comparative de l'exis-

disclosed. Nor was there any comparative evidence of similar procedures in other democratic jurisdictions.

The argument that disclosure at an *in camera* hearing would have an adverse effect on the working of the parole system, was not credible. The Court deals with many situations in which confidential information is brought before it under legislation such as the *Access to Information Act* and the *Canada Evidence Act*.

It was not necessary to decide whether subsection 17(5) was *ultra vires*. Subsection 17(5) was not applicable to deny a paroled inmate information forming the basis for the decision to revoke parole. That subsection is disturbingly broad in that it does not distinguish between non-disclosure of information essential to allow an individual to know the case against him, and more peripheral information. It seems to authorize non-disclosure simply because information was received in confidence. This can never justify limiting the guarantees of fundamental justice. Furthermore it seems to require only the possibility, not the probability of harm. Finally, it is doubtful that a procedure permitting the same body to decide both the merits of the applicant's parole revocation and how much of the information which is before it will be disclosed to the applicant, meets the requirements of Charter, section 1.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1.  
*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 37.  
*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, 7.  
*Parole Act*, R.S.C., 1985, c. P-2.  
*Parole Regulations*, C.R.C., c. 1249, s. 17(5) (as am. by SOR/86-817, s. 4).  
*Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Howard v. Stony Mountain Institution*, [1984] 2 F.C. 642; (1985), 19 D.L.R. (4th) 502; 11 Admin. L.R. 63; 19 C.C.C. (3d) 195; 45 C.R. (3d) 242; 17 C.R.R. 5; 57 N.R. 280 (C.A.); *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6

tence de semblables procédures dans d'autres instances démocratiques.

L'argument selon lequel la divulgation à une audience à huis clos porterait atteinte au fonctionnement du système de la libération conditionnelle n'est pas digne de foi. La Cour connaît de plusieurs situations où des renseignements confidentiels sont portés à sa connaissance en vertu de lois telles que la *Loi sur l'accès à l'information* et la *Loi sur la preuve au Canada*.

Il n'est pas nécessaire de décider si le paragraphe 17(5) est *ultra vires*. Ce paragraphe ne s'applique pas pour refuser à un libéré conditionnel les renseignements qui sous-tendent la décision portant révocation de la libération conditionnelle. Il est d'une portée générale préoccupante en ce sens qu'il ne fait aucune distinction entre la non-divulgation de renseignements essentiels à la connaissance par un individu de l'accusation portée contre lui et la non-divulgation de renseignements qui sont de nature plus marginale. Il semble autoriser la non-divulgation simplement parce que les renseignements sont reçus de façon confidentielle. Cela ne peut jamais justifier de restreindre les garanties de la justice fondamentale. Qui plus est, il semble exiger seulement la possibilité et non la probabilité d'un préjudice. En dernier lieu, il est douteux qu'une procédure qui permet au même organisme de décider du bien-fondé de la révocation de la libération conditionnelle du requérant et de la partie des renseignements dont il dispose qui va être divulguée à celui-ci remplisse les exigences de l'article premier de la Charte.

#### 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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 7.  
*Loi sur la libération conditionnelle*, L.R.C. (1985), chap. P-2.  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), chap. C-5, art. 37.  
*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), chap. P-21.  
*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), chap. A-1.  
*Règlement sur la libération conditionnelle de détenus*, C.R.C., chap. 1249, art. 17(5) (mod. par DORS/86-817, art. 4).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Howard c. Établissement Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642; (1985), 19 D.L.R. (4th) 502; 11 Admin. L.R. 63; 19 C.C.C. (3d) 195; 45 C.R. (3d) 242; 17 C.R.R. 5; 57 N.R. 280 (C.A.); *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6

W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241.

## DISTINGUISHED:

*Latham v. Solicitor General of Canada*, [1984] 2 F.C. 734; (1984), 9 D.L.R. (4th) 393; 5 Admin. L.R. 70; 12 C.C.C. (3d) 9; 39 C.R. (3d) 78 (T.D.); *Cadieux v. Director of Mountain Institution*, [1985] 1 F.C. 378; (1984), 9 Admin. L.R. 50; 13 C.C.C. (3d) 330; 41 C.R. (3d) 30; 10 C.R.R. 248 (T.D.); *Demaria v. Regional Classification Board*, [1987] 1 F.C. 74; (1986), 21 Admin. L.R. 227; 30 C.C.C. (3d) 55; 53 C.R. (3d) 88; 5 F.T.R. 160; 69 N.R. 135 (C.A.).

## CONSIDERED:

*Gough v. Canada (National Parole Board)*, [1991] 1 F.C. 160 (T.D.); *Gough v. Canada (National Parole Board)*, [1991] 1 F.C. 171 (C.A.); *Gough v. Canada (National Parole Board)*, T-2439-90, F.C.T.D., Reed J., directions dated 8/11/90, not yet reported.

## REFERRED TO:

*Maxie v. Canada (National Parole Board)*, [1987] 1 F.C. 617; (1986), 32 C.C.C. (2d) 231; 55 C.R. (3d) 143; 27 C.R.R. 337; 79 N.R. 176 (C.A.).

## AUTHORS CITED

Evans, J. M. *de Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed., London: Stevens & Sons Ltd., 1980.

## COUNSEL:

*David P. Cole* for applicant.  
*Geoffrey S. Lester* for respondent.

## SOLICITORS:

*David P. Cole* for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

REED J.: The issue in this application is the extent to which section 7 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]] requires that a paroled inmate be given information concerning the allegations upon

W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241.

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Latham c. Solliciteur général du Canada*, [1984] 2 C.F. 734; (1984), 9 D.L.R. (4th) 393; 5 Admin. L.R. 70; 12 C.C.C. (3d) 9; 39 C.R. (3d) 78 (1<sup>re</sup> inst.); *Cadieux c. Directeur de l'établissement Mountain*, [1985] 1 C.F. 378; (1984), 9 Admin. L.R. 50; 13 C.C.C. (3d) 330; 41 C.R. (3d) 30; 10 C.R.R. 248 (1<sup>re</sup> inst.); *Demaria c. Comité régional de classement des détenus*, [1987] 1 C.F. 74; (1986), 21 Admin. L.R. 227; 30 C.C.C. (3d) 55; 53 C.R. (3d) 88; 5 F.T.R. 160; 69 N.R. 135 (C.A.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Gough c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1991] 1 C.F. 160 (1<sup>re</sup> inst.); *Gough c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1991] 1 C.F. 171 (C.A.); *Gough c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, T-2439-90, C.F. (1<sup>re</sup> inst.), juge Reed, directives en date du 8-11-90, encore inédites.

## DÉCISION CITÉE:

*Maxie c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1987] 1 C.F. 617; (1986), 32 C.C.C. (2d) 231; 55 C.R. (3d) 143; 27 C.R.R. 337; 79 N.R. 176 (C.A.).

## DOCTRINE

Evans, J. M. *de Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed., London: Stevens & Sons Ltd., 1980.

## AVOCATS:

*David P. Cole* pour le requérant.  
*Geoffrey S. Lester* pour l'intimée.

## PROCUREURS:

*David P. Cole* pour le requérant.  
*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 REED: Le litige dans la présente demande porte sur la mesure dans laquelle l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] exige de donner à un libéré

which the National Parole Board is relying when deciding to revoke his parole.

The application first came before me on October 3, 1990. I rendered a decision [[1991] 1 F.C. 160] from the bench which gave the National Parole Board an option of choosing one of two possible orders which I proposed to issue. The first was an order quashing the Board's decision of June 21, 1990, which decision had revoked the applicant's parole. The second was an order requiring an *in camera* hearing, before the Court, at which the Board would have an opportunity to demonstrate that its refusal to disclose certain information to the applicant was justified. (The information in question formed the basis for the Board's decision to revoke the applicant's parole.) The Board chose the second option, on the understanding that it would appeal whichever order was given.

The Court of Appeal rendered a decision on October 29, 1990 [[1991] 1 F.C. 171] returning the matter to me for resumption of the hearing, with the admonition that I could not compel the Board to bring forward for review by the Court the confidential information in question. In written reasons, Mr. Justice Mahoney stated, that on the resumption of the hearing, I was not "bound to renew or continue the options" which I had previously offered. Nor was I required "to devise new options"; he added that whether I did so or not "will be in her discretion". I subsequently issued directions, dated November 8, 1990 [T-2439-90, not yet reported] with respect to the resumed hearing. That hearing was held on November 26, 1990.

#### Facts

I do not propose to reiterate the facts and analysis which are set out in the three decisions which have already been given. Suffice it to say the applicant had been on parole for 5½ years when he was apprehended and his parole revoked. His parole record had been exemplary. He held, at the time, a "parole reduced" status. I understand

conditionnel des renseignements concernant les allégations sur lesquelles la Commission nationale des libérations conditionnelles s'est appuyée pour révoquer sa libération conditionnelle.

<sup>a</sup> J'ai été pour la première fois saisie de la demande le 3 octobre 1990. J'ai rendu à l'audience une décision [[1991] 1 C.F. 160] donnant à la Commission nationale des libérations conditionnelles le choix d'une des deux ordonnances possibles que je me proposais de rendre. La première était une ordonnance qui infirmerait la décision par laquelle la Commission avait, le 21 juin 1990, révoqué la libération conditionnelle du requérant. <sup>b</sup> La deuxième était une ordonnance exigeant une audience à huis clos tenue devant la Cour, à laquelle la Commission aurait la possibilité de démontrer que son refus de divulguer certains renseignements au requérant était justifié. (Les renseignements en question sous-tendaient la décision par laquelle la Commission avait révoqué la libération conditionnelle du requérant.) La Commission a choisi la deuxième possibilité, étant entendu qu'elle interjetterait appel de l'ordonnance <sup>c</sup> qui serait rendue. <sup>d</sup>

Le 29 octobre 1990, la Cour d'appel a rendu son arrêt [[1991] 1 C.F. 171], me renvoyant l'affaire pour que je reprenne l'audience et m'avertissant <sup>f</sup> que je ne pourrais forcer la Commission à produire les renseignements confidentiels en question pour que la Cour les examine. Dans ses motifs écrits, le juge Mahoney a dit que, à la reprise de l'audience, je n'étais pas «tenu(e) de renouveler ou de continuer les options» que j'avais auparavant offertes. <sup>g</sup> Je n'étais pas non plus tenue «de concevoir de nouvelles options»; il a ajouté que, quelle que fût ma décision, «c'est à elle de décider». J'ai par la suite donné des directives, en date du 8 novembre <sup>h</sup> 1990 [T-2439-90, encore inédites], relatives à la reprise de l'audience. L'audience a eu lieu le 26 novembre 1990.

#### Les faits

<sup>i</sup> Je n'ai pas l'intention de répéter les faits et les analyses figurant dans les trois décisions qui ont déjà été rendues. Il suffit de dire que le requérant était en libération conditionnelle depuis cinq ans et demi lorsqu'il a été arrêté, et que sa libération <sup>j</sup> conditionnelle a été révoquée. Son dossier de libération conditionnelle était exemplaire. Il bénéfici-

this to be the least restrictive parole conditions which can be given to a parolee.

The applicant's parole was suspended as a result of complaints made to the Correctional Service Office on May 2 and 3, 1990. The complaints allege that he had committed acts of sexual assault which involved the use of illegal drugs and that there had been acts of coercion towards a number of adult females. The information given to the applicant concerning these alleged acts is set out in my reasons of October 3, 1990. The general quality of the information given can be demonstrated by the following excerpts:

[one report] completed April 10th, 1990 by the Correctional Service of Canada, contains information from a community source regarding a sexual assault . . . in November of 1989.

[the report] refers to the use of drugs, and that the victim was finally able to defend herself with a knife. The same [report] reports a second incident of sexual assault in the fall of 1989, against a second victim.

No information was given to the applicant as to the precise or even approximately precise dates or places or times when the alleged acts took place, nor were the names of the alleged victims given. (Some of the questioning of the applicant by the Board indicated that its attention was also focused on the July 23 - 24, 1989 weekend.)

#### He Already Knows?

The Board's first argument is that the applicant has been given enough information to enable him to answer the allegations against him because he knows of the incidents in question. This first contention can be easily answered. If the applicant has knowledge of the alleged incidents which underlie his parole suspension, then, there can be no reason not to disclose to him the Board's information concerning those incidents. If he knows about the incidents he will know the alleged victims. He may not know the informants but this is not, in any event, a relevant fact. To repeat, it is no answer to say that the applicant need not be given the information because he already knows it.

ciait, à l'époque, d'une «libération conditionnelle mitigée». A mon avis, il s'agit là des conditions de libération les moins restrictives qu'on puisse donner à un libéré conditionnel.

<sup>a</sup> La libération conditionnelle du requérant a été suspendue à la suite de plaintes formulées auprès du Bureau du Service correctionnel les 2 et 3 mai 1990. D'après ces plaintes, il aurait commis des actes d'agression sexuelle qui comportaient l'utilisation de drogues illégales, et des actes de contrainte à l'endroit d'un certain nombre d'adultes de sexe féminin. Les renseignements donnés au requérant relativement aux actes allégués se trouvent dans les motifs que j'ai prononcés le 3 octobre 1990. Les extraits suivants peuvent démontrer la qualité générale des renseignements donnés:

[TRADUCTION] [un rapport] terminé le 10 avril 1990 par le Service correctionnel du Canada, renferme des renseignements d'une source communautaire au sujet d'une agression sexuelle . . . en novembre 1989.

<sup>d</sup> [Dans le rapport] on fait allusion à l'utilisation de drogues et au fait que la victime a finalement pu se défendre avec un couteau. Le même [rapport] fait état d'un autre incident d'agression sexuelle survenu à l'automne 1989 à l'endroit d'une autre victime.

<sup>e</sup> On n'a donné au requérant aucun renseignement sur les dates et lieux précis ou même approximatifs de la perpétration des actes allégués, ni aucun nom des victimes présumées. (Il ressort d'une partie de l'interrogatoire du requérant par la Commission que son attention se concentrait également sur la fin de semaine du 23 et 24 juillet 1989.)

#### Il le sait déjà?

<sup>g</sup> La Commission prétend tout d'abord qu'on a donné au requérant suffisamment de renseignements pour lui permettre de répondre aux allégations faites à son encontre parce qu'il connaît les incidents en question. On peut facilement répondre à cette première prétention. Si le requérant a connaissance des incidents allégués qui sous-tendent la suspension de sa libération conditionnelle, il n'y a alors aucune raison de ne pas lui divulguer les renseignements que la Commission posséderait relativement à ces incidents. S'il est au courant des incidents, il doit connaître les prétendues victimes. Il se peut qu'il ne connaisse pas les indicateurs, mais il ne s'agit pas là, en tout état de cause, d'un fait pertinent. Je le répète, ce n'est pas une réponse que de dire qu'il n'est pas nécessaire qu'on lui donne les renseignements parce qu'il est au courant.

### Compliance With Regulation 17(5)

Even if the applicant does not know exactly which precise incidents were referred to in the information upon which the Board relied, it is argued that the non-disclosure is justified by virtue of subsection 17(5) of the *Parole Regulations* [C.R.C., c. 1249 (as am. by SOR/86-817, s. 4)]. Subsection 17(5) authorizes the Parole Board not to disclose (to an inmate or paroled inmate) information on which it is basing its decision when, in the Board's opinion, disclosure of the information:

17(5) ...

(a) could reasonably be expected to threaten the safety of individuals;

(e) could reasonably be expected to be injurious to the conduct of lawful investigations or the conduct of reviews pursuant to the Act or these Regulations, including any such information that would reveal the source of information obtained in confidence.

Counsel for the respondent argues that it is necessary, before making any other decision, for me to determine whether or not the Board has complied with subsection 17(5). That section, as noted above, requires disclosure to the paroled inmate of the information on which the Board is going to rely unless "in its opinion" that disclosure could reasonably be expected to threaten the safety of an individual or be injurious to the conduct of investigations under the Act [*Parole Act*, R.S.C., 1985, c. P-2]. I do not think a determination of whether the Board has complied with subsection 17(5) advances the argument one way or the other. The question is not whether the Board complied with subsection 17(5). The question is whether and in what circumstances the Board can revoke the parole of a person in the applicant's position without giving him enough information to answer the case against him, and in so doing not offend section 7 of the Charter.

It may very well be that in the absence of the Charter the Board's action in the present case would be unassailable. There is no doubt that Parliament can derogate from the common law

### Le respect du paragraphe 17(5) du Règlement

Même si le requérant ne connaît pas exactement les incidents précis dont il a été fait état dans les renseignements sur lesquels la Commission s'est appuyée, on prétend que la non-divulgation est justifiée en application du paragraphe 17(5) du *Règlement sur la libération conditionnelle de détenus* [C.R.C., chap. 1249 (mod. par DORS/86-817, art. 4)]. En vertu de ce paragraphe, la Commission n'est pas tenue de communiquer (à un détenu ou à un détenu en libération conditionnelle), les renseignements sur lesquels elle fonde sa décision lorsque, de l'avis de la Commission, la divulgation des renseignements:

17(5) ...

a) risquerait vraisemblablement de mettre en danger la sécurité d'une personne;

e) risquerait vraisemblablement de nuire au déroulement d'enquêtes licites ou d'examen faits en vertu de la Loi ou du présent règlement, notamment des renseignements qui permettraient de remonter à une source de renseignements obtenus de façon confidentielle.

L'avocat de l'intimée soutient que je dois, avant de rendre une autre décision, déterminer si la Commission a respecté le paragraphe 17(5). Ce paragraphe, ainsi qu'il a été noté ci-dessus, exige de communiquer au libéré conditionnel les renseignements sur lesquels la Commission va s'appuyer à moins que, «de l'avis de la Commission», cette divulgation risquerait vraisemblablement de mettre en danger la sécurité d'une personne ou de nuire au déroulement d'enquêtes faites en vertu de la Loi [*Loi sur la libération conditionnelle*, L.R.C., (1985), chap. P-2]. Je ne pense pas que le fait de déterminer si la Commission a respecté le paragraphe 17(5) du Règlement confirme l'argument d'une façon ou d'une autre. La question n'est pas de savoir si la Commission s'est conformée au paragraphe 17(5). Il s'agit de déterminer si et dans quelles circonstances la Commission peut révoquer la libération conditionnelle d'une personne qui se trouve dans la situation du requérant sans lui donner suffisamment de renseignements pour répondre à l'accusation portée contre lui, et ce, sans violer l'article 7 de la Charte.

Il est fort possible que, en l'absence de la Charte, l'acte de la Commission en l'espèce soit inattaquable. Il est certain que le législateur peut déroger aux principes de justice naturelle consa-

principles of natural justice should it decide to do so. In this case the derogation was by regulation, not by Parliament through statute, but no argument was made that subsection 17(5) was in any way an unauthorized subdelegation or unauthorized exercise of regulation-making authority. No argument was made that the Board did not fulfil the requirements of subsection 17(5) by relying on the decision of the Correctional Service officers regarding the necessity to keep the information confidential rather than making that decision itself. I did not understand counsel for the applicant to be challenging the Board's decision on the ground that the Board had not complied with subsection 17(5). I do not find it necessary to decide the question which counsel for the respondent insists must be answered.

### Section 7 of the Charter

Section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* provides:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

It is trite law that both at common law and under section 7 of the Charter the rules of fundamental justice require that an individual is entitled to know the case against him in a decision-making process which leads to a diminution of his liberty. The Board concedes that if the applicant were not a paroled inmate it would be a flagrant breach of his Charter rights for him to be deprived of his liberty without being given details of the allegations which underlie that deprivation. Concomitantly, counsel for the applicant points out that his client would be much better off if he had been charged with criminal offences in relation to the incidents which are alleged. If charges had been laid, there would be an obligation to reveal the names of the victims and to disclose some degree of specificity regarding dates, times and places of the events.

The requirement that an individual is entitled to know, and be given an opportunity to respond to the case against him is essential not only to prevent abuses by people making false accusations but also to give the person who has been accused the assurance that he or she is not being dealt with

crés en common law s'il décide de le faire. En l'espèce, la dérogation s'est effectuée par voie de réglementation et non par voie législative, mais on n'a nullement prétendu que le paragraphe 17(5) du Règlement constituait de toute façon une sous-délégation non autorisée ou un exercice non autorisé du pouvoir de réglementation. On n'a pas allégué que la Commission n'avait pas respecté les exigences du paragraphe 17(5) en s'appuyant sur la décision des agents du Service correctionnel relative à la nécessité de garder ces renseignements confidentiels plutôt que de prendre cette décision elle-même. Je ne crois pas que l'avocat du requérant ait contesté la décision de la Commission en invoquant le motif que la Commission ne s'était pas conformée au paragraphe 17(5) du Règlement. Je trouve inutile de trancher cette question qui doit recevoir une réponse selon l'insistance de l'avocat de l'intimée.

### L'article 7 de la Charte

L'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* est ainsi rédigé:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Il est de droit constant que, tant en common law qu'en vertu de l'article 7 de la Charte, les règles de justice fondamentale exigent qu'un particulier ait le droit de connaître l'accusation portée contre lui dans un processus décisionnel qui conduit à une diminution de sa liberté. La Commission admet que, si le requérant n'était pas un libéré conditionnel, ce serait une violation flagrante des droits qu'il tient de la Charte que de le priver de sa liberté sans lui donner les détails des allégations qui sous-tendent cette privation. Simultanément, l'avocat du requérant souligne que son client serait dans une bien meilleure position s'il avait été accusé d'infractions criminelles relativement aux incidents allégués. Si des accusations avaient été portées, il y aurait lieu à l'obligation de révéler les noms des victimes et de divulguer avec une certaine précision les dates, l'époque et les lieux des événements.

L'obligation de permettre à un particulier de connaître l'accusation portée contre lui et d'avoir la possibilité d'y répondre s'impose non seulement pour empêcher les abus des gens qui portent de fausses accusations mais aussi pour assurer à l'accusé qu'il ne fait pas l'objet d'un traitement arbi-



arbitrarily or capriciously. A particularly eloquent history of the principle is found in *de Smith's Judicial Review of Administrative Action* (4th ed., 1980) at pages 157-158:

That no man is to be judged unheard was a precept known to the Greeks, inscribed in ancient times upon images in places where justice was administered, proclaimed in Seneca's *Medea*, enshrined in the scriptures, mentioned by St. Augustine, embodied in Germanic as well as African proverbs, ascribed in the Year Books to the law of nature, asserted by Coke to be a principle of divine justice, and traced by an eighteenth-century judge to the events in the Garden of Eden. [Footnotes omitted.]

### Guarantees Provided by Section 7 Will Vary With the Circumstances

It is clear that the requirements of fundamental justice operate on a spectrum. The content of such requirements vary with the circumstances of the case. The Federal Court of Appeal made this very clear in *Howard v. Stony Mountain Institution*, [1984] 2 F.C. 642, at page 661:

... the standard of what is required to satisfy the section [section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*] in its procedural sense, as it seems to me, is not necessarily the most sophisticated or elaborate or perfect procedure imaginable but only that of a procedure that is fundamentally just. What that may require will no doubt vary with the particular situation and the nature of the particular case. An unbiased tribunal, knowledge by the person whose life, liberty or security is in jeopardy of the case to be answered, a fair opportunity to answer and a decision reached on the basis of the material in support of the case and the answer made to it are features of such a procedure. [Underlining added.]

And at page 663, Thurlow C.J. explained with respect to an inmate's right to counsel:

... it appears to me that whether or not the person has a right to representation by counsel will depend on the circumstances of the particular case, its nature, its gravity, its complexity, the capacity of the inmate himself to understand the case and present his defence. The list is not exhaustive. And from this, it seems to me, it follows that whether or not an inmate's request for representation by counsel can lawfully be refused is not properly referred to as a matter of discretion but is a matter of right where the circumstances are such that the opportunity to present the case adequately calls for representation by counsel. It may be that where the circumstances do not point to that conclusion a residual authority to permit counsel nevertheless is exercisable by the appropriate official but that area is not I think within the purview of section 7. [Underlining added.]

traire. L'historique particulièrement éloquent de ce principe se trouve dans *de Smith's Judicial Review of Administrative Action* (4<sup>e</sup> éd., 1980), aux pages 157 et 158:

a [TRADUCTION] Le fait qu'aucun homme ne doive être jugé sans qu'il soit entendu était un précepte connu des Grecs, gravé à l'époque ancienne sur des images se trouvant aux endroits où la justice est rendue, proclamé dans *Medea* de Seneca, consacré dans l'Écriture sainte, mentionné par Saint Augustin, figurant dans les proverbes germaniques et africains, que l'almanach b attribue à la loi de la nature, dont Coke affirme qu'il est un principe de justice divine et dont un juge du dix-huitième siècle a établi qu'il remontait aux événements du jardin d'Éden. [Renvois omis.]

### Les garanties prévues à l'article 7 vont varier selon les circonstances

Il est clair que les exigences de justice fondamentale couvrent un large spectre. La teneur de ces exigences varie selon les circonstances de l'affaire. La Cour d'appel fédérale a bien précisé cette idée dans l'affaire *Howard c. Établissement Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642, à la page 661:

... à mon avis, la norme à respecter pour répondre aux exigences de l'article [article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*] en matière de procédure n'est pas nécessairement la procédure la plus parfaite, la plus subtile ou la plus élaborée qu'on puisse imaginer, mais simplement en fait une procédure qui soit fondamentalement équitable. Ce que cela exigera ne manquera pas de varier selon la situation particulière et la nature du dossier. Un tribunal impartial, la connaissance par la personne dont la vie, la liberté ou la sécurité sont menacées de l'accusation contre laquelle elle doit se défendre, une occasion raisonnable de se défendre et une décision prise à la lumière de la preuve produite à l'appui de l'accusation et de la défense présentée à l'encontre de cette accusation, sont autant de caractéristiques d'une telle procédure. [C'est moi qui souligne.]

Et à la page 663, le juge en chef Thurlow donne des explications relatives au droit d'un détenu d'être représenté par avocat:

... il me semble que la question de savoir si oui ou non une personne a le droit d'être représentée par avocat dépendra des circonstances de l'espèce, de sa nature, de sa gravité, de sa complexité, de l'aptitude du détenu lui-même à comprendre la cause et à présenter sa défense. Cette liste n'est pas exhaustive. Il s'ensuit donc, à mon avis, que la question de savoir si la requête d'un détenu en vue d'être représenté par avocat peut être légalement refusée ne peut être considérée comme une question de discrétion, car il s'agit d'un droit qui existe lorsque les circonstances sont telles que la possibilité d'exposer adéquatement la cause du détenu exige la représentation par avocat. Il se peut que, lorsque les circonstances ne mènent pas à cette conclusion, le fonctionnaire responsable dispose néanmoins d'un pouvoir résiduaire lui permettant d'autoriser la présence d'un avocat, mais ce point n'entre pas, selon moi, dans le champ d'application de l'article 7. [C'est moi qui souligne.]

Mr. Justice Strayer made a similar observation in *Latham v. Solicitor General of Canada*, [1984] 2 F.C. 734 (T.D.), at pages 747-748:

... fundamental justice requires procedural fairness commensurate with the interest affected ... and fairness requires at least an outline being given to the person affected of the allegations being considered by a tribunal in deciding whether to deny that person his liberty. [Underlining added.]

### Paroled Inmate—Conditional Liberty Only

The respondent argues that the applicant, as a paroled inmate, enjoys only a conditional liberty and that this reduced right to liberty justifies the refusal, by the Board, to make the information in question available. It is argued that the public interest in non-disclosure (as expressed in subsection 17(5)) must be weighed against the individual's interest in having sufficient information to answer the case against him. It is argued that the parole system will break down and become unworkable if individuals are not able to supply information to Correctional Service officers without fear of reprisal. It is argued that people must be able to supply information concerning the activities of paroled inmates on the understanding that that information will be kept confidential and that the Parole Board must be allowed to rely on this information in making decisions respecting the continuation of an inmate's parole.

There is no doubt that the applicant's liberty is conditional.<sup>1</sup> It can be revoked without the requirement to prove criminal offences beyond a reasonable doubt and without all the procedural guarantees which pertain in a court of law. At the same time, there can be little doubt that the applicant's conditional liberty interest, in this case, is at the high end of the spectrum. The applicant's position is close to that of an individual who has

<sup>1</sup> *Latham v. Solicitor General of Canada*, [1984] 2 F.C. 734 (T.D.), at pp. 744-745; *Cadieux v. Director of Mountain Institution*, [1985] 1 F.C. 378 (T.D.), at pp. 396-398; *Maxie v. Canada (National Parole Board)*, [1987] 1 F.C. 617 (C.A.).

Le juge Strayer a fait une observation semblable dans l'affaire *Latham c. Solliciteur général du Canada*, [1984] 2 C.F. 734 (1<sup>re</sup> inst.), aux pages 747 et 748:

<sup>a</sup> ... la justice fondamentale exige une équité procédurale qui correspondre à l'intérêt touché ... et l'équité exige au moins qu'on donne, à la personne que visent les allégations examinées par un tribunal pour décider s'il y a lieu de priver cette personne de sa liberté, les grandes lignes de ces allégations. [C'est moi qui souligne.]

<sup>b</sup>

### Le libéré conditionnel—Liberté conditionnelle seulement

L'intimée soutient que le requérant, en tant que libéré conditionnel, jouit seulement d'une liberté conditionnelle, et que ce droit restreint à la liberté justifie le refus par la Commission de rendre disponibles les renseignements en question. Elle fait valoir que l'intérêt public dans la non-divulcation (exprimé au paragraphe 17(5) du Règlement) doit être examiné par rapport au droit de l'individu d'avoir suffisamment de renseignements pour répondre à l'accusation portée contre lui. Toujours selon l'intimée, le système de la libération conditionnelle va s'effondrer et devenir impraticable si les particuliers ne peuvent fournir de renseignements aux agents du Service correctionnel sans crainte de représailles. Elle soutient encore que les gens doivent être à même de donner des renseignements sur les activités de détenus en libération conditionnelle, étant entendu que ces renseignements vont être tenus confidentiels, et que la Commission des libérations conditionnelles doit être autorisée à s'appuyer sur ces renseignements en décidant de la continuation de la libération conditionnelle d'un détenu.

<sup>h</sup> Il ne fait pas de doute que la liberté du requérant est conditionnelle<sup>1</sup>. Elle peut être révoquée sans qu'il faille prouver les infractions criminelles hors de tout doute raisonnable ni appliquer toutes les garanties procédurales judiciaires. En même temps, on ne doute guère que le droit à la liberté conditionnelle du requérant se trouve, en l'espèce, en tête du spectre. La position du requérant est proche de celle d'un individu qui jouit d'une liberté

<sup>1</sup> *Latham c. Solliciteur général du Canada*, [1984] 2 C.F. 734 (1<sup>re</sup> inst.), aux p. 744-745; *Cadieux c. Directeur de l'établissement Mountain*, [1985] 1 C.F. 378 (1<sup>re</sup> inst.), aux p. 396 à 398; *Maxie c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1987] 1 C.F. 617 (C.A.).

unconditional liberty. It is as close to that position as it can be within the correctional system. The applicant is on full parole and has been for many years. He has a "parole reduced" status. The incidents which allegedly took place, took place outside the prison situation. Institutional considerations with respect to the identification of informants within the prison walls do not exist. An individual's liberty (even the conditional liberty which a parolee enjoys) weighs very heavily in the scales when compared to competing interests.

I would note in passing that while it is usual to characterize the applicant's rights as "individual" rights, which are counterpoised to the public interest (in ensuring that paroled inmates do not commit acts harmful to members of the public), there is also a public interest in employing procedures which are fair, for dealing with all members of society including paroled inmates. Procedures which have the appearance of being arbitrary and capricious are by their very nature not in the public interest.

#### Section 7 Requirements in the Parole/Penitentiary Context

Counsel argues that the constitutional requirements have been met because "the gist" of the allegations which are made against the applicant has been communicated to him. In *Cadieux v. Director of Mountain Institution*, [1985] 1 F.C. 378 (T.D.), I indicated that section 7 of the Charter required that an inmate who had had his unescorted temporary absence program cancelled was entitled to know the "gist" of the allegations against him. In *Latham v. Solicitor General of Canada*, [1984] 2 F.C. 734 (T.D.), Mr. Justice Strayer held that the requirements of fundamental justice in section 7 require that a paroled inmate who has his day parole revoked should be given an "outline" of the allegations being considered by the Board [at page 748]:

A law which purports to deny even this is not a reasonable limitation within the meaning of section 1 of the Charter of the rights guaranteed in section 7 thereof. Section 17 of the *Parole Regulations* should therefore not be applied in a manner to deny this right.

inconditionnelle. Elle est aussi proche de cette position qu'elle peut l'être dans le système correctionnel. Le requérant jouit d'une libération conditionnelle totale et ce, depuis plusieurs années. Il a un statut de «libération conditionnelle mitigée». Les incidents qui se seraient produits sont survenus en dehors du milieu carcéral. Les préoccupations institutionnelles relatives à l'identification des indicateurs au sein du milieu carcéral n'existent pas. La liberté d'un individu (même la liberté conditionnelle dont un libéré conditionnel jouit) compte beaucoup par comparaison avec les intérêts en concurrence.

Je ferai remarquer que, bien qu'il soit habituel de qualifier les droits du requérant de droits «individuels», qui font contrepois à l'intérêt public (qui veille à ce que les libérés conditionnels ne commettent pas d'actes nuisibles aux membres du public), c'est également dans l'intérêt public qu'il faut employer des procédures qui soient justes dans le traitement de tous les membres de la société dont les libérés conditionnels. Les procédures qui sont apparemment arbitraires ne correspondent pas de par leur nature même à l'intérêt public.

#### Les exigences de l'article 7 dans le contexte «libération conditionnelle/pénitencier»

L'avocat de l'intimée soutient que les exigences constitutionnelles ont été remplies parce que «l'essentiel» des allégations faites contre le requérant lui a été communiqué. Dans l'affaire *Cadieux c. Directeur de l'établissement Mountain*, [1985] 1 C.F. 378 (1<sup>re</sup> inst.), j'ai fait savoir que, en vertu de l'article 7 de la Charte, un détenu qui avait vu son programme d'absence temporaire sans escorte annulé était en droit de connaître l'«essentiel» des allégations faites contre lui. Dans l'affaire *Latham c. Solliciteur général du Canada*, [1984] 2 C.F. 734 (1<sup>re</sup> inst.), le juge Strayer a statué que les exigences de justice fondamentale figurant à l'article 7 font qu'un libéré conditionnel qui a vu sa libération conditionnelle de jour révoquée devrait avoir droit aux «grandes lignes» des allégations examinées par la Commission [à la page 748]:

Une loi qui prétend opérer même cette privation ne constitue pas une limite raisonnable au sens de l'article 1 de la Charte des droits garantis par son article 7. L'article 17 du *Règlement sur la libération conditionnelle* de détenus ne devrait donc pas s'appliquer de manière à nier ce droit.

Whether the requirement be described as one requiring that the "gist" of the allegations be provided or as one requiring that "an outline of the allegations" be provided is not important. In both cases what is required is enough detail to allow the individual to answer the allegations. The respondent in the present case has not provided the applicant with "the gist" of the allegations in the sense in which that term was used in *Cadieux*.

In *Demaria v. Regional Classification Board*, [1987] 1 F.C. 74, Mr. Justice Hugessen, speaking for the Federal Court of Appeal, examined the requirements of section 7 as they apply to an inmate who was being transferred from a medium security prison to a maximum security prison. He stated that an inmate has a right to have adequate notice of the allegations which form the reasons for the transfer and that he has a right to have fair opportunity to respond thereto. Mr. Justice Hugessen wrote, at pages 77-78:

The purpose of requiring that notice be given to a person against whose interests it is proposed to act is to allow him to respond to it intelligently. . . . Where, as here, it is not intended to hold a hearing or otherwise give the person concerned a right to confront the evidence against him directly, it is particularly important that the notice contain as much detail as possible, else the right to answer becomes wholly illusory. Indeed the present case is an excellent example of the right to answer being frustrated and denied by the inadequacy of the notice. The appellant is told that there are reasonable grounds for believing him to have brought in cyanide. He is given no hint of what those grounds are. The allegations against him are devoid of every significant detail. When? Where? How? Whence came the poison? How was it obtained? For what purpose? How much? The allegation is said to be based on information obtained by the Millhaven staff and the Ontario Provincial Police. What information comes from which source? Is there an informer involved? If so, how much of the substance of his statement can be revealed while protecting his identity? Have the police pursued their enquiries? Have they made any arrests? The list of questions is almost endless.

In the absence of anything more than the bald allegation that there were grounds to believe that he had brought in cyanide, the appellant was reduced to a simple denial, by itself almost less convincing than a positive affirmation, and futile speculation as to what the case against him really was.

There is, of course, no doubt that the authorities were entitled to protect confidential sources of information. A penitentiary is not a choir school and, if informers were involved (the record here does not reveal whether they were or not), it is important that they not be put at risk. But even if that were the case it should always be possible to give the substance of the information while protecting the identity of the informant. The

Qu'on qualifie cette obligation d'obligation de donner l'«essentiel» des allégations ou d'obligation de donner «les grandes lignes de ces allégations» importe peu. Dans les deux cas, il faut donner à l'individu suffisamment de détails pour lui permettre de répondre aux allégations. L'intimée à l'instance n'a pas fourni au requérant l'«essentiel» des allégations au sens que l'affaire *Cadieux* a donné à ce terme.

Dans l'affaire *Demaria c. Comité régional de classement des détenus*, [1987] 1 C.F. 74, le juge Hugessen, qui rendait l'arrêt de la Cour d'appel fédérale, a examiné les exigences de l'article 7 telles qu'elles s'appliquent à un détenu qui a été transféré d'un établissement à sécurité moyenne à un établissement à sécurité maximale. Selon lui, un détenu a droit à un avis suffisant des allégations qui justifient le transfèrement et à la possibilité équitable d'y répondre. Le juge Hugessen s'est prononcé en ces termes aux pages 77 et 78:

Si on exige qu'un avis soit donné à une personne contre laquelle on se propose d'agir, c'est pour permettre à celle-ci d'y répondre intelligemment. . . . Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, on n'entend pas tenir une audience ni conférer à la personne en cause le droit d'être mis directement en présence de la preuve présentée contre elle, il est particulièrement important que l'avis soit le plus détaillé possible; sinon le droit d'y répondre devient tout à fait illusoire. L'espèce illustre parfaitement de quelle façon un avis insuffisant peut rendre un tel droit inopérant. On fait savoir à l'appelant qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'il a introduit du cyanure dans la prison. Aucune indication ne lui est fournie sur la nature de ces motifs. Les allégations formulées à son sujet ne comportent aucun détail significatif. Où? Quand? Comment? D'où provenait le poison? Comment avait-il été obtenu? Pour quelles fins? Quelle en était la quantité? Les allégations sont censées être fondées sur des renseignements obtenus du personnel de Millhaven et de la Sûreté de l'Ontario. Quels renseignements proviennent de quelle source? Y a-t-il un indicateur en cause? Si tel est le cas, quelle partie de sa déclaration peut-on dévoiler tout en gardant son identité secrète? La police a-t-elle poursuivi son enquête? A-t-elle procédé à des arrestations? Les questions s'enchaînent presque à l'infini.

Comme il était simplement allégué qu'il existait des motifs de croire qu'il avait introduit du cyanure dans la prison, l'appelant était réduit à nier les faits allégués — ce qui en soi est presque toujours moins convaincant qu'une affirmation — et à se livrer à des spéculations futiles sur la nature réelle de la preuve présentée contre lui.

Il ne fait naturellement aucun doute que les autorités étaient justifiées de ne pas divulguer des sources de renseignements confidentielles. Un pénitencier n'est pas un établissement pour enfants de cœur et, si certains renseignements provenaient d'indicateurs (le dossier en l'espèce ne permet de tirer aucune conclusion à ce sujet), il est important que ces derniers soient protégés. Mais, même si cela était le cas, il devrait toujours être

burden is always on the authorities to demonstrate that they have withheld only such information as is strictly necessary for that purpose. A blanket claim, such as is made here, that "all preventive security information" is "confidential and (cannot) be released", quite apart from its inherent improbability, is simply too broad to be accepted by a court charged with the duty of protecting the subject's right to fair treatment. In the final analysis, the test must be not whether there exist good grounds for withholding information but rather whether enough information has been revealed to allow the person concerned to answer the case against him. But whichever way it be stated, the test is not met in the present case. [Footnote omitted.] [Underlining added.]

The *Latham, Cadieux* and *Demaria* cases all dealt with situations in which the inmate had a much more limited liberty interest than does the applicant in the present case. Those cases dealt with day parole, the unescorted temporary absence program and a transfer between penitentiaries. There is no doubt that the applicant, in the present case, is entitled to sufficient detail respecting the allegations being made against him to enable him to respond intelligently thereto unless the respondent can demonstrate otherwise.

#### Limitation "Prescribed by Law"—Section 1

The method of analysis for determining whether an abrogation of Charter rights has occurred is one under which the applicant must first prove a *prima facie* Charter right and, then, the responsibility shifts to the respondent to prove that the limitation in question is "reasonable" and "demonstrably justified in a free and democratic society". Section 1 of the Charter provides:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

In the case of section 7, since the rights guaranteed thereunder constitute a spectrum of guarantees, this involves first determining the content of the principles of fundamental justice flowing from section 7 applicable to the particular decision-making process being challenged (by reference to the particular circumstances of the case, the

possible de transmettre l'essentiel des renseignements tout en ne dévoilant pas l'identité de l'indicateur. Il incombe toujours aux autorités d'établir qu'elles n'ont refusé de transmettre que les renseignements dont la non-communication était strictement nécessaire à de telles fins. Outre son caractère invraisemblable, une affirmation générale, comme celle en l'espèce, voulant que [TRADUCTION] «tous les renseignements concernant la sécurité préventive» soient «confidentiels et (ne puissent) être communiqués», est tout simplement trop large pour être acceptée par un tribunal chargé de protéger le droit d'une personne à un traitement équitable. En dernière analyse, il s'agit de déterminer non pas s'il existe des motifs valables pour refuser de communiquer ces renseignements mais plutôt si les renseignements communiqués suffisent à permettre à la personne concernée de réfuter la preuve présentée contre elle. Mais quelle que soit la façon dont ce critère est énoncé, on n'y a pas satisfait en l'espèce. [Renvoi omis.] [C'est moi qui souligne.]

Les affaires *Latham, Cadieux* et *Demaria* portaient toutes sur des situations où le détenu avait droit à une liberté beaucoup plus restreinte que celle du requérant à l'instance. Il s'agissait de libération conditionnelle de jour, du programme d'absence temporaire sans escorte et de transfèrement entre pénitenciers. Il ne fait pas de doute que le requérant à l'instance a droit à des détails suffisants sur les allégations faites à son encontre pour lui permettre d'y répondre intelligemment, à moins que l'intimée ne puisse rapporter la preuve du contraire.

#### Restriction «par une règle de droit»—Article premier

Pour déterminer s'il y a eu abrogation de droits garantis par la Charte, il y a lieu pour le requérant de prouver tout d'abord un droit apparemment fondé sur la Charte, et il incombe par la suite à l'intimée de prouver le caractère «raisonnable» de la restriction en question «dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». L'article premier de la Charte est ainsi rédigé:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Dans le cas de l'article 7, puisque les droits qui y sont garantis constituent un spectre de garanties, il y a à déterminer tout d'abord la teneur des principes de justice fondamentale qui découlent de l'article 7 applicable au processus décisionnel particulier qui est contesté (compte tenu des faits particuliers de l'affaire, de la nature des intérêts en

nature of the interests involved, and the reasons and evidence which have been put forward to justify the limitations which have been placed in what are claimed as section 7 guarantees). When the limitations are not “prescribed by law” the enquiry stops at that stage. When the limitations are prescribed by law, however, the enquiry moves on to consider whether a section 1 justification might exist.

Subsection 17(5) is a limitation prescribed by law. The burden, then, is on the respondent to demonstrate that it is a “reasonable limit[] . . . demonstrably justified in a free and democratic society.”

#### National Parole Board's Justification

Three affidavits were filed, two by a Mr. Stienburg and one by a Mr. Harvey. The justifications set out therein can, in a general sense, be characterized as asserting that non-disclosure is necessary for the operation and effective working of the parole system. Indeed, counsel for the respondent went so far as to assert that an order which did not protect the type of confidential information which is in question in this case would undermine the whole parole system and the Board would simply have to cease granting paroles. (This was counsel's argument, it is not a consequence asserted in the affidavits filed.) Another ground upon which non-disclosure of the information is claimed to be justified is that the accuracy of that information is carefully checked before it is relied upon by the Board. I will quote from the affidavits.

Mr. Stienburg's affidavit of November 20, 1990 reads, in part, as follows:

7. That as appears on the face of several of the confidential information reports, information contained therein relating to the allegations of sexual assault were made in confidence. The said allegations were made to members of and social workers connected with the Correctional Services system.

8. That the said information reports clearly indicated that both victims did not want to press charges out of fear of reprisal by the applicant, and one of them did not want to sign a statement for reasons which I am unable to divulge without giving

cause, des motifs et des éléments de preuve qui ont été donnés pour justifier les restrictions qui ont été imposées à ce qui est réclamé comme garanties de l'article 7). Lorsque les restrictions ne sont pas imposées «par une règle de droit», l'enquête prend fin à ce stade. Lorsqu'elles le sont, l'enquête continue jusqu'à l'examen de la question de savoir si une justification fondée sur l'article premier pourrait exister.

Le paragraphe 17(5) constitue une restriction imposée par une règle de droit. Il incombe alors à l'intimée de démontrer qu'il s'agit d'une «limite[] qui soi[]t raisonnable[] et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

#### La justification de la Commission nationale des libérations conditionnelles

Trois affidavits ont été déposés, deux par un certain M. Stienburg et un par un certain M. Harvey. On peut en général qualifier les justifications qui y sont énoncées d'affirmation selon laquelle la non-divulgaration est nécessaire au fonctionnement efficace du système de la libération conditionnelle. En fait, l'avocat de l'intimée est allé jusqu'à affirmer qu'une ordonnance qui ne protégeait pas le type de renseignements confidentiels qui est en litige en l'espèce saperait le système de la libération conditionnelle tout entier, et que la Commission devrait simplement cesser d'accorder des libérations conditionnelles. (Telle était la conclusion de l'avocat; il ne s'agit pas d'une conséquence affirmée dans les affidavits déposés.) On invoque un autre motif pour la non-divulgaration: l'exactitude de ces renseignements est soigneusement vérifiée avant que la Commission ne s'appuie sur ceux-ci. Je vais citer des extraits de ces affidavits.

Voici une partie de l'affidavit établi par M. Stienburg le 20 novembre 1990:

[TRADUCTION] 7. Que, ainsi qu'il ressort de la formulation de plusieurs des rapports de renseignements confidentiels, les renseignements y figurant et se rapportant aux allégations d'agression sexuelle ont été donnés confidentiellement. Lesdites allégations ont été faites à des membres du Service correctionnel et à des assistants sociaux qui travaillent dans le domaine relatif au système des services correctionnels.

8. Qu'il ressort desdits rapports de renseignements que les deux victimes ne voulaient pas engager de poursuites par crainte de représailles de la part du requérant, et que l'une d'elles ne voulait pas signer une déclaration pour des raisons que je ne

sufficient information to enable the applicant to deduce her identity. One of the victims took certain steps to avoid the applicant, which steps I again cannot further detail without enabling the applicant to deduce her identity.

9. That the said confidential information reports also contained details of behaviour patterns on the part of the alleged assault victims, that the writers of the said reports believed were causally related to the said assaults and consequent thereon. Again, I am not at liberty to disclose further details without running the risk that the applicant will be able to deduce the sources' identities.

10. That I crave leave to refer to my previous affidavit and in particular to paragraph 24 thereof. Based on the information in the confidential information reports, and in particular the information that there was a series of sexual assaults alleged, the panel was of the view that from the very nature of the alleged assaults and the expressions of fear on the part of sources for the safety of the victims that the allegations implicated the victims and spelled danger for their safety.

11. That further to paragraph 10 hereof, the entire body of evidence was obtained by the several authors of the reports from sources, and the authors stated that some of the sources had obvious and objective fears of reprisals at the hands of the appellant.

13. That further to paragraph 11 thereof, furthermore in light of the highly confidential nature of the information and the refusal of the sources to agree to the release of the information in fear of reprisals, the panel shared all the information it could and withheld only such minimal information that it had authority to withhold under section 17(5) of the Parole Regulations.

14. That the said confidential information reports relied upon by the panel were all brought into existence as part of lawful investigations and the conduct of reviews pursuant to the Parole Act, and on the face of those reports where the point was mentioned and it was material to the context, the information from the sources had been given in confidence. In my opinion, backed by my experience with the police, the community, the prison system and the parole system in general, if information gathered in the course of an investigation pursuant to the Parole Act and Regulations cannot be given with an assurance that it will be kept confidential, that would be injurious to the conduct of such investigations, and consequently for the Board's capacity to assess risk.

15. That I am of the view that to share the contents of the confidential information reports in their entirety would not be in the public interest. The information was provided in confidence on the condition that it not be shared with the applicant . . . .

16. That I crave leave to refer further to my previous affidavit and in particular to paragraph 1 thereof. Based on my experience as a member of the Parole Board, I am of the definite view that to be required by law to share the complete contents of confidential information reports or any other information of a confidential nature without exception, or even to have such

peux divulguer sans donner suffisamment de renseignements pour permettre au requérant de déduire l'identité de la victime. L'une des victimes a pris des mesures pour éviter le requérant; je ne peux pas non plus détailler ces mesures sans permettre au requérant de déduire son identité.

<sup>a</sup> 9. Que lesdits rapports de renseignements contenaient également des détails sur le comportement des victimes d'agression alléguée, comportement dont les auteurs desdits rapports croyaient qu'il était le résultat desdites agressions. Encore une fois, il ne m'est pas loisible de révéler plus de détails sans risquer de permettre au requérant de déduire les identités des sources.

<sup>b</sup> 10. Que je sollicite l'autorisation de me référer à mon affidavit antérieur, en particulier au paragraphe 24 de cet affidavit. Compte tenu des renseignements figurant dans les rapports de renseignements confidentiels et en particulier de la plainte selon laquelle il y a eu une série d'agressions sexuelles, le comité a estimé que, de par la véritable nature des agressions alléguées et des expressions de crainte de la part des sources pour la sécurité des victimes, les allégations compromettaient les victimes et représentaient un danger pour leur sécurité.

<sup>c</sup> 11. Que comme suite au paragraphe 10 de la présente, le corps tout entier de la preuve a été obtenu des sources par les nombreux auteurs des rapports, et que les auteurs ont déclaré que certaines de ces sources avaient des craintes évidentes et objectives de représailles de la part de l'appellant.

<sup>d</sup> 13. Que, comme suite au paragraphe 11 de la présente, compte tenu en outre de la nature hautement confidentielle des renseignements et du refus des sources d'accepter la divulgation des renseignements par crainte de représailles, le comité a partagé tous les renseignements possibles et seulement retenu le minimum de renseignements qu'elle pouvait retenir en vertu du paragraphe 17(5) du Règlement sur la libération conditionnelle.

<sup>e</sup> 14. Que lesdits rapports de renseignements confidentiels sur lesquels s'est appuyé le comité ont tous été établis dans le cadre d'enquêtes licites et d'examen faits en vertu de la Loi sur la libération conditionnelle, et que, de par la formulation de ces rapports où il s'agissait d'un point important dans le contexte, les renseignements provenant des sources avaient été donnés à titre confidentiel. A mon avis, fort de mon expérience avec la police et la collectivité, le système carcéral et le système de la libération conditionnelle en général, si les renseignements rassemblés au cours d'une enquête fondée sur la Loi et le Règlement sur la libération conditionnelle ne peuvent être donnés sans l'assurance qu'ils seront gardés confidentiels, cela nuirait au déroulement de ces enquêtes et, par conséquent, à la capacité de la Commission d'évaluer le risque.

<sup>f</sup> 15. Que, à mon avis, le partage de la teneur des rapports de renseignements confidentiels dans leur totalité ne servirait pas l'intérêt public. Ces renseignements ont été donnés à titre confidentiel à la condition qu'ils ne soient pas partagés avec le requérant . . . .

<sup>g</sup> 16. Que je sollicite l'autorisation de me reporter encore à mon affidavit antérieur et en particulier au paragraphe 1 de celui-ci. Compte tenu de l'expérience que j'ai acquise en tant que membre de la Commission des libérations conditionnelles, je suis persuadé que le fait d'être tenu par la loi de partager la teneur complète des rapports de renseignements confidentiels

documents scrutinized by counsel for the applicant or by a judge of this Honourable Court, albeit in camera, would have a very serious and adverse effect on the process of gathering of information by the Correctional Service of Canada and therefore be injurious to the capacity of the National Parole Board to assess risk.

17. That in my view it is most important to the proper functioning of the parole system as established under the Parole Act and Regulations made thereunder that the Parole Board maintain the authority it has under section 17(5) of the Regulations that it is not required to supply information that, in its opinion, should not be disclosed on grounds of public interest including information the disclosure of which would fall within the various subparagraphs of that subsection. [Underlining added.]

The reasons set out in Mr. Stienburg's November 20, 1990 affidavit do not differ appreciably from those found in his earlier affidavit of October 18, 1990. I will however, quote one paragraph therefrom:

24. That further to paragraph 23 hereof, the Panel was of the opinion that Correctional Services Canada had taken all reasonable and necessary steps to verify the reliability of the information contained in the said Reports, and that under the circumstances it was safe for the Panel to proceed on the basis of the information contained in the said several Reports. In attempting to assess the quality of validity of the information, the Board reviewed and was forced to review very carefully the contents of the several Confidential Information Reports and it became quite impossible to ignore the very serious nature of the allegations.

The Panel was of the view that there was no compelling reason to believe that the allegations were anything but descriptions of incidents that the victims experienced. The Panel was further strengthened in its confidence in the reliability of the information in that some of the information was received from an essentially uninvolved source, which very graphically or clearly pointed out that one person had been advised of the Applicant's behaviour, and in fact confirmed that the Applicant did attempt to enter the private dwelling of one of the victims. Accordingly, the Panel was satisfied that the evidence submitted pointed to a very substantial increase in the level of risk which the Applicant presented to he [sic] community. In sum, it was the Panel's feeling that the weight of evidence that it had before it clearly pointed to behaviour which was not only unacceptable for a person on conditional release, but also criminal in nature. [Underlining added.]

Mr. Harvey's affidavit of November 19, 1990 explains the procedure by which information is gathered:

10. In the case of PIRs [Protected Information Reports], the information is only given to the Correctional Service of Canada on the specific condition that the Service guarantee that any information specified by the source to be kept in confidence will

ou tout autre renseignement de nature confidentielle sans exception, ou même de faire examiner ces documents par l'avocat du requérant ou par un juge de cette Cour, quoiqu'à huis clos, porterait sérieusement atteinte au processus du rassemblement de renseignements par le Service correctionnel du  
a Canada, donc à la capacité de la Commission nationale des libérations conditionnelles d'évaluer le risque.

17. Que, à mon avis, pour le fonctionnement approprié du système de la libération conditionnelle établi sous le régime de la Loi sur la libération conditionnelle et de son règlement d'application, il est très important que la Commission des libérations conditionnelles maintienne le pouvoir qu'elle tient du paragraphe 17(5) du Règlement, celui de n'être pas tenu de communiquer tout renseignement dont la divulgation nuirait à l'intérêt public et, entre autres, les renseignements dont la divulgation relèverait de divers alinéas de ce paragraphe. [C'est moi qui souligne.]

Les motifs invoqués dans l'affidavit établi par M. Stienburg le 20 novembre 1990 ne diffèrent pas beaucoup de ceux figurant dans son affidavit antérieur du 18 octobre 1990. Je vais toutefois en citer d un paragraphe:

[TRADUCTION] 24. Que, comme suite au paragraphe 23 de la présente, le Comité a estimé que le Service correctionnel du Canada avait pris les mesures raisonnables et nécessaires pour vérifier la fiabilité des renseignements figurant dans lesdits rapports et que, dans les circonstances, le Comité peut sans danger agir sur la base des renseignements figurant dans lesdits nombreux rapports. En tentant d'évaluer la qualité de la validité des renseignements, la Commission a examiné et était tenue d'examiner très soigneusement la teneur des Rapports de renseignements confidentiels, et il lui a été absolument impossible de ne pas tenir compte de la nature très sérieuse des allégations.

Selon le Comité, il n'y avait pas lieu de croire que les allégations n'étaient rien d'autre que la description des incidents que les victimes avaient connus. La confiance qu'avait le Comité dans la fiabilité des renseignements s'est trouvée renforcée par le fait que certains des renseignements avaient été obtenus d'une source qui n'était pas essentiellement impliquée, qui avait indiqué d'une façon très détaillée ou très claire qu'une personne avait été avisée du comportement du requérant, et avait en fait confirmé que le requérant avait effectivement tenté d'entrer dans la demeure de l'une des victimes. En conséquence, le Comité était convaincu que la preuve produite révélait une augmentation très substantielle du niveau de risque que le requérant représentait pour la collectivité. En bref, selon le Comité, il ressortait de la preuve dont il était saisi qu'il s'agissait d'un comportement qui était non seulement inacceptable pour une personne en libération conditionnelle, mais qui était aussi de nature criminelle. [C'est moi qui souligne.]

L'affidavit établi par M. Harvey le 19 novembre 1990 explique la procédure de rassemblement de renseignements:

[TRADUCTION] 10. Dans le cas des RRC [Rapports de renseignements confidentiels], les renseignements sont donnés au Service correctionnel du Canada seulement à la condition expresse que le Service garantisse que tout renseignement qui,



be kept in confidence. Not all such information is accepted under these conditions and the Correctional Service will only accept such confidential information if it falls under the specific exceptions listed in the *Access to Information Act* and the *Privacy Act* (specifically sections 16(1)(c) and 17 of the *Access to Information Act* and sections 22(1) and 25 of the *Privacy Act*), i.e. only in situations where the safety of individuals could reasonably be expected to be threatened or where divulging such information would jeopardize an ongoing police investigation.

12. In the case of an ongoing police investigation, any sharing of knowledge, including even the simple fact that such an investigation is in progress, may ruin months or years of work by police forces. However, this information may be of direct importance to a parole decision as, although it may not be conclusive in terms of laying new charges or obtaining convictions, it may be clear evidence to meet the different standard of proof of a breach of a condition of parole, for example, to not associate with known criminals, etc.

13. Where such information is received, reasonable steps are taken to verify the reliability of the information. The Parole Officer in the field or the Case Management Team will investigate the allegations and will present in the report all of the circumstances surrounding such information, including whether or not it can be independently substantiated and the existence of any factors or motives which might affect credibility of the source.

15. Parole officers and Case Management Officers are well aware of the potential for abuse in that such information may be made up by persons who are interested in revenge and not telling the truth. It is for this reason that such information is investigated and an assessment is made as to whether the information can be independently verified as well as the credibility and any potential conflict of interest of the source.

20. Use of PIRs is carefully monitored to prevent abuse of the process by sources and by Service personnel. However, the question of sharing the information with the inmate is not a simple one. Although subsequent changes in circumstances may result in a release of the information, or the information may be released pursuant to a decision under the *Privacy Act* or the *Access to Information Act*, our major concerns are two-fold: first, without the guarantee of anonymity, in many cases information vital to the protection of society would not be brought forward; and second, where such information is released against the request of a source, the present system is not able to protect that person from threat of violence. [Underlining added.]

selon la source, doit être gardé confidentiel, doit l'être. Tous les renseignements de ce genre ne sont pas acceptés dans ces conditions, et le Service correctionnel n'acceptera ces renseignements confidentiels que s'ils relèvent des exceptions expresses énumérées dans la *Loi sur l'accès à l'information* et dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels* (particulièrement l'alinéa 16(1)c) et l'article 17 de la *Loi sur l'accès à l'information* et le paragraphe 22(1) et l'article 25 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*), c'est-à-dire, seulement dans les cas où la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire à la sécurité des individus ou lorsque la divulgation de ces renseignements compromettrait une enquête policière en cours.

12. Dans le cas d'une enquête policière en cours, le partage d'une connaissance, notamment du simple fait même qu'une enquête est en cours peut ruiner des mois ou des années de travail par les forces policières. Toutefois, ces renseignements peuvent être d'une importance directe pour une décision en matière de libération conditionnelle puisque, bien qu'ils ne permettent pas de porter de nouvelles accusations ou d'obtenir des condamnations, ils peuvent constituer des indices clairs qui satisfont à la norme différente de la preuve de la violation d'une condition de la libération conditionnelle, à savoir, par exemple, qu'il ne faut pas s'associer avec les criminels connus, etc.

13. Lorsque ces renseignements sont reçus, des mesures raisonnables sont prises pour vérifier leur fiabilité. L'agent de libération conditionnelle sur le terrain ou l'équipe de gestion des cas vont faire enquête sur les allégations et présenter dans le rapport toutes les circonstances entourant ces renseignements, notamment la question de savoir s'ils peuvent faire l'objet d'une justification indépendante ou s'il existe des facteurs ou des mobiles qui pourraient affecter la crédibilité de la source.

15. Les agents de libération conditionnelle et les agents de gestion des cas sont bien au courant de la possibilité d'un abus, en ce sens que ces renseignements peuvent être donnés par des personnes qui s'intéressent à la vengeance et non à la vérité. C'est pour cette raison qu'on fait enquête sur ces renseignements et qu'on examine si les renseignements, ainsi que la crédibilité et la possibilité d'un conflit d'intérêts de la part de la source, peuvent être vérifiés indépendamment.

20. L'usage de RRC est soigneusement contrôlé pour empêcher l'abus du processus par les sources et le personnel du Service. Toutefois, la question du partage des renseignements avec le détenu n'est pas une question simple. Bien que des changements de circonstances ultérieurs puissent donner lieu à la divulgation des renseignements ou que les renseignements puissent être divulgués par suite d'une décision rendue en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ou de la *Loi sur l'accès à l'information*, nos préoccupations principales visent deux buts: tout d'abord, sans la garantie d'un anonymat, les renseignements essentiels à la protection de la société ne seraient pas disponibles dans plusieurs cas; et deuxièmement, lorsque ces renseignements sont divulgués contre la volonté d'une source, le système actuel n'est pas à même de protéger cette personne de la menace de violence. [C'est moi qui souligne.]

Assessment of the Affidavits

In assessing the affidavits filed on behalf of the National Parole Board, it is important, first, to keep clearly in mind that the issue in this case does not challenge the right of Correctional Service officers to receive information in confidence and keep it confidential. The issue in this case does not affect the process of information gathering by the Correctional Service of Canada (paragraph 16 of Mr. Stienburg's affidavit of November 20, 1990). The issue is not whether the Parole Board should be required to disclose the complete Correctional Services' file to the paroled inmate (paragraph 16 of Mr. Stienburg's affidavit of November 20, 1990). The issue is not whether the Board has to disclose the identity of informants. It clearly does not. There is never a requirement to disclose the names of informants since that fact is never relevant to the decision which must be made. An issue only arises when the disclosure of information will necessarily disclose the identity of the informant. The issue is whether the National Parole Board is required to either release information to the applicant (when disclosure will necessarily reveal the source of that information) or forego reliance on that information in making a decision on the applicant's parole.

With respect to the particular points made in the affidavits, there is no evidence that there is an on-going police investigation, in this case, which investigation would be prejudiced by the disclosure of the information in question (paragraph 12 of Mr. Harvey's affidavit). The only investigation about which there is any evidence is the one pursuant to the *Parole Act* and Regulations which led to the revocation of the applicant's parole (paragraphs 14 and 17 of the Stienburg affidavit of November 20, 1990). It was established in *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, that administrative convenience does not justify a denial of fundamental justice. As I understand the respondent's argument, in this case, it is more than just

Détermination de la valeur des affidavits

Dans la détermination de la valeur des affidavits déposés pour le compte de la Commission nationale des libérations conditionnelles, il faut tout d'abord se rappeler clairement que le litige en l'espèce ne porte pas sur la contestation du droit des agents du Service correctionnel de recevoir des renseignements à titre confidentiel et de conserver leur confidentialité. Le litige en l'espèce n'influe pas sur le processus du rassemblement de renseignements par le Service correctionnel du Canada (paragraphe 16 de l'affidavit en date du 20 novembre 1990 de M. Stienburg). Il ne s'agit pas de savoir si la Commission des libérations conditionnelles devrait être tenue de divulguer le dossier complet des services correctionnels au libéré conditionnel (paragraphe 16 de l'affidavit en date du 20 novembre 1990 de M. Stienburg). La question n'est pas non plus de savoir si la Commission doit divulguer l'identité des indicateurs. À l'évidence, elle n'y est pas tenue. Il n'y a jamais lieu à l'obligation de révéler les noms des indicateurs, puisque ce fait ne se rapporte jamais à la décision qui doit être prise. Une question ne se pose que lorsque la divulgation de renseignements va nécessairement révéler l'identité de l'indicateur. Il échet d'examiner si la Commission nationale des libérations conditionnelles est tenue soit de divulguer des renseignements au requérant (lorsque la divulgation va nécessairement révéler la source de ces renseignements) soit de s'abstenir de s'appuyer sur ces renseignements en décidant de la libération conditionnelle du requérant.

Pour ce qui est des points particuliers soulevés dans les affidavits, rien ne prouve l'existence d'une enquête policière en cours, en l'espèce, à laquelle la divulgation des renseignements en question porterait préjudice (paragraphe 12 de l'affidavit de M. Harvey). La seule enquête au sujet de laquelle il existe des éléments de preuve est celle faite en vertu de la *Loi sur la libération conditionnelle* et son Règlement d'application et qui a conduit à la révocation de la libération conditionnelle du requérant (paragraphes 14 et 17 de l'affidavit en date du 20 novembre 1990 de M. Stienburg). L'arrêt *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, a établi que les motifs de commodité administrative ne justifient pas le déni de justice fondamentale. Si je

administrative convenience which is alleged to require the limitations which have been imposed. Nevertheless, to the extent that any part of the respondent's argument might be based on administrative convenience, that argument has been answered by the decision in the *Singh* case (*supra*).

The reliance on provisions of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 and the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21 is misplaced. As has been said before those legislative provisions prescribe circumstances under which individuals will not be given certain information which they seek from the government. Those exemptions, however, are not designed to operate in the context of a situation where the individual seeking the information is faced with serious consequences respecting his liberty as a result of decisions being made on the basis of that information. Those statutes prescribe limits to an individual's access to information when the information being sought may be required for no more serious reason than idle curiosity. Also, in that context, this Court has a reviewing function which ensures that the exemptions claimed are properly so claimed—a role which the respondent categorically denies is appropriate in the more serious circumstances in which the applicant finds himself.

The respondent claims that the accuracy of the information in question has been carefully vetted. That may be true but I do not think it justifies refusing to provide the applicant with the information he seeks. The assertion, that the information is accurate, is self-serving and it is no answer to the applicant's perception that he is being dealt with arbitrarily and capriciously. The process of restricting an individual's liberty without being required to give details of the accusations against him is not rescued from invalidity by the decision maker's assertion that the information is true.

This leaves for consideration the main focus of the respondent's argument: the information was provided in confidence; the individuals who provided the information expressed concern that if their identities were known they would suffer reprisals at the hands of the applicant; the information cannot be disclosed without disclosing, at

comprends bien l'argument de l'intimée, en l'espèce, c'est plus que la commodité administrative qui est censée exiger les restrictions qui ont été imposées. Néanmoins, dans la mesure où une partie de l'argument de l'intimée pourrait reposer sur un motif de commodité administrative, il y a été répondu dans l'arrêt *Singh* précité.

Le recours aux dispositions de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), chap. A-1 et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), chap. P-21 est hors de propos. Ainsi qu'il a été dit ci-dessus, ces dispositions législatives prévoient les cas où les individus n'auront pas certains renseignements qu'ils cherchent à obtenir du gouvernement. Toutefois, ces exemptions ne sont pas conçues pour s'appliquer au contexte d'une situation où l'individu qui cherche à obtenir les renseignements fait face à de sérieuses conséquences relatives à sa liberté par suite de décisions rendues sur la base de ceux-ci. Ces lois prévoient la restriction de l'accès d'un individu à l'information lorsque l'information cherchée peut être demandée sans autre raison que la curiosité pure et simple. De même, dans ce contexte, cette Cour a une fonction de contrôle qui voit à ce que les exemptions réclamées soient réclamées de façon appropriée — rôle qui, l'intimée le nie catégoriquement, est approprié dans les circonstances plus sérieuses où se trouve le requérant.

L'intimée prétend que l'exactitude des renseignements en question a soigneusement été examinée. Il peut en être ainsi, mais je ne pense pas que cela justifie de refuser de fournir au requérant les renseignements qu'il cherche à obtenir. L'affirmation selon laquelle les renseignements sont exacts manque d'objectivité, et il ne s'agit pas là d'une réponse à l'idée de traitement arbitraire que le requérant se fait. Le fait de restreindre la liberté d'un individu sans être tenu de donner des détails sur les accusations portées contre lui n'est pas couvert par l'affirmation du décideur selon laquelle ces renseignements sont exacts.

Il reste à examiner le trait principal de l'argument de l'intimée: les renseignements ont été donnés de façon confidentielle; les individus qui ont donné ces renseignements se préoccupaient de ce que si leurs identités étaient connues, ils feraient l'objet de représailles de la part du requérant; les renseignements ne sauraient être divulgués sans

the same time, the identity of the informers. And, if the Parole Board cannot rely on such information, the ability of the Board to assess risk is seriously impaired and the functioning of the parole system undermined.

The affidavits address two questions: the particular facts of the applicant's case, and the rationale for the procedure established by, and content of subsection 17(5). Evidence with respect to the particular circumstances of the applicant's case might more properly be seen as relevant in determining whether or not a breach of fundamental justice has occurred than to determining whether a section 1 justification exists. In any event, in so far as the particular circumstances of the applicant's case is concerned, Mr. Stienburg's assertion that on the basis of statements set out in the various confidential reports, the Parole Board panel is persuaded that disclosure of additional information to the applicant would disclose the identity of the source, is not compelling evidence as to whether disclosure would in fact have that consequence. Similarly, Mr. Stienburg's assertion that, on the basis of the descriptions contained in the confidential reports (of the alleged assaults and the expressions of fear by the informants) the panel concluded that a threat to the safety of the informants would exist if disclosure took place, is not convincing evidence that in fact disclosure would have that result.

One wonders, for example, why the difficulties of protecting the informants in the present circumstances is any more severe than is the case with many situations of domestic violence. One wonders why the difficulty is any greater than that of protecting many witnesses who testify at criminal trials. These types of problems are not unique to the situation of a paroled inmate.

In so far as the evidence concerning the procedure of refusing disclosure, in accordance with subsection 17(5), is concerned, again there is a lack of persuasive evidence. The assertion that the operation of the parole system will be undermined if information of the kind in question is disclosed to the applicant (and by analogy to other appli-

révéler en même temps l'identité des indicateurs. Et si la Commission des libérations conditionnelles ne peut s'appuyer sur ces renseignements, l'aptitude de la Commission à évaluer les risques se trouve sérieusement diminuée et le fonctionnement du système de la libération conditionnelle, sapé.

Les affidavits abordent deux questions: les faits particuliers du cas du requérant, et le raisonnement quant à la procédure établie par le paragraphe 17(5) du Règlement et à la teneur de celui-ci. On pourrait considérer la preuve relative aux faits particuliers du cas de requérant comme servant davantage à déterminer s'il y a eu violation de la justice fondamentale qu'à déterminer si une justification fondée sur l'article premier existe. En tout état de cause, pour ce qui est des faits particuliers du cas du requérant, l'affirmation de M. Stienburg selon laquelle, compte tenu de ce qui a été dit dans les divers rapports confidentiels, la Commission des libérations conditionnelles est persuadée que fournir au requérant des renseignements additionnels reviendrait à divulguer l'identité de la source, ne constitue pas une déposition convaincante quant à la question de savoir si la divulgation aurait en fait cette conséquence. De même, l'affirmation de M. Stienburg selon laquelle, compte tenu des descriptions figurant dans les rapports confidentiels (au sujet des agressions alléguées et des expressions de crainte de la part des indicateurs), le Comité a conclu qu'une menace pour la sécurité des indicateurs existerait si la divulgation avait lieu, ne prouve pas de façon convaincante que la divulgation aurait cette conséquence.

On se demande par exemple pourquoi le problème de la protection des indicateurs est plus sérieux dans les circonstances actuelles que dans le cas des nombreuses situations de violence familiale. On se demande pourquoi ce problème est plus grave que celui de la protection des témoins qui déposent aux procès criminels. Ces types de problèmes ne concernent pas uniquement la situation d'un libéré conditionnel.

Pour ce qui est des éléments de preuve concernant la procédure permettant de refuser la divulgation, conformément au paragraphe 17(5) du Règlement, la preuve convaincante fait défaut encore une fois. L'affirmation selon laquelle le fonctionnement du système de la libération conditionnelle sera sapé si les renseignements du genre

cants in similar situations) is an expression of opinion unsupported by any factual underpinnings. In addition, I note that there is a complete lack of evidence of the usual comparative nature, which is often adduced in these kinds of cases, to demonstrate that other democratic jurisdictions have found it necessary to establish procedures of a similar kind.

The respondent was given the opportunity to bring specific evidence forward to demonstrate that either the particular circumstances of the claimant's case justified the limitation which had been imposed, or that the operation of a parole system which authorizes the Parole Board to refuse disclosure of information in accordance with the terms of subsection 17(5) is justifiable pursuant to section 1 of the Charter. The Board did not adduce any such specific evidence.

#### Review by the Courts

The respondent was offered an *in camera* hearing for the purpose of establishing a factual basis for its assertions, accompanied by an undertaking from counsel for the applicant that any confidential information to which he became privy would not be disclosed to his client, nor indeed to any other person. The respondent alleges that even this would have a serious and adverse effect on the working of the parole system (paragraph 16 of Mr. Stienburg's affidavit). This is simply not credible.

This Court deals with many situations in which confidential information is brought before it and used or not used in litigation, as the case may be. Often restrictions are imposed with respect to the use of that information in order to protect its confidentiality. Under some procedures only the Court and the party tendering the information has access to it. Under other procedures, while counsel and the Court have access to the information, the relevant opposing party does not. (In this case, the respondent had no objection to applicant's counsel seeing the information, what was objected to was the setting of a precedent.)

As has already been noted, this Court performs a reviewing function under the *Access to Informa-*

en question sont révélés au requérant (et par analogie à d'autres requérants qui se trouvent dans des situations similaires) est une opinion qui ne repose sur aucun fondement factuel. Je fais remarquer en outre que fait complètement défaut la preuve de la nature comparative habituelle, qu'on produit souvent dans ces genres de cas pour démontrer que d'autres instances démocratiques ont jugé nécessaire d'établir des procédures d'un genre similaire.

L'intimée a eu la possibilité de produire des éléments de preuve particuliers pour démontrer ou bien que les faits particuliers du demandeur justifiaient la restriction qui avait été imposée, ou bien que l'application du système de la libération conditionnelle qui autorise la Commission des libérations conditionnelles à refuser la divulgation de renseignements conformément au paragraphe 17(5) du Règlement peut être justifiée sur le fondement de l'article premier de la Charte. La Commission n'a pas produit de tels éléments de preuve.

#### Le contrôle judiciaire

L'intimée s'est vu offrir une audience à huis clos pour établir le fondement factuel de ses affirmations, assortie de l'engagement par l'avocat du requérant de ne pas divulguer à son client ni en fait à toute autre personne les renseignements dont il prendrait connaissance. L'intimée prétend que même cette mesure porterait sérieusement atteinte au fonctionnement du système de la libération conditionnelle (paragraphe 16 de l'affidavit de M. Stienburg). Cet argument n'est simplement pas digne de foi.

Cette Cour connaît de plusieurs situations où des renseignements confidentiels sont produits devant elle et sont utilisés ou ne sont pas utilisés dans un litige, selon le cas. Souvent, des restrictions sont imposées à l'usage de ces renseignements pour protéger leur caractère confidentiel. Dans certaines instances, seules la Cour et la partie qui a produit les renseignements y ont accès. Dans d'autres instances, bien que les avocats et la Cour aient accès aux renseignements, la partie adverse n'y a pas accès. (En l'espèce, l'intimée ne s'est nullement opposée à ce que l'avocat du requérant prenne connaissance des renseignements; ce à quoi elle s'est opposée était l'établissement d'un précédent.)

Ainsi qu'il a été noté, cette Cour exerce une fonction de contrôle en vertu de la *Loi sur l'accès*

tion Act. This Court has jurisdiction under the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 to decide issues such as whether national defence or security, might be injuriously affected by the public disclosure of certain information in a Court. It may also be asked to decide whether international relations might be injuriously affected by the disclosure of information. Under section 37 of the *Canada Evidence Act*, the Court is authorized to determine whether information which a Minister considers should not be disclosed "in the public interest" is rightly so characterized. It is hard to conclude that a disclosure to this Court of specific information regarding the applicant's particular situation or to support a justification for a non-disclosure rule as set out in subsection 17(5) would have the adverse consequences which are alleged.

The respondent asserts that it is not within this Court's jurisdiction to compel production of the confidential information reports concerning the applicant or other types of information relevant to the present case. Whether or not the information respecting the applicant is part of the record and could be compelled to be brought before the Court, on that basis, is an argument which has been eclipsed by the arguments respecting the applicant's Charter rights. An argument that such could be compelled, as part of the record, was initially asserted, but it has not been pursued as a vigorous argument in the more recent phase of these proceedings. Regardless of whether or not the Court has any compulsory authority, in this regard, the consequence of not adducing further evidence is that the respondent, in this case, has not established an evidentiary base to support the arguments it seeks to make.

#### Limitation by Regulation 17(5)

I turn to the text of subsection 17(5) itself. The policy considerations underlying that regulation and the particular facts relating to the applicant's case, as attested to in the affidavits of Mr. Stienburg and Mr. Harvey, have been considered. But what of the provisions of the Regulation itself?

à l'information. Elle tient de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), chap. C-5, le pouvoir de trancher des questions telles que la question de savoir si la divulgation publique de certains renseignements devant une cour porterait atteinte à la défense nationale ou à la sécurité nationale. On peut également lui demander de déterminer si la divulgation de renseignements pourrait nuire aux relations internationales. En vertu de l'article 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*, la Cour peut déterminer si les renseignements que le ministre considère comme ne devant pas être divulgués «dans l'intérêt public» sont à juste titre ainsi qualifiés. Il est difficile de conclure que le fait de divulguer à cette Cour certains renseignements concernant la situation particulière du requérant ou justifiant la règle de non-divulgation énoncée au paragraphe 17(5) du Règlement aurait les conséquences défavorables qui sont alléguées.

L'intimée fait valoir que cette Cour n'a pas compétence pour forcer la production des rapports de renseignements confidentiels concernant le requérant ou d'autres types de renseignements qui se rapportent à l'espèce. Que les renseignements concernant le requérant fassent partie du dossier ou non et que leur production devant la Cour puisse être forcée ou non, il s'agit là d'un argument qui a été éclipsé par les arguments portant sur les droits que le requérant tient de la Charte. L'argument selon lequel la production de ces renseignements pourrait être forcée parce qu'ils font partie du dossier a été au début invoqué, mais on ne l'a pas invoqué de façon vigoureuse dans le stade plus récent des procédures. Indépendamment de la question de savoir si la Cour a un pouvoir coercitif à cet égard, le fait pour l'intimée de n'avoir pas produit d'autres éléments de preuve a pour conséquence qu'elle n'a pas en l'espèce établi la valeur probante des arguments qu'elle cherche à invoquer.

#### Restriction imposée par le paragraphe 17(5) du Règlement

J'aborde maintenant le texte du paragraphe 17(5) lui-même. Les considérations de principe qui sous-tendent ce règlement et les faits particuliers relatifs au cas du requérant, comme en témoignent les affidavits de M. Stienburg et M. Harvey, ont été examinés. Et qu'en est-il des dispositions du Règlement lui-même?

I note, first of all, that subsection 17(5) is very broadly framed. No distinction is made between the non-disclosure of information essential to allow an individual to know the case against him or her and the non-disclosure of information which is more peripheral in nature. In addition, paragraph 17(5)(e) is so broad that it seems to authorize non-disclosure merely because the information was received in confidence. This can never be a justification for limiting the guarantees of fundamental justice as was clearly set out in the *Demaria* case (*supra*) at page 78. What is more, paragraph 17(5)(a) seems to require only the possibility of a threat and not a probability that harm would likely occur to an individual. These are disturbingly broad provisions. While I do not find it necessary to decide whether subsection 17(5) is *ultra vires* (perhaps it can operate in certain circumstances), it suffices to say that when that regulation is used to deny a paroled inmate the kind of information which was denied in this case, it is inapplicable for that purpose.

In addition, I am not convinced that a system which puts in the hands of the same body both the decision on the merits (the applicant's parole revocation) and the decision as to how much of the information which is before it will be disclosed to the applicant, is one which can meet the requirements of section 1 of the Charter. I certainly doubt that such a procedure can be justified when dealing with a person in the applicant's position. (A person who has been paroled for many years and whose record is exemplary.) A parallel can be drawn to the decision in *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145 where it was held that a search warrant was invalid if not issued by a judicial body independent of the investigating agency.

### Conclusion

In conclusion, the applicant's section 7 Charter rights have been infringed by the refusal to provide him with the confidential information upon which the Board is relying. The respondent has not established an evidentiary basis justifying non-disclosure neither with respect to the specific circum-

Je fais remarquer tout d'abord que le paragraphe 17(5) est d'une portée très générale. Aucune distinction n'est faite entre la non-divulgateion de renseignements essentiels à la connaissance par un individu de l'accusation portée contre lui et la non-divulgateion de renseignements qui sont de nature plus marginale. En outre, l'alinéa 17(5)e est si général qu'il semble autoriser la non-divulgateion simplement parce que les renseignements sont reçus de façon confidentielle. Cela ne peut jamais justifier de restreindre les garanties de la justice fondamentale, comme on l'a clairement énoncé dans l'affaire *Demaria* précitée, à la page 78. Qui plus est, l'alinéa 17(5)a semble exiger seulement la possibilité d'une menace et non la probabilité qu'un préjudice pourrait être causé à un individu. Il s'agit là de dispositions d'une portée générale qui est préoccupante. Bien que je ne juge pas nécessaire de décider si le paragraphe 17(5) est *ultra vires* (il s'applique peut-être dans certaines circonstances), il suffit de dire que, lorsqu'on recourt à ce paragraphe pour refuser à un libéré conditionnel le genre de renseignements qui a été refusé en l'espèce, il est inopérant à cette fin.

En outre, je ne suis pas convaincu qu'un système qui met entre les mains du même organisme tant la décision sur le fond (la révocation de la libération conditionnelle du requérant) que la décision sur la partie des renseignements dont il dispose qui va être divulguée au requérant soit un système qui remplit les exigences de l'article premier de la Charte. Je doute fort qu'une telle procédure puisse être justifiée lorsqu'il s'agit d'une personne qui se trouve dans la position du requérant (une personne qui est en libération conditionnelle depuis plusieurs années et dont le dossier est exemplaire). À cet égard, on peut établir un parallèle en se référant à l'arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, où il a été jugé qu'un mandat de perquisition était invalide s'il n'était pas délivré par un organisme judiciaire indépendant de l'organisme enquêteur.

### Conclusion

En conclusion, il y a eu violation des droits que le requérant tient de l'article 7 de la Charte du fait que la Commission a refusé de lui fournir les renseignements confidentiels sur lesquels elle s'appuie. L'intimée n'a pas produit d'éléments de preuve pour justifier la non-divulgateion ni à l'égard

stances of this applicant's case nor by justifying subsection 17(5) as establishing a reasonable limitation on the applicant's rights pursuant to section 1 of the Charter. Accordingly, an order will issue quashing the Board's decision and an order of *mandamus* will issue requiring a new hearing by a differently constituted panel of the National Parole Board.

des circonstances particulières de l'espèce ni à l'égard de la thèse voulant que le paragraphe 17(5) impose une limite raisonnable aux droits du requérant en vertu de l'article premier de la Charte. En conséquence, je rendrai une ordonnance portant annulation de la décision de la Commission et une ordonnance de *mandamus* enjoignant la tenue d'une nouvelle audience par un comité différent de la Commission nationale des libérations conditionnelles.



A-575-87

A-575-87

**Minister of Employment and Immigration of Canada and Attorney General of Canada (*Appellants*)**

v.

**Selvadurai Kuganeswaran (*Respondent*)**

INDEXED AS: KUGANESWARAN v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (C.A.)

Court of Appeal, Marceau, Hugessen and Desjardins J.J.A.—Montréal, October 25, 1990; Ottawa, January 9, 1991.

*Immigration — Refugee status — Appeal from trial judgment quashing Immigration Appeal Board decision — Board hearing redetermination of Convention refugee claim January 15, 1986 in absence of respondent — Board agreeing to reopen hearing when informed notice of hearing not received, counsel acted without instructions, and respondent planned to testify — Commission ruling respondent ineligible under Refugee Claims Backlog Regulations s. 2(d)(i), requiring no refugee status hearing have commenced before May 21, 1986 — Trial Judge declaring hearing void for breach of natural justice; therefore no hearing commenced — Appeal allowed — Hearing commenced, although natural justice required reopening — No statutory requirement rendering notice of hearing nullity for failure to include Board's address in application form — Concepts "void" and "voidable" applicable to legal acts, not to facts.*

*Federal Court jurisdiction — Trial Division — Appeal from Trial Judge's order quashing Immigration Appeal Board decision — Trial Judge lacking jurisdiction to quash Board's decision — Not referred to in application to quash Commission's decision respondent ineligible under Refugee Claims Backlog Regulations — Board's decision reviewable only by Federal Court of Appeal under Federal Court Act, s. 28 — Appeal allowed.*

This was an appeal from the Trial Judge's order setting aside a decision of the Immigration Appeal Board. The respondent, from Sri Lanka, had applied to the Board in 1983 for a redetermination of his claim to refugee status. A hearing was scheduled for January 15, 1986, but the respondent had not received notice of the hearing, having moved several times since filing his application. Although he had notified the Canada Immigration Commission of his changes of address, he had not notified the Board as he was unaware of the different responsibilities of the two entities. Also, the Board's address did not appear in the space provided therefor on the printed application form. The respondent had lost contact with his lawyer, who had

**Ministre de l'Emploi et de l'Immigration du Canada et Procureur général du Canada (*appelants*)**

c.

**Selvadurai Kuganeswaran (*intimé*)**

RÉPERTORIÉ: KUGANESWARAN c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)

Cour d'appel, juges Marceau, Hugessen et Desjardins, J.C.A.—Montréal, 25 octobre 1990; Ottawa, 9 janvier 1991.

*Immigration — Statut de réfugié — Appel d'un jugement de première instance annulant une décision de la Commission d'appel de l'immigration — Le 15 janvier 1986, la Commission a procédé, en l'absence de l'intimé, au réexamen de sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention — La Commission a accepté de rouvrir l'audition après avoir été informée du fait qu'il n'y avait pas eu réception de l'avis d'audition, que le procureur avait agi sans instructions et que l'intimé avait projeté de témoigner — La Commission a jugé que l'intimé était inadmissible en vertu de l'art. 2d(i) du Règlement sur l'arriéré des revendications du statut de réfugié qui prescrit qu'aucune audition ne doit avoir commencé avant le 21 mai 1986 — Le juge de première instance a déclaré l'audition nulle pour violation des principes de justice naturelle; aucune audition n'avait donc commencé — Appel accueilli — Il y a eu début d'une audition, même s'il y a lieu à réouverture en vertu des règles de justice naturelle — Aucune disposition réglementaire ne rend l'avis d'audition nul faute d'adresse de la Commission sur la formule de demande — Les notions de «nullité» et d'«annulabilité» s'appliquent aux actes juridiques et non aux faits.*

*Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Appel d'une ordonnance d'un juge de première instance annulant une décision de la Commission d'appel de l'immigration — Le juge de première instance n'a pas compétence pour annuler une décision de la Commission — Absence de référence dans la demande visant à faire annuler la décision de la Commission portant que l'intimé était inadmissible en vertu du Règlement sur l'arriéré des revendications du statut de réfugié — La décision de la Commission n'est sujette à révision que par la Cour d'appel fédérale conformément à l'art. 28 de la Loi sur la Cour fédérale — Appel accueilli.*

Il s'agit en l'espèce d'un appel interjeté contre l'ordonnance du juge de première instance annulant une décision de la Commission d'appel de l'immigration. L'intimé, citoyen du Sri Lanka, avait demandé à la Commission, en 1983, le réexamen de sa revendication du statut de réfugié. Une audition devait avoir lieu le 15 janvier 1986, mais l'intimé ayant déménagé plusieurs fois après le dépôt de sa demande, il n'a pas reçu d'avis à cet effet. Bien qu'il ait avisé la Commission canadienne de l'immigration de ses changements d'adresse, il n'en a pas informé la Commission d'appel, n'étant pas au fait des fonctions différentes des deux organismes. De plus, l'adresse de la Commission ne figurait pas dans l'espace prévue à cette fin sur

also moved. That lawyer received the notice of hearing, appeared before the Board and persuaded it to proceed in the respondent's absence. The Board rejected the respondent's claim, but later agreed to reopen the hearing when it learned that the respondent had been unaware of the proceedings, had planned to testify and that counsel had acted without instructions. In the meantime, the respondent had been found ineligible under the administrative review program introduced by the *Refugee Claims Backlog Regulations* as he did not meet the condition in subparagraph 2(d)(i) requiring that no hearing before the Board with respect to the redetermination of a claim to refugee status have commenced before May 21, 1986. The Regulations had been adopted after the Supreme Court of Canada decision in *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, which struck down the existing refugee claims determination process which had permitted claims to be finally dismissed without affording the claimant an oral hearing. They were created to "fast track" all claimants who had made an unsuccessful claim under the old procedure and who, still being in Canada, were entitled to claim the benefit of *Singh*. Accordingly, those who had been granted an oral hearing at which the tribunal could make a face-to-face determination of the credibility of the claimant were excluded from the backlog. The respondent applied to the Trial Division for *certiorari* quashing the ineligibility decision. The Trial Judge concluded that the hearing did not comply with the rules of natural justice and was void. As there had been no hearing, the respondent was not ineligible for the program on the ground alleged. The appellants submitted that although the decision may have been voidable, an oral hearing had commenced. The respondent argued that for an oral hearing to have commenced, it must have been valid. Adequate notice, physical presence and a duly mandated counsel were required for a valid hearing. Respondent's submission was that the Regulations deserved a restrictive interpretation since they operate as an exception to the usual process. The issue was whether an oral hearing had never commenced because the respondent had no notice, counsel was uninstructed, and what happened was not an oral hearing prescribed by *Singh*.

*Held* (Hugessen J.A. dissenting), the appeal should be allowed.

*Per* Marceau J.A.: The Trial Judge erred in finding that a hearing could not have begun. The eligibility condition was not whether the hearing had taken place, but whether it had commenced. The fact that the hearing was insufficient, inadequate or incomplete does not mean that it could not have begun. It cannot be said that a hearing only begins if it is validly concluded.

In declaring the hearing void, the Trial Judge applied concepts to the hearing, a fact, which can only be applied to a legal act. The distinction between absolute and relative nullity applies only to legal acts and relates to their effects in legal terms. A fact has either occurred or it has not; if it has occurred, certain consequences may attach to it by law, but it

la formule imprimée de demande. L'intimé avait perdu contact avec son avocat qui, lui aussi, avait déménagé. Ce dernier ayant reçu l'avis d'audition, il a comparu devant la Commission qu'il a persuadée de procéder en l'absence de l'intimé. La Commission a rejeté la revendication de l'intimé, mais a par la suite accepté de rouvrir l'audition après avoir appris que l'intimé n'était pas au courant de l'instance, qu'il avait projeté de témoigner et que son procureur avait agi sans avoir reçu d'instructions. Entretemps, l'intimé avait été jugé inadmissible à la révision administrative prévue par le *Règlement sur l'arrière des revendications du statut de réfugié* puisqu'il ne remplissait pas la condition, prescrite au sous-alinéa 2d)(i), exigeant qu'il n'y ait pas eu devant la Commission, avant le 21 mai 1986, début de l'audition relativement au réexamen de la revendication du statut de réfugié. Le Règlement a été adopté après que la Cour suprême du Canada eut, dans l'arrêt *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, annulé la procédure de réexamen des revendications du statut de réfugié en vertu de laquelle des revendications pouvaient alors être rejetées sans que le revendicateur ait pu bénéficier d'une audition. Ce règlement visait au traitement prioritaire des revendications de toutes les personnes qui n'avaient pas eu gain de cause selon l'ancien système et qui, étant encore au Canada, avaient le droit d'invoquer l'arrêt *Singh*. Par conséquent, ceux qui s'étaient vu accorder une audition permettant au tribunal de déterminer personnellement la crédibilité du revendicateur étaient exclus de ce processus. L'intimé a présenté devant la Section de première instance une requête en *certiorari* visant à faire annuler la décision décrétant son inadmissibilité. Le juge de première instance a conclu que l'audition n'avait pas satisfait aux règles de justice naturelle et qu'elle était nulle. Vu l'absence d'audition, l'intimé n'était donc pas, pour le motif allégué, inadmissible au programme. Les appelants ont fait valoir que, même si la décision pouvait être annulable, il y avait eu début d'une audition. L'intimé a répliqué que pour qu'il y ait eu début d'une audition, cette dernière devait avoir été valide. Or la validité de l'audition supposait un avis en bonne et due forme, une présence physique et un procureur dûment mandaté. Selon l'intimé, le Règlement devait recevoir une interprétation restrictive, vu son caractère exhorbitant par rapport au processus normal. La question en litige consistait à déterminer s'il n'y avait pu y avoir début d'audition parce que l'intimé n'avait pas reçu d'avis, que son procureur n'avait pas reçu d'instructions et que ce qui s'était passé n'équivalait pas à une audition au sens de l'arrêt *Singh*.

*Arrêt* (le juge Hugessen, J.C.A. dissident): Il devrait être fait droit à l'appel.

Le juge Marceau, J.C.A.: Le juge de première instance a commis une erreur en concluant qu'une audition n'avait pu commencer. La condition d'admissibilité n'était pas que l'audition n'ait pas eu lieu, mais plutôt que l'audition n'ait pas commencé. Que l'audition ait été insuffisante, inadéquate ou incomplète n'implique pas qu'elle n'ait pas pu commencer. On ne saurait dire qu'une audition ne commence que si on la clôt valablement.

En décrétant la nullité de l'instance, le juge de première instance a appliqué à l'audition, un fait, des notions qui ne peuvent s'appliquer qu'à un acte juridique. La distinction entre nullité absolue et nullité relative ne vise que les actes juridiques et se rapporte à leurs effets sur le plan du droit. Un fait a eu lieu ou n'a pas eu lieu; s'il a eu lieu, certaines conséquences

cannot be retroactively erased. For example, had the Board proceeded with no one present and without informing anyone, it would have been an apparent event, a mere semblance of a hearing.

Furthermore, the Trial Judge lacked jurisdiction to quash the Board's decision as the application before him did not refer to it and could not refer to it as a decision of that nature can only be reviewed by the Federal Court of Appeal under section 28 of the *Federal Court Act*. The Board's decision is still valid.

*Per Desjardins J.A.*: The ordinary rules of interpretation apply to the Regulations since what the provision says is at issue.

The notice of hearing, required by the Board's own Rules, was given according to law. There is no rule requiring a board, which is a public authority with a public address, to indicate its address on forms it provides on pain of having its notice of hearing in jeopardy if it fails to reach a party who has moved without giving notification of a change of address, although warned to do so.

An oral hearing had commenced, although natural justice required that it be reopened. If a court agrees to rehear a motion because exceptional circumstances have caused the absence of a party, or is called upon to set aside an earlier decision on account of freshly obtained evidence not available at the time of the trial, it cannot be said that the earlier proceeding never took place.

*Per Hugessen J.A. (dissenting)*: Since the respondent's credibility was at issue and he wanted to testify, but could not through no fault of his own, what transpired on January 15 was not an oral hearing that would have satisfied the requirements of *Singh* and therefore not an oral hearing within the intentment of subparagraph 2(d)(i).

#### 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. 7.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 329, 330, 1733.  
*Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52.  
*Immigration Appeal Board Rules (Convention Refugees)*, 1981, SOR/81-420, RR. 2, 5, 22 (rev. by SOR/89-103).  
*Refugee Claims Backlog Regulations*, SOR/86-701, s. 2(d)(i).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### REVERSED:

- Kuganeswaran v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1987), 3 Imm. L.R. (2d) 102; 13 F.T.R. 282 (F.C.T.D.).

peuvent s'y rattacher de par la loi, mais on ne peut l'effacer rétroactivement. Si, par exemple, la Commission avait procédé en l'absence de toute personne et sans aviser qui que ce soit, il n'y aurait eu alors qu'une pure apparence, qu'un pur simulacre d'audition.

- <sup>a</sup> En outre, le juge de première instance n'avait pas compétence pour annuler la décision de la Commission puisque la demande dont il était saisi ne se rapportait pas à cette décision et ne pouvait s'y rapporter, une décision de cette nature n'étant sujette à révision que devant la Cour d'appel fédérale, en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. La décision de la Commission est toujours valide.

<sup>b</sup> Le juge Desjardins, J.C.A.: Les règles ordinaires d'interprétation s'appliquent au Règlement puisque c'est le sens à accorder à la disposition qui est en litige.

- <sup>c</sup> L'avis d'audition, prescrit par les règles mêmes de la Commission, a été donné conformément à la loi. Aucune règle n'oblige la Commission, qui est un organisme public doté d'une adresse publique, à indiquer son adresse sur les formules qu'elle fournit, sous peine de voir son avis d'audition mis en péril dans l'hypothèse où elle ne parviendrait pas à rejoindre une partie qui, malgré les avertissements reçus, a déménagé sans prévenir de son changement d'adresse.

<sup>d</sup> Il y a eu début d'une audition, bien que les principes de justice naturelle en exigent la réouverture. Si un tribunal accepte de réentendre une requête en raison de circonstances exceptionnelles ayant causé l'absence d'une partie, ou s'il est appelé à annuler une décision antérieure en raison de la découverte de nouveaux éléments de preuve qui n'avaient pu être obtenus au moment du procès, on ne peut dire que l'instance antérieure n'a jamais eu lieu.

- <sup>e</sup> Le juge Hugessen, J.C.A. (*dissident*): Étant donné que la crédibilité de l'intimé était en litige et que celui-ci voulait témoigner mais n'a pu le faire sans faute de sa part, ce qui s'est produit le 15 janvier n'était pas une audition satisfaisant aux exigences de l'arrêt *Singh* et, partant, n'était pas une audition au sens du sous-alinéa 2(d)(i).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

<sup>g</sup>

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.  
*Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, chap. 52.  
*Règlement sur l'arrière des revendications du statut de réfugié*, DORS/86-701, art. 2(d)(i).  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663, Règles 329, 330, 1733.  
*Règles de 1981 de la Commission d'appel de l'immigration (réfugié au sens de la Convention)*, DORS/81-420, Règles 2, 5, 22 (abrogées par DORS/89-103).

#### JURISPRUDENCE

<sup>j</sup>

##### DÉCISION INFIRMÉE:

- Kuganeswaran c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1987), 3 Imm. L.R. (2d) 102; 13 F.T.R. 282 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## CONSIDERED:

*Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Al-Mehdawi v. Secretary of State for the Home Dept.*, [1989] 3 All ER 843 (H.L.). a

## REFERRED TO:

*Bamrah v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, A-1011-88, F.C.A., Marceau, Hugessen and Desjardins J.J.A., judgment dated 11/10/89, not yet reported; *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Chan*, A-1123-87, F.C.A., Pratte J.A., judgment dated 14/2/90, not yet reported; *Wiswell et al. v. Metropolitan Corp. of Greater Winnipeg*, [1965] S.C.R. 512; (1965), 51 D.L.R. (2d) 754; 51 W.W.R. 513; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; (1979), 96 D.L.R. (3d) 14; [1979] 3 W.W.R. 676; 26 N.R. 364; *Uddin v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, T-1017-87, F.C.T.D., Daoust J., judgment dated 2/12/88, not reported; *Kaur v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 F.C. 209; (1989), 64 D.L.R. (4th) 317; 104 N.R. 50 (C.A.); *Gill v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1987] 2 F.C. 425; (1987), 27 Admin. L.R. 257; 27 C.R.R. 235; 80 N.R. 1 (C.A.); *Willis v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, A-793-87, F.C.A., Reed J., judgment dated 5/7/88, not reported. b c d e

## AUTHORS CITED

Jones, David Phillip and de Villars, Anne S. *Principles of Administrative Law*, Toronto: Carswell Co. Ltd., 1985. f

## COUNSEL:

*J. LeVasseur* for appellants.  
*Joyce Yedid* for respondent. g

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellants.  
*Joyce Yedid*, Montréal, for respondent. h

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

MARCEAU J.A.: The appeal here is from an order of a Judge of the Trial Division [(1987), 3 Imm. L.R. (2d) 102]. The Judge allowed an application for various prerogative writs made by an immigrant claiming refugee status under the

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Al-Mehdawi v. Secretary of State for the Home Dept.*, [1989] 3 All ER 843 (H.L.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Bamrah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, A-1011-88, C.A.F., juges Marceau, Hugessen et Desjardins, J.C.A. jugement encore inédit en date du 11-10-89; *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Chan*, A-1123-87, C.A.F., juge Pratte, J.C.A. jugement encore inédit en date du 14-2-90; *Wiswell et al. v. Metropolitan Corp. of Greater Winnipeg*, [1965] R.C.S. 512; (1965), 51 D.L.R. (2d) 754; 51 W.W.R. 513; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; (1979), 96 D.L.R. (3d) 14; [1979] 3 W.W.R. 676; 26 N.R. 364; *Uddin c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, T-1017-87, C.F. 1<sup>re</sup> inst., juge Daoust, jugement non publié en date du 2-12-88; *Kaur c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 C.F. 209; (1989), 64 D.L.R. (4th) 317; 104 N.R. 50 (C.A.); *Gill c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1987] 2 C.F. 425; (1987), 27 Admin. L.R. 257; 27 C.R.R. 235; 80 N.R. 1 (C.A.); *Willis c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, A-793-87, C.A.F., juge Reed, jugement non publié en date du 5-7-88.

## DOCTRINE

Jones, David Phillip, et de Villars, Anne S. *Principles of Administrative Law*, Toronto: Carswell Co. Ltd., 1985.

## AVOCATS:

*J. LeVasseur* pour les appelants.  
*Joyce Yedid* pour l'intimé. g

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour les appelants.  
*Joyce Yedid*, Montréal, pour l'intimé. h

*Voici les motifs du jugement rendu en français par* i

LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: C'est une ordonnance d'un juge de la Section de première instance [(1987), 3 Imm. L.R. (2d) 102] que l'appel ici attaque. Faisant droit à une requête pour l'émission de divers brevets de prérogative présentée par

*Immigration Act, 1976* [S.C. 1976-77, c. 52] (“the Act”), and by his order quashed a decision of the Immigration Appeal Board and prohibited the Minister of Employment and Immigration of Canada and the Board itself from initiating or proceeding with any execution proceedings whatsoever against the respondent. To explain the highly unusual nature of the situation created by the proceedings and clearly indicate the problems presented by the judgment *a quo*, it will be necessary for me to look in some detail at the main facts and examine their relationship to each other. They are as follows.

On November 10, 1982 the respondent Selvadurai Kuganeswaran, a citizen of Sri Lanka, arrived in Canada without a visa or a visitor’s permit. The following day an adjudicator held an inquiry concerning him in accordance with the provisions of the Act, but in the course of this inquiry he claimed refugee status, compelling the adjudicator to delay his finding until the claim could be considered. At that time the Act provided that a claimant must submit to examination on oath and the Minister would base his ruling upon this: the respondent was examined on February 1, 1983 and the following June 13 informed that the Minister’s decision was unfavorable. The Act also provided that a claimant rejected by the Minister could request that his claim be redetermined by the Immigration Appeal Board: the respondent submitted the application for redetermination on June 27, 1983, indicating that he was represented by a lawyer named Leclaire.

During December 1985 the Immigration Appeal Board set January 15, 1986 as the date for hearing the application for redetermination submitted by the respondent, and notified him by registered mail of this in accordance with the provisions of its rules of practice, at the same time informing his counsel. On January 15 the respondent was not present, but as his counsel and counsel for the Minister were both ready to proceed the Board did in fact go ahead with the hearing. Documentary evidence was presented and representations made on either side, after which the matter was taken under advisement. On the following February 13,

un immigrant revendicateur du statut de réfugié en vertu de la *Loi sur l’immigration de 1976* [S.C. 1976-77, chap. 52] («la Loi»), le juge, par son ordonnance, annulait une décision de la Commission d’appel de l’immigration et défendait au ministre de l’Emploi et de l’Immigration du Canada, ainsi qu’à la Commission elle-même, d’entreprendre ou de poursuivre quelque procédure d’exécution que ce soit contre l’intimé. Pour faire ressortir le caractère tout à fait inusité de la situation créée par les procédures et bien mettre en lumière les problèmes que pose la décision attaquée, il me faudra m’attarder quelque peu sur les principaux faits et les situer les uns par rapport aux autres avec une certaine précision. Les voici.

L’intimé, Selvadurai Kuganeswaran, un citoyen du Sri Lanka, est arrivé au Canada, le 10 novembre 1982, sans visa ni permis de séjour. Un arbitre procéda, dès le lendemain, à une enquête à son sujet conformément aux prescriptions de la Loi, mais au cours de cette enquête il revendiqua le statut de réfugié, ce qui força l’arbitre à ajourner sa conclusion pour permettre l’étude de la revendication. La Loi, à ce moment, prévoyait qu’un revendicateur devait se soumettre à un interrogatoire sous serment sur la base duquel le ministre devait se prononcer: l’intimé fut interrogé le 1<sup>er</sup> février 1983 et il fut informé de la décision défavorable du ministre le 13 juin suivant. La Loi prévoyait aussi qu’un revendicateur refusé par le ministre pouvait demander un réexamen de sa revendication par la Commission d’appel de l’immigration: l’intimé soumit sa demande de réexamen le 27 juin 1983 en indiquant qu’il était représenté par un avocat du nom de Leclaire.

Au cours du mois de décembre 1985, la Commission d’appel de l’immigration fixa au 15 janvier 1986 la date d’audition de la demande de réexamen qu’avait soumise l’intimé, et elle lui en donna avis par courrier recommandé, selon les prescriptions de ses règles de pratique, en même temps qu’elle en informait son avocat. Le 15 janvier, l’intimé n’était pas là, mais, son avocat et l’avocat du ministre étant tous deux prêts à procéder, la Commission procéda effectivement à l’audition. Des preuves documentaires furent déposées et des représentations soumises de part et d’autre, après quoi l’affaire fut prise en délibéré. Le 13 février

the Appeal Board rendered judgment finding that Mr. Kuganeswaran was not a Convention refugee.

The respondent was not told of this decision by the Board until he received a notice of summons on March 31, 1986 for the continuation of his departure inquiry of November 11, 1982, which was suspended to allow consideration of his claim to refugee status. His reaction was straightforward and quite understandable. Advised by new counsel, he applied to the Appeal Board on May 23, 1986 and asked it to reopen the hearing of his application, alleging that he had never intended for the hearing to go ahead in his absence and that the only reason he was not present was because, due to changes of address of which he thought he had given sufficient notice, he never received any notice that it was being held either from his counsel, with whom in any case he had not been in contact for some time, nor from the Board itself. On December 23, 1986 the Appeal Board told Mr. Kuganeswaran that it was prepared to reopen the application to redetermine his claim and summoned him to a hearing on April 29, 1987.

However, it so happened that between the filing of the application for reopening and its acceptance, namely on June 26, 1986, the Governor General in Council had adopted the *Refugee Claims Backlog Regulations*, SOR/86-701, which considerably simplified and even placed on a new basis admission to Canada, with landing for certain refugee status claimants. On March 10, 1987 the respondent's new counsel applied to the Employment and Immigration Commission and claimed the benefit of the special Regulations of June 26, 1986 for his client. He was given his answer on April 8 following, in a letter signed by Louis Grenier, Director: it stated that Mr. Kuganeswaran was not eligible for the administrative review program introduced by the Regulations as he did not meet one of the conditions stated in subparagraph 2(d)(i) of the Regulations, the one requiring that no "hearing [have] commenced on or before May 21, 1986 before the Board with respect to the redetermination of his claim for refugee status".

suitant, la Commission d'appel rendait jugement déterminant que M. Kuganeswaran n'était pas un réfugié au sens de la Convention.

a L'intimé ne fut informé de ce jugement de la Commission qu'en recevant, le 31 mars 1986, un avis de convocation pour la continuation de son enquête de départ du 11 novembre 1982, qui avait été suspendue pour permettre la vérification de sa b prétention au statut de réfugié. Sa réaction fut simple et fort compréhensible. Guidé par un nouveau procureur, il s'adressait à la Commission d'appel le 23 mai 1986 et lui demandait de réouvrir l'audition de sa demande, faisant valoir qu'il c n'avait jamais voulu que l'on procède en son absence et que, s'il ne s'était pas présenté, c'était uniquement parce que, dû à des changements d'adresses dont il croyait avoir donné avis suffisant, il n'avait jamais reçu d'avis de sa tenue, ni de d la part de son procureur, avec qui, d'ailleurs, il n'avait pas été en communication depuis longtemps, ni de la part de la Commission elle-même. Le 23 décembre 1986, la Commission d'appel avisait M. Kuganeswaran qu'elle acceptait de réouvrir e la demande de réexamen de sa revendication et le convoitait à une audition pour le 29 avril 1987.

Il arrive cependant qu'entre le dépôt de la demande de réouverture et son acceptation, soit le f 26 juin 1986, le gouverneur général en conseil avait passé un *Règlement sur l'arriéré des revendications du statut de réfugié*, DORS/86-701, qui simplifiait considérablement et même appuyait sur des bases nouvelles l'admission au Canada avec g droit d'établissement de certains revendicateurs du statut de réfugié. Le 10 mars 1987, le nouveau procureur de l'intimé s'adressait à la Commission de l'emploi et de l'immigration et réclamait pour son client le bénéfice de ce Règlement spécial du h 26 juin 1986. La réponse lui fut donnée le 8 avril suivant, par lettre sous la signature de Louis Grenier, directeur: elle indiquait que M. Kuganeswaran n'était pas admissible au programme de révision administrative mis en vigueur par le i Règlement au motif qu'il ne satisfaisait pas à l'une des conditions stipulées au sous-alinéa 2d(i) des dispositions réglementaires, soit celle voulant qu'aucune «audition [n'ait] débuté le 21 mai 1986 ou avant cette date devant la Commission relativement au réexamen de sa revendication du statut de j réfugié».

At that point counsel for the respondent applied to the Trial Division for: (a) a writ of *certiorari* quashing the decision of the Director, Grenier; (b) a writ of *mandamus* directing the Minister of Employment and Immigration to consider Mr. Kuganeswaran's case under the administrative review program; and (c) a writ of prohibition against the Minister of Employment and Immigration to prohibit any further proceedings involving Mr. Kuganeswaran, and against the Appeal Board to prohibit the holding of the hearing scheduled for April 29, 1987. It is the Judge's order allowing this application which is before the Court.

The approach taken by the Judge and his reasons are as follows. He first sets out the facts, assesses their significance and draws two conclusions from them: first, there is no basis in the circumstances for blaming Mr. Kuganeswaran for failing to tell the Appeal Board itself of his changes of address; second, there is also no basis to doubt Mr. Kuganeswaran's statement that his counsel, whom he could not reach for several months, knew of his wish to attend the hearing so that he could testify. From these two findings of fact the Judge moves easily to the conclusion of law that the hearing of January 15—at which Mr. Kuganeswaran could not be present and make his case, as he had not been told of it, and at which he was represented by ill-informed counsel not authorized to act alone—was not one that could comply with the rules of natural justice. The Judge felt that conclusion was decisive, since it is now well-settled law that an infringement of the rules of natural justice produces an absolute nullity. There was accordingly no hearing, the Appeal Board decision was void and Mr. Kuganeswaran definitely could not be denied access to the special program on the ground alleged, although at this stage it was not yet possible to order his admission as no evidence had been presented that he met the other conditions of eligibility.

Was this judgment by the Trial Judge valid and should it be approved? I must say, with all due respect, that I do not think so. It is not that I have any difficulty with the Judge's findings of fact, or that I find the conclusion he draws from them, namely that the January 15 hearing could not

C'est alors que le procureur de l'intimé fit requête devant la Section de première instance pour obtenir: a) un bref de *certiorari* cassant la décision du directeur Grenier; b) un bref de *mandamus* ordonnant au ministre de l'Emploi et de l'Immigration de considérer le cas de M. Kuganeswaran dans le cadre du programme de révision administrative; et c) un bref de prohibition contre le ministre de l'Emploi et de l'Immigration afin d'empêcher toutes autres procédures à l'égard de M. Kuganeswaran, et contre la Commission d'appel afin de l'empêcher de tenir l'audition prévue pour le 29 avril 1987. C'est l'ordonnance du juge faisant droit à cette requête qui est devant la Cour.

Voici comment le juge procède et raisonne dans ses motifs. Il expose d'abord les faits, en apprécie la portée et en tire deux constatations: d'une part, il n'y a pas lieu, dans les circonstances, de reprocher à M. Kuganeswaran d'avoir omis d'aviser la Commission d'appel elle-même de ses changements d'adresse; d'autre part, il n'y a pas lieu non plus de douter de l'affirmation de M. Kuganeswaran à l'effet que son procureur, qu'il n'avait pu rejoindre depuis plusieurs mois, était au courant de son désir d'être présent à l'audition pour pouvoir témoigner. De ces deux constatations de fait, le juge en vient aisément à la conclusion de droit à l'effet que l'audition du 15 janvier—à laquelle M. Kuganeswaran n'a pu assister et se faire entendre n'en ayant pas été avisé et où il était représenté par un procureur mal informé et non autorisé à agir seul—n'en fut pas une susceptible de satisfaire aux règles de justice naturelle. Cette conclusion, pour le juge, est décisive puisqu'il est aujourd'hui acquis en jurisprudence qu'un manquement aux règles de justice naturelle emporte nullité absolue. Il n'y a donc pas eu d'audition, la décision de la Commission d'appel est nulle, et M. Kuganeswaran ne saurait se voir refuser accès au programme spécial au motif invoqué, bien qu'à ce stade il ne soit pas encore possible d'ordonner son admission, la preuve qu'il remplit les autres conditions d'admissibilité n'ayant pas été fournie.

Cette décision du juge de première instance est-elle valable et doit-elle être approuvée? Je dois dire avec égards que tel n'est pas mon avis. Non pas que j'aie quelque difficulté avec les constatations de faits du juge, et que m'apparaîtrait insoutenable la conclusion qu'il en tire à l'effet que

meet the standards of natural justice, to be untenable; however, I do not think that could be a basis for the Judge disposing of the application as he did.

There is, first of all, no doubt that the Judge could not render a judgment quashing the Appeal Board's decision. The application that was before him did not refer to that decision and moreover could not refer to it, as a decision of that nature can only be reviewed by the Federal Court—Appeal Division, under section 28 of the Court's enabling Act [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7]. Should it not be said that this was simply an error made in describing the decision concerned? Perhaps, but then the Appeal Board's decision is still in effect and must be taken as valid; it is a decision which, by the very terms of the Act on which it is based, can only be rendered after a hearing. It is hard to see how another tribunal could add to it a decision which, contradicting what it assumes, directs a public official simply to ignore the content and meaning of it.

However, my objection is not limited to this initial question of jurisdiction; it goes to the Judge's very reasoning as to the substantive problem and so to his dispositions in general.

I think, first, that the Judge did not allow sufficiently for the fact that the eligibility condition, the existence of which has to be determined, is not whether the hearing has taken place yet but rather whether the hearing has begun yet, in other words, is under way yet. I have already said that I accepted the Judge's conclusion that the January 15 hearing could not meet the requirements of the rules of natural justice. With a valid application for review before it this Court might possibly have vacated the Appeal Board's decision, and the latter was wise to allow the application to reopen, as its refusal probably would not have stood up to a section 28 challenge, any more than the refusal it gave in a similar case in *Bamrah v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, No. A-1011-88, not yet reported, judgment in which was rendered on October 11, 1989; however, the fact that the hearing was insufficient, inadequate or incomplete does not mean that it could not have

l'audition du 15 janvier n'a pu satisfaire aux règles de justice naturelle. Mais je ne crois pas qu'à partir de là le juge pouvait disposer de la requête comme il l'a fait.

<sup>a</sup> Il n'y a aucun doute d'abord que le juge ne pouvait prononcer un jugement d'annulation visant la décision de la Commission d'appel. La demande qui était devant lui ne se rapportait pas à cette décision et ne pouvait d'ailleurs s'y rapporter, une décision de cette nature n'étant sujette à révision que devant la Section d'appel de la Cour fédérale, en vertu de l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7] de sa Loi constitutive. <sup>b</sup> Mais, dira-t-on, ne doit-on pas penser qu'il y a simplement eu erreur de désignation de la décision visée? Peut-être, mais alors la décision de la Commission d'appel est toujours en vigueur et doit être tenue pour valable; or il s'agit d'une décision qui, <sup>c</sup> aux termes mêmes de la Loi sur laquelle elle se fonde, ne peut être rendue qu'à la suite d'une audition. On voit mal comment un autre tribunal pourrait lui adjoindre une décision qui, contredisant ce qu'elle présuppose, ordonnerait à un officier public tout simplement d'en ignorer le sens et la portée. <sup>d</sup>

Mais mon objection ne se limite pas à cette question initiale de juridiction; elle rejoint le raisonnement même du juge sur le problème de fond et ainsi l'ensemble de ses dispositions. <sup>e</sup>

Je crois, d'une part, que le juge n'a pas suffisamment tenu compte de ce que la condition d'admissibilité dont il s'agissait de vérifier la présence n'est pas que l'audition n'ait pas encore eu lieu mais plutôt que l'audition n'ait pas encore commencé, en d'autres termes, n'ait pas encore été mise en marche. J'ai dit déjà accepter la conclusion du juge à l'effet que l'audition du 15 janvier n'était pas susceptible de satisfaire aux prescriptions des règles de justice naturelle. Valablement saisie d'une demande d'examen, cette Cour aurait possiblement annulé la décision de la Commission d'appel et celle-ci a été sage de consentir à la demande de réouverture, car son refus n'aurait probablement pas plus résisté à une attaque sous l'article 28 que le refus qu'elle avait opposé dans un cas analogue dans l'affaire *Bamrah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, numéro A-1011-88, non encore publié, dont le jugement fut prononcé le 11 octobre 1989. Mais <sup>f</sup>



begun. Clearly, it cannot be said that a hearing only begins if it is validly concluded.

Secondly, I think that the Judge misapplied to the January 15 hearing, namely to a fact, a process, a material event, concepts which can only be applied to a legal act, such as for example the decision of the Appeal Board. The distinction between absolute and relative nullity applies only to legal acts and relates to their effects in legal terms. A fact either has occurred or has not; if it has occurred, it can be recognized as having certain consequences attaching to it by law, but it cannot be retroactively vacated or wiped out. If it could be said that what occurred before the Appeal Board on January 15 could not in any way constitute a hearing or part of a hearing; if, for example, the Board had proceeded with no one present and without informing anyone, it would then have been possible to speak simply of an apparent event, a mere semblance of a hearing, as the fact itself would never have existed. However, that is definitely not the case: the notices of hearing were given in due form; the parties were represented (Mr. Leclaire was the solicitor of record and his instructions, whatever their extent, had not been withdrawn); documentary evidence was filed; representations were made on either side. Clearly it is not possible to speak of a mere semblance of a hearing simply because the respondent was not himself physically present; and I do not think that all this can retroactively vanish as the result of a judgment to quash.

In short, based simply on the fact that the hearing held on January 15 could not meet the rules of natural justice and the decision of the Board was accordingly not in due form, the Judge, in my opinion, which I repeat is given with all due respect, could not conclude that a hearing had not begun for the purposes of eligibility for the administrative review program mentioned in the Regulations (cf. the judgment of this Court in *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Chan*, No. A-1123-87, rendered on February 14, 1990, not yet reported).

que l'audition ait été insuffisante, inadéquate ou incomplète n'implique pas qu'elle n'ait pas pu commencer. On ne saurait évidemment dire qu'une audition ne commence que si on la clôt valablement.

Je crois, d'autre part, que le juge a erronément appliqué à l'audition du 15 janvier, soit à un fait, un processus, un événement matériel, des notions qui ne peuvent s'appliquer qu'à un acte juridique comme, par exemple, la décision de la Commission d'appel. La distinction entre nullité absolue et nullité relative ne vise que les actes juridiques et se rapporte à leurs effets sur le plan du droit. Un fait a eu lieu ou n'a pas eu lieu; s'il a eu lieu, on peut lui reconnaître certaines conséquences que lui rattache la loi mais on ne peut l'annuler et le faire disparaître rétroactivement. Si l'on pouvait dire que ce qui s'est passé devant la Commission d'appel le 15 janvier ne pouvait nullement constituer une audition ou une partie d'audition; si, par exemple, on avait procédé en présence de personne et sans aviser qui que ce soit, il faudrait là, bien sûr, parler d'une pure apparence, d'un pur simulacre d'audition, le fait lui-même n'ayant jamais existé. Mais ce n'est certes pas le cas: les avis d'audition avaient été régulièrement donnés; les parties étaient représentées (M<sup>e</sup> Leclaire était l'avocat au dossier, et son mandat, peu importe son étendue, n'avait pas été retiré); des preuves documentaires furent déposées; des représentations furent faites de part et d'autre. On ne peut certes pas parler de simple simulacre d'audition au seul motif que l'intimé n'était pas lui-même physiquement présent; et tout ça, il me semble, ne peut disparaître rétroactivement par jugement d'annulation.

Bref, à partir de la seule constatation que l'audition tenue le 15 janvier n'avait pu satisfaire aux règles de justice naturelle et que la décision de la Commission était en conséquence irrégulière, le juge, à mon avis, que j'exprime, je le répète, avec égards, ne pouvait en déduire qu'une audition n'avait pas débuté aux fins de l'admissibilité au programme de révision administrative prévue au Règlement. (Comp. avec le jugement de cette Cour dans *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Chan*, n<sup>o</sup> A-1123-87, prononcé le 14 février 1990, non encore publié.)

I would accordingly allow the appeal with costs and set aside the Judge's order vacating the decision of the Appeal Board and prohibiting the Minister and the Board from bringing any execution proceeding whatever against Mr. Kuganeswaran.

The respondent himself filed a counter-appeal to challenge the Judge's refusal to grant all the items in his application. Naturally, this counter-appeal can only be dismissed, but as counsel did not insist at the hearing, it should I think be dismissed without costs.

\* \* \*

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

HUGESSEN J.A. (*dissenting*): I have had the benefit of reading the reasons for judgment prepared by my colleague Desjardins J.A. I regret that I am unable to agree with her.

It is unnecessary to repeat the facts which have been fully set out by Desjardins J.A. I wish, however, to emphasize two matters which may not be apparent from a reading of her reasons.

In the first place, the issue before the Immigration Appeal Board clearly turned on the degree of credibility to be accorded to the respondent's tale of detention and torture in Sri Lanka. The negative decision of the Minister on the respondent's original refugee claim reads as follows:

Your allegations of torture during your 1979 and 1980 detentions appear exaggerated, in view of your minor role in TULF propaganda and demonstration activities. You also provided insufficient explanation to support your allegations regarding the extensive mistreatment of several of your family members. It also does not appear credible that you could have been involved politically until the last days before your departure and have succeeded in obtaining your passport in a few days. (Case Appendix, page 4)

The second point has to do with the Board's failure to send a notice of hearing to the respondent as it was required to do by its own rules. The appellants attribute this to the respondent's own fault in failing to notify the Board of his several

Je maintiendrais donc l'appel avec dépens et casserais l'ordonnance du juge qui a annulé la décision de la Commission d'appel et défendu au ministre et à la Commission d'intenter quelque procédure d'exécution que ce soit contre M. Kuganeswaran.

L'intimé s'était lui-même porté contre-appelant pour contester le refus du juge d'accéder à tous les items de sa requête. Naturellement, ce contre-appel ne peut qu'être rejeté, mais comme le procureur n'y a pas insisté à l'audition, il devrait, je pense, être rejeté sans frais.

\* \* \*

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

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A. (*dissent*): J'ai eu l'avantage de lire les motifs du jugement préparés par ma collègue, le juge Desjardins, J.C.A. Malheureusement, il m'est impossible de souscrire à son avis.

Il est inutile de répéter les faits qui ont été énoncés en détail par le juge Desjardins, J.C.A. Toutefois, je tiens à souligner deux points qui ne ressortent peut-être pas clairement de la lecture de ses motifs.

En premier lieu, la question dont la Commission d'appel de l'immigration était saisie se rapportait clairement au degré de crédibilité à accorder aux histoires de détention et de torture dont l'intimé aurait fait l'objet au Sri Lanka. La décision défavorable du ministre en ce qui concerne la revendication initiale du statut de réfugié est ainsi libellé:

[TRADUCTION] Les allégations que vous avez faites, à savoir que vous avez été torturé pendant que vous étiez détenu en 1979 et en 1980, semblent être exagérées, compte tenu du rôle secondaire que vous avez eu dans les activités de propagande et dans les manifestations du TULF. Vous avez également fourni des renseignements insuffisants à l'appui des allégations concernant les mauvais traitements dont plusieurs membres de votre famille auraient été victimes. Il est en outre difficile de croire que vous ayez pu participer à des activités politiques peu de temps avant votre départ et que vous ayez malgré tout réussi à obtenir votre passeport en quelques jours. (Annexe au mémoire, page 4)

Le second point porte sur l'omission par la Commission d'envoyer un avis d'audition à l'intimé, comme ses propres règles l'obligeaient à le faire. Selon les appelants, l'intimé était fautif car il avait omis d'aviser la Commission de plusieurs

changes of address. In my view, however, and quite apart from the Trial Judge's finding that the respondent was not at fault, both Immigration Canada and the Board are not free from blame in this respect. It is clear, and the Trial Judge so found, that the respondent at all times notified Immigration Canada of each of his changes of address. At the hearing before the Board held January 15, 1986, Immigration Canada was present and represented by one Harry Langston. The question of the difficulties being experienced in contacting the respondent was discussed but Mr. Langston at no point volunteered the crucial information that he alone seemed to have, namely the respondent's current address.<sup>1</sup> The Board, too, contributed to the problem: in the printed form of application for redetermination provided by the Board, the following appears at the bottom:

REPORT ANY CHANGE OF ADDRESS TO THE REGISTRAR IMMIGRATION APPEAL BOARD at \_\_\_\_\_  
(Case Appendix, page 6)

The blanks have not been filled in and it is difficult to know what the respondent might have done other than to advise Immigration Canada as he did.

The very narrow question to be determined on this appeal is to know whether what transpired on January 15, 1986, before the Immigration Appeal Board was sufficient to constitute an oral hearing so as to exclude the respondent from the definition of "member of the refugee claims backlog" by the operation of subparagraph 2(d)(i) thereof:

2. ...

"member of the refugee claims backlog" means a person who

(d) is not a person

(i) with respect to whom an oral hearing commenced on or before May 21, 1986 before the Board with respect to the redetermination of his claim for refugee status. ...<sup>2</sup>

<sup>1</sup> In fact, on March 25, 1986, shortly after the Appeal Board's decision, Immigration Canada wrote to the respondent at his correct address.

<sup>2</sup> *Refugee Claims Backlog Regulations*, SOR/86-701, 26 June, 1986.

changements d'adresse. Toutefois, à mon avis, et indépendamment de la conclusion tirée par le juge de première instance, soit que l'intimé n'était pas fautif, Immigration Canada et la Commission ne sont ni l'une ni l'autre exemptes de blâme à cet égard. Il est clair, et c'est ce que le juge de première instance a conclu, que l'intimé a avisé Immigration Canada chaque fois qu'il changeait d'adresse. À l'audition devant la Commission tenue le 15 janvier 1986, Immigration Canada était présente; elle était représentée par Harry Langston. Il a été question des difficultés auxquelles elle avait fait face lorsqu'il s'était agi de communiquer avec l'intimé, mais M. Langston n'a jamais voulu fournir de son plein gré les renseignements cruciaux que lui seul semblait posséder, à savoir l'adresse de l'intimé à ce moment-là<sup>1</sup>. La Commission elle aussi a contribué au problème; l'inscription suivante figure au bas de la formule imprimée de demande de réexamen qu'elle a fournie:

[TRADUCTION] VEUILLEZ SIGNALER TOUT CHANGEMENT D'ADRESSE AU GREFFIER DE LA COMMISSION D'APPEL DE L'IMMIGRATION AU \_\_\_\_\_ (Annexe au dossier, page 6)

Les espaces laissés en blanc n'ont pas été remplis et il est difficile de savoir ce que l'intimé aurait pu faire, si ce n'est informer Immigration Canada comme il l'a fait.

La question stricte à trancher en l'espèce est celle de savoir si ce qui est arrivé le 15 janvier 1986 devant la Commission d'appel de l'immigration suffisait pour constituer une audition, de façon que l'intimé ne soit pas considéré comme un «revendicateur» au sens du sous-alinéa 2d)(i) du Règlement:

2. ...

h «revendicateur» Toute personne revendiquant le statut de réfugié, dont le cas fait partie de l'arriéré et qui répond aux conditions suivantes:

d) elle n'est pas une personne:

i (i) au sujet de qui une audition a débuté le 21 mai 1986 ou avant cette date devant la Commission relativement au réexamen de sa revendication du statut de réfugié<sup>2</sup> ...

<sup>1</sup> En fait, le 25 mars 1986, peu de temps après que la Commission d'appel eut rendu sa décision, Immigration Canada a écrit à l'intimé à la bonne adresse.

<sup>2</sup> *Règlement sur l'arriéré des revendications du statut de réfugié*, DORS/86-701, 26 juin 1986.

In my view, a proper answer to that question requires an understanding of the background against which the Regulation was adopted. The principal feature of that background is the decision of the Supreme Court of Canada in the landmark case of *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177. That case struck down the central feature of the existing refugee claims redetermination process as being inconsistent with Charter values. The principal reason for such inconsistency was precisely the fact that the system permitted refugee claims to be finally dismissed without ever affording the claimant the opportunity of an oral hearing. On this point, Wilson J. said as follows:

I should note, however, that even if hearings based on written submissions are consistent with the principles of fundamental justice for some purposes, they will not be satisfactory for all purposes. In particular, I am of the view that where a serious issue of credibility is involved, fundamental justice requires that credibility be determined on the basis of an oral hearing. Appellate courts are well aware of the inherent weakness of written transcripts where questions of credibility are at stake and thus are extremely loath to review the findings of tribunals which have had the benefit of hearing the testimony of witnesses in person: see *Stein v. the Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, at pp. 806-08 (*per* Ritchie J.). I find it difficult to conceive of a situation in which compliance with fundamental justice could be achieved by a tribunal making significant findings of credibility solely on the basis of written submissions.<sup>3</sup> [Emphasis added.]

As a result of the judgment in *Singh*, many thousands of refugee claimants became entitled to an oral hearing which they had been previously denied. The Board was swamped with applications far beyond its physical capacities. The *Refugee Claims Backlog Regulations* were created to "fast track" all claimants who had made an unsuccessful claim under the old procedure and who, still being in Canada, were entitled to claim the benefit of the *Singh* decision. In those circumstances, it was only natural to exclude from the backlog those persons who, even under the old procedure, had been granted an oral hearing which met the requirements laid down by the Court. That, of course, meant an oral hearing at which the tribunal could make a face-to-face determination of the credibility of the claimant, where that was in issue.

<sup>3</sup> *Singh et al.* (above), at pp. 213-214.

À mon avis, pour bien répondre à cette question, il faut comprendre le contexte dans lequel le Règlement a été adopté. L'arrêt qui fait autorité à ce sujet est l'arrêt *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, rendu par la Cour suprême du Canada. Dans cette affaire, l'élément primordial de la procédure de réexamen des revendications du statut de réfugié alors en vigueur a été annulé pour le motif qu'il allait à l'encontre des valeurs énoncées dans la Charte. Cette incompatibilité résultait principalement du fait que, selon le système, des revendications pouvaient finalement être rejetées sans que le revendicateur ait bénéficié d'une audition. À cet égard, le juge Wilson a dit ceci:

Je ferai cependant remarquer que, même si les auditions fondées sur des observations écrites sont compatibles avec les principes de justice fondamentale pour certaines fins, elles ne donnent pas satisfaction dans tous les cas. Je pense en particulier que, lorsqu'une question importante de crédibilité est en cause, la justice fondamentale exige que cette question soit tranchée par voie d'audition. Les cours d'appel sont bien conscientes de la faiblesse inhérente des transcriptions lorsque des questions de crédibilité sont en jeu et elles sont donc très peu disposées à réviser les conclusions des tribunaux qui ont eu l'avantage d'entendre les témoins en personne: voir l'arrêt *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, aux p. 806 à 808 (le juge Ritchie). Je puis difficilement concevoir une situation où un tribunal peut se conformer à la justice fondamentale en tirant, uniquement à partir d'observations écrites, des conclusions importantes en matière de crédibilité<sup>3</sup>. [C'est moi qui souligne.]

Par suite de l'arrêt *Singh*, plusieurs milliers de revendicateurs ont eu droit à une audition, droit qui leur était antérieurement nié. La Commission a été inondée de demandes qui ont épuisé ses ressources matérielles. Le *Règlement sur l'arriéré des revendications du statut de réfugié* visait au traitement prioritaire des revendications de toutes les personnes qui n'avaient pas eu gain de cause selon l'ancien système et qui, étant encore au Canada, avaient le droit d'invoquer l'arrêt *Singh*. Dans ces circonstances, il n'était que naturel d'exclure les personnes qui, même dans l'ancien système, s'étaient vu accorder une audition satisfaisant aux exigences établies par la Cour. Bien sûr, cela voulait dire qu'il fallait tenir une audition permettant au besoin au tribunal de déterminer personnellement la crédibilité du revendicateur.

<sup>3</sup> *Singh et autres* (précité) aux p. 213 et 214.

Here, the respondent's credibility was clearly in issue. He was never given notice of the hearing of January 15, 1986 even though Rule 22(1)<sup>4</sup> specifically called for service of notice on him. He wished to be present at the hearing and was not. He wished to testify and did not. All this was due to no fault of his own. In those circumstances it seems to me that, whatever took place on January 15, it was not an oral hearing that would have satisfied the requirements of *Singh*.

It is not necessary to deal here with the question of a possible waiver of the claimant's right to an oral hearing. The Trial Judge has found as a fact that the respondent did not give any such waiver and that his lawyer, "off on a frolic of his own", was acting without authority.<sup>5</sup> Nor is it necessary to enter into a debate as to whether what took place on January 15, 1986 was void or merely voidable; it is enough to say that in the context of the *Refugee Claims Backlog Regulations* it was not an "oral hearing" within the intendment of subparagraph 2(d)(i) of the definition of "member of the refugee claims backlog".

I would dismiss the appeal other than to correct the clerical error by which the Trial Judge referred to the decision of the Board dated March 13, 1986, rather than to the decision of Immigration Canada dated April 8, 1987 determining the respondent not to be admissible for administrative review.

\* \* \*

<sup>4</sup> *Immigration Appeal Board Rules (Convention Refugees)*, 1981, SOR/81-420. (Since revoked [SOR/89-103]).

<sup>5</sup> That finding, however, does not make this a case where the respondent's problems are due to his counsel's negligence, as was the case in the recent decision of the House of Lords in *Al-Mehdawi v Secretary of State for the Home Dept*, [1989] 3 All ER 843. It is clear here that the Board was determined to proceed whether or not counsel participated; it had fixed the hearing "peremptorily" despite its failure to give notice in accordance with its own rules and Immigration Canada's failure to reveal that it knew respondent's address. In those circumstances, counsel's "frolic" was a relatively minor contribution to the miscarriage of justice which occurred.

En l'espèce, la crédibilité de l'intimé était clairement en litige. Celui-ci n'a jamais été avisé de la tenue de l'audition du 15 janvier 1986, bien que la Règle 22(1)<sup>4</sup> prévoit expressément la signification d'un avis. L'intimé voulait assister à l'audition et il ne l'a pas fait, il voulait témoigner et il ne l'a pas fait, et ce, sans que la chose soit attribuable à sa faute. Dans ces circonstances, il me semble que, quoi qu'il se soit produit le 15 janvier, il ne s'agissait pas d'une audition satisfaisant aux exigences énoncées dans l'arrêt *Singh*.

Il est inutile d'examiner ici la question d'une renonciation possible au droit que possède le requérant à la tenue d'une audition. Le juge de première instance a conclu que l'intimé n'avait pas renoncé à ce droit et que son avocat, en agissant «de son propre chef» avait excédé son mandat<sup>5</sup>. Il n'est pas nécessaire non plus de déterminer si ce qui est arrivé le 15 janvier 1986 était nul ou simplement annulable; il suffit de dire que, dans le contexte du *Règlement sur l'arriéré des revendications du statut de réfugié*, il ne s'agissait pas d'une «audition» au sens du sous-alinéa 2d(i) de la définition de l'expression «revendicateur».

Je rejetterais l'appel, mais je corrigerais l'erreur qui a été commise dans le jugement de première instance, où il est question de la décision rendue par la Commission le 13 mars 1986, plutôt que de la décision d'Immigration Canada en date du 8 avril 1987, dans laquelle il a été conclu que l'intimé n'était pas admissible à la révision administrative.

\* \* \*

<sup>4</sup> *Règles de 1981 de la Commission d'appel de l'immigration (réfugié au sens de la Convention)* DORS/81-420. (Révoquées depuis lors [DORS/89-103]).

<sup>5</sup> Cette conclusion, toutefois, ne veut pas dire qu'il s'agit ici d'un cas où les problèmes de l'intimé sont attribuables à la négligence de son avocat, comme c'était le cas dans l'affaire *Al-Mehdawi v Secretary of State for the Home Dept*, [1989] 3 All ER 843, où la Chambre des lords a récemment rendu jugement. En l'espèce, il est clair que la Commission a décidé de procéder, et ce, avec ou sans la participation de l'avocat. Elle a fixé la date d'audition «péremptoirement» malgré son omission de donner un avis comme le prévoyaient ses propres règles et l'omission d'Immigration Canada de révéler qu'elle connaissait l'adresse de l'intimé. Dans ces conditions, les agissements de l'avocat n'ont pas grand-chose à voir avec le déni de justice qui a été commis.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

DESJARDINS J.A.: The respondent contends he is entitled to have his refugee claim processed under the *Refugee Claims Backlog Regulations*.<sup>6</sup> The appellants deny his entitlement to do so.

We are seized with an appeal taken from the order of Rouleau J., dated June 12, 1987, who, on respondent's application for *certiorari*, prohibition and *mandamus*, granted the *certiorari* setting aside the decision of the Immigration Appeal Board ("the Board") dated February 13, 1986, issued the order of prohibition requested and dismissed the application for *mandamus*. A cross-appeal on the refusal of the Trial Judge to issue the *mandamus* was taken but was not pressed before us.

At issue is whether the Trial Judge was correct in concluding that the respondent meets the requirement of subparagraph 2(d)(i) of the *Refugee Claims Backlog Regulations* in that he "is not a person with respect to whom an oral hearing commenced on or before May 21, 1986 before the Board with respect to the redetermination of his claim for refugee status."<sup>7</sup>

The facts, as summarized by the Trial Judge, are the following:<sup>8</sup>

The applicant, a citizen of Sri Lanka, arrived in Canada on November 10, 1982, and immediately claimed refugee status at the port of entry, Mirabel Airport. An inquiry date was arranged for November 11, 1982, at which time the applicant

<sup>6</sup> SOR/86-701, 26 June, 1986.

<sup>7</sup> Subparagraph 2(d)(i) of the *Refugee Claims Backlog Regulations* provides as follows:

2. In these Regulations,

"member of the refugee claims backlog" means a person who

(d) is not a person

(i) with respect to whom an oral hearing commenced on or before May 21, 1986 before the Board with respect to the redetermination of his claim for refugee status . . .

<sup>8</sup> At pp. 104-106.

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

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: L'intimé prétend avoir droit à ce que sa demande de statut de réfugié soit traitée en vertu du *Règlement sur l'arriéré des revendications du statut de réfugié*.<sup>6</sup> Ce que nient les appelants.

Nous sommes saisis d'un appel interjeté à l'encontre de l'ordonnance du juge Rouleau, en date du 12 juin 1987, lequel, sur requête de l'intimé en *certiorari*, en prohibition et en *mandamus*, a accordé le *certiorari* annulant la décision de la Commission d'appel de l'immigration («la Commission») en date du 13 février 1986, prononcé l'ordonnance de prohibition demandée et rejeté la requête en *mandamus*. Un appel incident a été formé contre le refus du juge de première instance d'accorder le *mandamus*, mais on n'y a pas donné suite devant cette Cour.

Le litige porte en l'espèce sur la question de savoir si le juge de première instance a eu raison de conclure que l'intimé respecte les exigences du sous-alinéa 2d)(i) du *Règlement sur l'arriéré des revendications du statut de réfugié* en ce qu'il «n'est pas une personne au sujet de qui une audition a débuté le 21 mai 1986 ou avant cette date devant la Commission relativement au réexamen de sa revendication du statut de réfugié».<sup>7</sup>

Voici les faits, tels que les a résumés le juge de première instance:<sup>8</sup>

Le requérant, citoyen du Sri Lanka, est arrivé au Canada le 10 novembre 1982 et a immédiatement revendiqué le statut de réfugié à son port d'arrivée, l'aéroport de Mirabel. La date de l'enquête a été fixée au 11 novembre 1982, et le requérant y a

<sup>6</sup> DORS/86-701, 26 juin 1986.

<sup>7</sup> Le sous-alinéa 2d)(i) du *Règlement sur l'arriéré des revendications du statut de réfugié* édicte:

2. Les définitions qui suivent s'appliquent au présent Règlement.

«revendicateur» Toute personne revendiquant le statut de réfugié, dont le cas fait partie de l'arriéré et qui répond aux conditions suivantes:

d) elle n'est pas une personne:

(i) au sujet de qui une audition a débuté le 21 mai 1986 ou avant cette date devant la Commission relativement au réexamen de sa revendication du statut de réfugié . . .

<sup>8</sup> Aux p. 104 à 106.

once again claimed refugee status. The adjudicator adjourned the inquiry pursuant to subs. 45(1) of the *Immigration Act*, S.C. 1976-77, c. 52, as amended, and imposed certain terms and conditions on the applicant pursuant to s. 104 of the *Immigration Act*. On February 1, 1983, the applicant completed an examination under oath respecting his claim before a senior immigration officer pursuant to subs. 45(1) of the Act. Subsequent thereto, the applicant's claim, together with a transcript of the examination under oath, was referred to the Minister of Employment & Immigration. By letter dated April 27, 1983, the applicant was advised of the Minister's decision that the applicant was not a Convention refugee as defined in subs. 2(1) of the Act.

Upon receipt of this decision, the applicant attended the office of his solicitor, Mr. Gérard Therrien, who advised the applicant that he was not in a position to represent him and who directed him to another lawyer from the same office, Mr. Michel Leclaire. The purpose of the applicant retaining the services of a lawyer was to obtain assistance in making an application for a redetermination of a claim to be a convention refugee. At the time of this initial meeting between the applicant and his lawyer Mr. Leclaire, the latter's address was 7244 St-Denis Street in Montreal. On June 27, 1983, the applicant again attended the office of Mr. Leclaire in order to sign his application for redetermination and the declaration under oath. This appointment took place at Mr. Leclaire's law office which had been relocated to 5846-2nd Avenue in Rosemont. On both of the documents which the applicant executed at this appointment his address appeared as 1240 Fort Street in Montreal. The applicant advised Mr. Leclaire that his current address was 5555 Hutchinson, Apartment 102 in Montreal and was apparently reassured that the change would be made.

Thereafter the applicant changed his place of residence to 6585 Park Avenue, Apartment 26 in Montreal. He advised the Canada Immigration Commission of this change of address and also attended his lawyer's office to advise of the change. The applicant did not, however, advise the Immigration Appeal Board of his new address as he was under the impression that his lawyer would do so and that the notice of change of address at the Canada Immigration Commission would suffice. It was the commission which the applicant had been ordered to report such a change to. Later the applicant moved to 1180 Fort Street in Montreal, and again advised the Canada Immigration Commission of the change of address. The applicant attempted to advise his lawyer Mr. Leclaire of his new address but, upon attendance at the latter's office, he found that his solicitor had moved; the applicant had not received a change of address notice from his lawyer nor was he able to trace Mr. Leclaire. Although the applicant had completed a change of address notice which he left with the post office to ensure that all mail would be correctly rerouted to his current address, the applicant received no communication from Mr. Leclaire.

In 1986 the applicant again moved to 7171 Chateaubriand, Apartment 29 in Montreal. Again he advised the Canada Immigration Commission of the change; however, being unable to locate Mr. Leclaire, the applicant took steps to retain the services of another lawyer.

encore une fois revendiqué le statut de réfugié. L'arbitre a ajourné l'enquête en vertu du paragraphe 45(1) de la *Loi sur l'immigration*, S.C. 1976-77, chap. 52 et ses modifications, et imposé certaines conditions au requérant en vertu de l'article 104 de cette Loi. Le 1<sup>er</sup> février 1983, le requérant a subi un interrogatoire sous serment relativement à sa revendication devant un agent supérieur de l'immigration, en vertu du paragraphe 45(1) de la Loi. Par la suite, la revendication du requérant, ainsi qu'une transcription de l'interrogatoire sous serment, a été déférée au ministre de l'Emploi et de l'Immigration. Dans une lettre datée du 27 avril 1983, le requérant a été informé de la décision du ministre selon laquelle il n'était pas un réfugié au sens de la Convention, selon la définition contenue au paragraphe 2(1) de la Loi.

Sur réception de cette décision, le requérant s'est rendu au cabinet de son avocat, M<sup>e</sup> Gérard Therrien; celui-ci l'a informé qu'il n'était pas en mesure de le représenter et l'a déferé à un autre avocat du même cabinet, M<sup>e</sup> Michel Leclaire. Le requérant voulait retenir les services d'un avocat afin d'obtenir de l'aide pour remplir une demande de réexamen d'une revendication du statut de réfugié au sens de la Convention. Lors de la rencontre initiale entre le requérant et son avocat, M<sup>e</sup> Leclaire, l'adresse de ce dernier était le 7244, rue Saint-Denis, à Montréal. Le 27 juin 1983, le requérant s'est rendu à nouveau au cabinet de M<sup>e</sup> Leclaire pour signer sa demande et la déclaration assermentée. Ce rendez-vous a eu lieu au cabinet de M<sup>e</sup> Leclaire qui se trouvait alors au 5846, 2<sup>e</sup> Avenue, à Rosemont. Sur les deux documents que le requérant a signés lors de ce rendez-vous, il donne comme adresse le 1240, rue du Fort, à Montréal. Le requérant a informé M<sup>e</sup> Leclaire que son adresse actuelle était le 5555, rue Hutchinson, appartement 102, à Montréal, et on lui aurait apparemment dit que le changement serait fait.

Par la suite, le requérant a emménagé au 6585, avenue du Parc, appartement 26, à Montréal. Il a informé la Commission canadienne de l'immigration de ce changement d'adresse et s'est également rendu au cabinet de son avocat pour l'en informer. Toutefois, le requérant n'a pas informé la Commission d'appel de l'immigration de sa nouvelle adresse, puisqu'il avait l'impression que son avocat le ferait et que l'avis de changement d'adresse donné à la Commission canadienne de l'immigration suffirait. C'est à la Commission qu'on avait ordonné au requérant de signaler un tel changement. Par la suite, l'appelant s'est installé au 1180, rue du Fort, à Montréal, et il a encore une fois informé la Commission canadienne de l'immigration de son changement d'adresse. Il a tenté d'informer son avocat, M<sup>e</sup> Leclaire, de sa nouvelle adresse, mais en se rendant au cabinet de ce dernier, il a découvert que son procureur avait déménagé; le requérant n'avait pas reçu d'avis de changement d'adresse de son avocat et il n'a pu retrouver M<sup>e</sup> Leclaire. Bien qu'il ait rempli un avis de changement d'adresse qu'il a laissé au bureau de poste pour que tout son courrier soit acheminé à sa nouvelle adresse, le requérant n'a reçu aucune communication de M<sup>e</sup> Leclaire.

En 1986, le requérant est encore déménagé pour s'installer au 7171, rue Chateaubriand, appartement 29, à Montréal. Il a encore une fois informé la Commission canadienne de l'immigration de ce changement, mais, incapable de retrouver M<sup>e</sup> Leclaire, le requérant a pris des mesures pour retenir les services d'un autre avocat.

In the meantime, a hearing was scheduled before the Immigration Appeal Board relating to the applicant's application for a redetermination of a claim to be a Convention refugee. The hearing date was January 15, 1986. Although notice of the hearing was apparently sent to the applicant in December of 1985, the applicant never received it nor was he made aware of the date of his hearing by his then lawyer, Mr. Leclaire.

The applicant became aware that something was amiss when he received a letter from the Canada Immigration Commission dated March 25, 1986, stating in part:

Following the unfavourable decision of the Immigration Appeal Board concerning your claim to (sic) redetermination to be a Convention refugee, you will have to present yourself at the Canada Immigration Centre . . . for the resumption of your inquiry.

Attached to the letter was a copy of the Immigration Appeal Board's decision. Upon investigation it was revealed that Mr. Leclaire had attended the hearing on January 15, 1986 and had asked the board for and obtained permission to proceed in the absence of the applicant. Based on the evidence and documentation submitted by Mr. Leclaire, the board rendered its decision on February 13, 1986.

On May 23, 1986, the respondent filed with the Board a motion to have his case reopened.<sup>9</sup> In his affidavit, he explained that, during the relevant period, he regularly filed his changes of address with the Canada Immigration Commission and with the Post Office, that he contacted his lawyer thinking that the latter would file his changes of address with the Board, that at some point he lost track of his counsel and was in the process of changing attorneys when he was notified of the Board's decision rejecting his claim for redetermination. He said he was unaware of the proceeding of January 15, 1986, had planned to testify during his hearing and that his counsel acted without instructions. The Board granted his motion on December 23, 1986.<sup>10</sup> The hearing was set to be on April 29, 1987.<sup>11</sup>

On March 10, 1987, the respondent's new counsel requested that the respondent's application be processed under the provisions of the *Refugee Claims Backlog Regulations*. The reply signed by Mr. Louis Grenier, Director, Canada Immigration

Entretemps, une audience devait avoir lieu devant la Commission d'appel de l'immigration au sujet de la demande de réexamen d'une revendication du statut de réfugié au sens de la Convention du requérant. L'audience était fixée au 15 janvier 1986. Bien qu'un avis d'audience ait apparemment été envoyé au requérant en décembre 1985, ce dernier ne l'a jamais reçu et n'a jamais été mis au courant de la date de l'audience par son avocat d'alors, M<sup>e</sup> Leclaire.

Le requérant s'est aperçu que quelque chose n'allait pas lorsqu'il a reçu une lettre de la Commission canadienne de l'immigration en date du 25 mars 1986 contenant le passage suivant:

[TRADUCTION] Suite à la décision défavorable de la Commission d'appel de l'immigration relativement à votre demande de réexamen du statut de réfugié au sens de la Convention, vous devrez vous présenter au Centre d'immigration du Canada . . . pour que votre enquête suive son cours.

La lettre était accompagnée d'une copie de la décision de la Commission d'appel de l'immigration. Suite à une enquête, on a découvert que M<sup>e</sup> Leclaire avait assisté à l'audience du 15 janvier 1986 et avait demandé à la Commission et obtenu l'autorisation de procéder en l'absence du requérant. En fonction de la preuve et des documents présentés par M<sup>e</sup> Leclaire, la Commission a rendu sa décision le 13 février 1986.

Le 23 mai 1986, l'intimé a produit à la Commission une requête en réouverture<sup>9</sup>. Dans son affidavit, il explique qu'au cours de la période en cause, il a informé régulièrement la Commission canadienne de l'immigration et le bureau de poste de ses changements d'adresse. Il ajoute qu'il a communiqué avec son avocat, en pensant que celui-ci effectuerait lesdits changements d'adresse auprès de la Commission, qu'à un certain moment il a perdu la trace de son procureur et qu'il était à la recherche d'un nouvel avocat lorsqu'il a été avisé de la décision de la Commission de rejeter sa demande de réexamen. Il déclare qu'il n'était pas au courant de l'instance qui s'est déroulée le 15 janvier 1986, qu'il avait projeté de témoigner à l'audition et que son procureur a agi sans avoir reçu d'instructions. La Commission a accueilli la requête le 23 décembre 1986<sup>10</sup>. La date de l'audition a été fixée au 29 avril 1987<sup>11</sup>.

Le 10 mars 1987, le nouveau procureur de l'intimé a demandé que la demande de son client soit traitée sous le régime des dispositions du *Règlement sur l'arriéré des revendications du statut de réfugié*. Voici la réponse qu'a faite, le 8 avril 1987,

<sup>9</sup> A.B., App. I, at p. 49.

<sup>10</sup> A.B., App. I, at p. 41.

<sup>11</sup> A.B., App. I, at p. 70.

<sup>9</sup> Dossier d'appel, annexe I, à la p. 49.

<sup>10</sup> Dossier d'appel, annexe I, à la p. 41.

<sup>11</sup> Dossier d'appel, annexe I, à la p. 70.



Commission, Galt, on April 8, 1987, was the following:<sup>12</sup>

[TRANSLATION] I wish to confirm hereby that Mr. Selvadurai Kuganeswaran was not eligible for the administrative review since the hearing of the application to reconsider his claim began before the Commission before May 21, 1986, as provided in s. 2(d)(i) of the Refugee Claims Backlog Regulations.

The hearing of your client's application for reconsideration was held on January 15, 1986. The fact that the IAB has now granted your application does not mean that there was not a hearing, but that the IAB agrees to reopen the hearing that has already been held.

The respondent's position before the Trial Judge was that since the claimant had not received notice of the hearing of January 15, 1986, was not present at the hearing and did not authorize his lawyer to represent him in his absence, there could not have been a commencement of an oral hearing as contemplated by subparagraph 2(d)(i) of the *Refugee Claims Backlog Regulations*. The appellants, on the other hand, argued that there had been a hearing; the respondent had been heard through his lawyer before a properly constituted tribunal with relevant documents on file and evidence submitted. Because his lawyer was not mandated to act in his absence did not mean that an oral hearing had not commenced.

The Trial Judge stated that, according to the *Immigration Appeal Board Rules (Convention Refugees), 1981*,<sup>13</sup> notice of the hearing had to be served on the party as well as his solicitor.<sup>14</sup> The purpose of the notice requirements was to allow a person to know how he might be affected and to prepare himself adequately to make representations. The effect of inadequate or no notice would render the actions of the decision-making body void. *Wiswell et al. v. Metropolitan Corp. of Greater Winnipeg*<sup>15</sup> was cited. No party, according to the Trial Judge, could properly present its case

<sup>12</sup> A.B., App. I, at p. 58.

<sup>13</sup> SOR/81-420, 28 May, 1981.

<sup>14</sup> *Immigration Appeal Board Rules (Convention Refugees), 1981*:

22. (1) Where the Board allows an application to proceed, the registrar shall serve notice of the time and place of the hearing on the parties to the application and their counsel.

(2) The date set for the hearing of an application shall be not less than fifteen days from the date of service of the notice referred to in subsection (1).

<sup>15</sup> [1965] S.C.R. 512.

M. Louis Grenier, directeur de la Commission canadienne de l'immigration, à Galt<sup>12</sup>:

Je désire confirmer par la présente que M. Selvadurai Kuganeswaran n'est pas éligible à la révision administrative puisque l'audition de la demande de réexamen de sa revendication a débuté devant la Commission avant le 21 mai 1986, tel que stipulé à l'article 2d) (i) du Règlement concernant l'arriéré des revendications au statut de réfugié.

L'audition de la demande de réexamen de votre client a eu lieu le 15 janvier 1986. Le fait que la CAI ait maintenant accédé à votre requête ne signifie pas qu'il n'y ait pas eu d'audition, mais que la CAI consent à ouvrir de nouveau l'audition qui a déjà eu lieu.

L'intimé a fait valoir devant le juge de première instance que, puisqu'il n'avait pas reçu d'avis de l'audition du 15 janvier 1986, qu'il n'avait pas assisté à celle-ci et qu'il n'avait pas autorisé son avocat à le représenter en son absence, il ne pouvait y avoir eu début d'audition au sens du sous-alinéa 2d)(i) du *Règlement sur l'arriéré des revendications du statut de réfugié*. Pour leur part, les appelants ont soutenu qu'il y avait eu audition, que le requérant avait été entendu par l'entremise de son avocat devant un tribunal dûment constitué, les documents pertinents ayant été versés au dossier et la preuve soumise. Le fait que l'avocat de l'intimé n'ait pas reçu mandat d'agir en l'absence de ce dernier n'a donc pas empêché qu'il y ait eu début d'une audition.

Le juge de première instance a déclaré qu'en vertu des *Règles de 1981 de la Commission d'appel de l'immigration (Réfugié au sens de la Convention)*<sup>13</sup>, l'avis d'audition devait être signifié à la partie ainsi qu'à son procureur<sup>14</sup>. Il a ajouté que ces exigences en matière d'avis visaient à permettre à une personne de savoir comment ses droits risquent d'être touchés, et de se préparer à présenter des arguments. L'insuffisance ou l'absence d'avis rendrait les actes de l'organisme décisionnel nuls. L'arrêt *Wiswell et al. v. Metropolitan Corp. of Greater Winnipeg*<sup>15</sup> a été cité. Aucune

<sup>12</sup> Dossier d'appel, annexe I, à la p. 58.

<sup>13</sup> DORS/81-420, 28 mai 1981.

<sup>14</sup> *Règles de 1981 de la Commission d'appel de l'immigration (Réfugié au sens de la Convention)*:

22. (1) Lorsque la Commission permet à une demande de suivre son cours, le greffier doit signifier aux parties et à leur conseil les dates et lieu de l'audition.

(2) La date de l'audition d'une demande doit suivre d'au moins quinze jours la date de signification visée au paragraphe (1).

<sup>15</sup> [1965] R.C.S. 512.

without knowing what might be said against it. But it was not enough to simply know the case to be met; the opportunity to present one's side of the matter was also essential. That did not happen, in the case at bar, since proper service had not been possible and since respondent's counsel before the Board had not received instructions. He said:<sup>16</sup>

Applying the above principles of natural justice to the case at Bar, it is my opinion that the applicant was not afforded an oral hearing as required by the Immigration Appeal Board Rules. First, those rules are clear that notice of the time and place of the hearing shall be served on the party affected as well as his counsel. Service of notice on the applicant's counsel only is not sufficient. It is difficult to ascertain exactly why the Immigration Appeal Board was unable to serve notice on the applicant. Certainly the Canada Immigration Commission was, at all material times, aware of the applicant's whereabouts since the applicant was diligent in reporting all changes of address to that body. I can find no fault with the applicant's conduct in this regard. Second, although subs. 23(1) of the Rules allows a party to be represented by counsel at the hearing of an application, such representation contemplates, in my view, that counsel be acting under the instructions of his client and not off on a frolic of his own. Mr. Leclaire as counsel was acting beyond the scope of his duties by representing the applicant at the redetermination hearing. The evidence is clear that he did not have instructions to do so from the applicant who was in fact in the process of retaining another counsel as he was unable to contact Mr. Leclaire. More damaging to the whole process was the fact that Mr. Leclaire knew very little about the applicant and was unaware of the fact that the applicant wished to testify at the hearing and to call witnesses as was his right under the Rules.

The Trial Judge concluded that what transpired before the Board on January 15, 1986 was not a hearing as set out in the *Immigration Appeal Board Rules (Convention Refugees)*, 1981 and therefore not an oral hearing as referred to in subparagraph 2(d)(i) of the *Refugee Claims Backlog Regulations*.

The appellants submit that the Trial Judge could not, in his order, set aside the decision of the Board of February 13, 1986 since what was at stake was the decision by Mr. Louis Grenier,

partie, de l'avis du juge de première instance, ne pourrait exposer sa cause sans savoir ce qui pourrait être dit contre elle. Il a ajouté qu'il ne suffisait toutefois pas de connaître simplement la preuve qui sera présentée, la possibilité de présenter son point de vue étant également essentielle. Ces conditions n'ont pas été réalisées en l'espèce, étant donné l'impossibilité de signifier l'avis et le fait que le procureur qui a représenté l'intimé devant la Commission n'avait pas reçu de directives à cet égard. Le juge de première instance a ainsi poursuivi<sup>16</sup>:

Si j'applique ces principes de justice naturelle à l'espèce, je suis d'avis que le requérant n'a pas bénéficié d'une audition comme l'exigent les *Règles de la Commission d'appel de l'immigration*. Premièrement, ces règles établissent clairement qu'un avis de l'heure et de l'endroit de l'audition soit signifié à la partie visée ainsi qu'à son procureur. La signification de l'avis au seul procureur du requérant ne suffit pas. Il est difficile de comprendre exactement pourquoi la Commission d'appel de l'immigration n'a pas pu signifier l'avis au requérant. Assurément, la Commission canadienne de l'immigration était, pendant toute l'époque en cause, au courant des allées et venues du requérant, puisque ce dernier a signalé avec diligence tous ses changements d'adresse à cet organisme. Je ne puis trouver aucune faute dans la conduite du requérant à cet égard. Deuxièmement, bien que le paragraphe 23(1) des Règles permette à une partie d'être représentée par avocat lors de l'audition d'une demande, cette représentation signifie, à mon avis, que le procureur agit selon les instructions de son client et non de son propre chef. À titre de procureur, M<sup>e</sup> Leclaire a outrepassé l'étendue de ses fonctions en représentant le requérant à l'audition de réexamen. La preuve établit clairement qu'il n'avait pas reçu de directives à cet égard du requérant, lequel était en fait à la recherche d'un autre avocat puisqu'il avait été incapable de communiquer avec M<sup>e</sup> Leclaire. Ce qui vicie encore plus toute l'affaire, c'est que M<sup>e</sup> Leclaire connaissait très peu le requérant et ignorait que ce dernier voulait témoigner à l'audition et faire entendre des témoins, comme il en avait le droit en vertu des Règles.

Le juge de première instance a conclu que ce qui s'était passé devant la Commission le 15 janvier 1986 n'était pas une audition au sens des *Règles de 1981 de la Commission d'appel de l'immigration (réfugié au sens de la Convention)* ni, en conséquence, une audition au sens du sous-alinéa 2d)(i) du *Règlement sur l'arriéré des revendications du statut de réfugié*.

Les appelants soutiennent que le juge de première instance ne pouvait, dans son ordonnance, annuler la décision de la Commission en date du 13 février 1986, puisque la décision en cause

<sup>16</sup> At pp. 110-111.

<sup>16</sup> Aux p. 110 et 111.

Canada Immigration Commission, dated April 8, 1987, refusing the claim to be processed under the provisions of the *Refugee Claims Backlog Regulations*. The point was conceded by the respondent. But more importantly, the appellants submit that what is at issue here, for the purpose of deciding whether “an oral hearing commenced on or before May 21, 1986” as provided in subparagraph 2(d)(i) of the *Refugee Claims Backlog Regulations*, is not the validity of the decision arrived at by the Board on February 13, 1986, but the existence of the proceeding which took place on January 15, 1986. The decision may possibly be voidable, were the principles of natural justice not followed,<sup>17</sup> but nevertheless an oral hearing has commenced.

The respondent claims that for an oral hearing to have commenced, the oral hearing must have been a valid one. This would include as necessary components: adequate notice, physical presence and a duly mandated counsel. The purpose of the notice is to allow the person whose rights are affected to appear in person, to retain and instruct counsel, to prepare the case, to assign witnesses, to prepare proper representations, etc. His physical presence was essential for an oral hearing to take place since, according to the Minister’s decision of April 27, 1983, his credibility was at stake. No “oral hearing” could take place without the claimant taking a stand and speaking.<sup>18</sup> There is no evidence that his counsel, who represented him in 1983, at the time of the application for redetermination, still held a mandate in 1986 before the Board. If what happened on January 15, 1986 was not valid, nothing could have “commenced”. Moreover, says the respondent, the hearing of January 15, 1986 is void, not voidable, on account of the severity of the penalty.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> As held in *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, at p. 585.

<sup>18</sup> In contrast, counsel cited *Uddin v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, T-1017-87 (F.C.T.D.) not reported and *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Chan*, A-1123-87 (F.C.A.), *supra*.

<sup>19</sup> Jones and de Villars, *Principles of Administrative Law* (Toronto: Carswell, 1985) at p. 193 was cited.

était celle de M. Louis Grenier, de la Commission canadienne de l’immigration, en date du 8 avril 1987, refusant que la demande soit traitée en vertu des dispositions du *Règlement sur l’arriéré des revendications du statut de réfugié*. Ce point a été admis par l’intimé. Mais plus important encore, les appelants prétendent que la question en litige en l’espèce, aux fins de décider si «une audition a débuté le 21 mai 1986 ou avant cette date» comme le prévoit le sous-alinéa 2d)(i) du *Règlement sur l’arriéré des revendications du statut de réfugié*, n’est pas la validité de la décision à laquelle en est arrivée la Commission le 13 février 1986, mais bien l’existence de l’instance qui s’est déroulée le 15 janvier 1986. La décision est peut-être annulable s’il y a eu non-respect des principes de justice naturelle<sup>17</sup>, mais il y a eu néanmoins début d’une audition.

L’intimé fait valoir que, pour qu’il y ait eu début d’une audition, cette dernière doit avoir été valide. Devraient donc s’y retrouver les éléments essentiels suivants: un avis en bonne et due forme, une présence physique et un procureur dûment mandaté. L’avis a pour but de permettre à la personne dont les droits sont touchés de comparaître en personne, d’avoir recours à l’assistance d’un avocat, de préparer sa cause, d’assigner des témoins, de préparer des observations, etc. Sa présence physique était essentielle à la tenue de l’audition puisque, suivant la décision du ministre en date du 27 avril 1983, sa crédibilité était en jeu. Aucune «audition» ne pouvait donc être tenue sans que le requérant puisse se faire entendre<sup>18</sup>. Or, aucune preuve ne permet d’établir que le procureur de l’intimé, qui le représentait en 1983 au moment de la demande de réexamen, détenait toujours un mandat en 1986 devant la Commission. Si ce qui s’est passé le 15 janvier 1986 n’était donc pas valide, rien n’a pu «débuté[r]». Qui plus est, affirme l’intimé, l’audition du 15 janvier 1986 est non seulement annulable, mais nulle en raison de la sévérité de la peine<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Comme l’a établi l’arrêt *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, à la p. 585.

<sup>18</sup> En sens contraire le procureur a cité *Uddin c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, T-1017-87 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) non publié et *Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration) c. Chan*, A-1123-87 (C.A.F.) précité.

<sup>19</sup> On a cité Jones et de Villars, *Principles of Administrative Law* (Toronto: Carswell, 1985), à la p. 193.

The *Refugee Claims Backlog Regulations* were announced on May 21, 1986 and came into effect shortly thereafter. They were meant to assist in the processing of a potentially large backlog of refugee claimants, pursuant to the decision of the Supreme Court of Canada in *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*.<sup>20</sup> In effect, they allow the persons covered by the Regulations (defined as “member of the refugee claims backlog”) to be exempted from most of the normal requirements for admission to Canada as immigrants, provided they meet certain limited criteria upon which an immigration officer is enabled to conclude that they are “likely to become established in Canada”. The appellants invite us to give these Regulations a restrictive interpretation since they operate as an exception to the usual process. I conclude on that point that the ordinary rules of interpretation apply since what we are concerned with here is what the provision says.

The transcript of the proceedings before the Board indicates that the respondent had not been reached, that the respondent’s counsel had been difficult to reach but that he had received, on December 16, 1985, a notice for a hearing to be held peremptorily on January 15, 1986. He informed the Board on that day that he had been unable to contact his client presumably on account of a change of address. He indicated that the only witness he had been planning to call was his client but, in view of his absence, he would use the affidavit on file and would submit documentary evidence. He persuaded the Board to proceed as he said:<sup>21</sup>

[TRANSLATION] Whether my client was present or not, he was represented by counsel duly—who was authorized to represent clients before an Appeal Board, and my colleague also knew from the affidavit that the only witness who possibly might be heard was my client. So I feel the Board has the right to make a decision based solely on the sworn statement and the documents submitted to you today, even though my client is absent, since he is represented by counsel.

When the Board, by an affidavit in support of respondent’s motion to reopen his claim for redetermination, became aware of the respondent’s

Le *Règlement sur l’arriéré des revendications du statut de réfugié* a été rendu public le 21 mai 1986 et son entrée en vigueur a suivi peu après. Il était censé accélérer le traitement d’un important arriéré de revendications du statut de réfugié qu’on appréhendait à la suite de l’arrêt *Singh et autres c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*<sup>20</sup> rendu par la Cour suprême du Canada. Ce Règlement permet de fait aux personnes visées (définies comme étant des «revendicateur[s]») d’être exemptées de la plupart des conditions habituelles d’admission au Canada à titre d’immigrants, pourvu qu’elles satisfassent à certains critères précis en vertu desquels un agent d’immigration peut conclure qu’elles sont «susceptibles de pouvoir s’établir avec succès au Canada». Les appelants nous invitent à donner à ce Règlement une interprétation restrictive, vu son caractère exorbitant par rapport au processus normal. Sur ce point, je conclus que les règles ordinaires d’interprétation s’appliquent puisque la question dont nous sommes saisis est celle du sens à accorder à la disposition.

Il ressort de la transcription des débats qui se sont tenus devant la Commission que l’intimé n’avait pu être rejoint, qu’on avait éprouvé des difficultés à contacter son procureur mais que ce dernier avait reçu, le 16 décembre 1985, avis qu’une audition serait tenue péremptoirement le 15 janvier 1986. Ce jour-là, il a informé la Commission qu’il avait été incapable de communiquer avec son client, invoquant un changement probable d’adresse. Il a indiqué que le seul témoin qu’il avait l’intention de citer était son client mais que, vu son absence, il se servirait de l’affidavit produit au dossier et soumettrait une preuve documentaire. Il a persuadé la Commission de procéder en disant<sup>21</sup>:

Alors que mon client soit présent ou non, il est actuellement représenté par un avocat dûment—qui a l’autorisation de représenter des clients devant une Commission d’appel et mon confrère savait aussi de par l’affidavit que le seul témoin qui serait entendu possiblement serait mon client. Alors je pense que la Commission a le droit de rendre une décision uniquement sur la déclaration assermentée et sur les documents soumis aujourd’hui devant vous, même si mon client est absent, étant donné qu’il est représenté par avocat.

C’est après avoir, grâce à un affidavit produit à l’appui de la requête de l’intimé, pris connaissance de faits nouveaux, que la Commission a accepté de

<sup>20</sup> [1985] 1 S.C.R. 177.

<sup>21</sup> A.B., at p. 24.

<sup>20</sup> [1985] 1 R.C.S. 177.

<sup>21</sup> Dossier d’appel, à la p. 24.

version of the facts, it granted the motion to reopen. Natural justice and section 7 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]] would have prevented it from using its discretion otherwise.<sup>22</sup> The Board is therefore about to give the respondent the opportunity of exercising his constitutional rights. But, and this is the issue here, can it be said that an oral hearing never commenced on January 15, 1986 because the respondent was not reached, because he who spoke had no mandate, and because what happened that day was not an oral hearing prescribed by *Singh*?

Rule 22 of the *Immigration Appeal Board Rules (Convention Refugees), 1981* requires that notice of the time and place of the hearing be served "on the parties to the application" Hugessen J.A., in his reasons for judgment, points out that the Board is not free from blame with regard to its failure to reach the respondent. He refers, in particular, to a note entitled "Important", which appears at the bottom of the printed form of application for redetermination provided by the Board, which reminds the claimant to report any change of address to the Registrar of the Board, but fails to specify the address of the Board. Further down, Hugessen J.A. notes the Board's "failure to give notice in accordance with its own rules".

This flaw on the Board's form is unfortunate considering that the respondent has indicated in his affidavit, in support of his motion to reopen his claim for redetermination, that his dealings had been with Immigration Canada and that he did not understand the different responsibilities between the Immigration Appeal Board and the Immigration Commission.<sup>23</sup> His explanation, which relates

<sup>22</sup> See *Bamrah v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, A-1011-88, October 11, 1989 (F.C.A.) where the facts, on the motion to reopen, are very similar to those of the case at bar. For another example of a case of a motion to reopen, this time with regard to an adjudicator's decision, see *Kaur v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 F.C. 209 (C.A.). See also *Gill v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1987] 2 F.C. 425 (C.A.).

rouvrir l'audition. Les principes de justice naturelle, ainsi que l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] l'auraient d'ailleurs empêchée d'exercer autrement son pouvoir discrétionnaire<sup>22</sup>. La Commission est donc sur le point de donner à l'intimé l'occasion d'exercer tous ses droits constitutionnels. Mais, et c'est là la question en litige en l'espèce, peut-on dire qu'une audition n'a jamais commencé le 15 janvier 1986, vu que l'intimé n'a pas été rejoint, que celui qui a pris la parole l'a fait sans mandat, et que ce qui s'est passé ce jour-là n'équivalait pas à une audition complète au sens de l'arrêt *Singh*?

En vertu de la Règle 22 des *Règles de 1981 de la Commission d'appel de l'immigration (Réfugié au sens de la Convention)*, avis des dates et lieu de l'audition doit être signifié «aux parties». Dans ses motifs de jugement, le juge Hugessen, J.C.A. fait remarquer que la Commission n'est pas à l'abri de tout reproche en ce qui concerne son incapacité de rejoindre l'intimé. Le juge renvoie en particulier à une note portant la mention «Important», qui apparaît au bas de la formule imprimée de demande de réexamen fournie par la Commission. On y avise le requérant de veiller à prévenir le greffier de la Commission de tout changement d'adresse, sans toutefois indiquer l'adresse de la Commission. Plus loin dans ses motifs, le juge Hugessen, J.C.A. parle «du défaut de la Commission de donner avis conformément à ses propres règles».

Cette lacune dans la formule de la Commission est malheureuse, étant donné que l'intimé a indiqué, dans l'affidavit à l'appui de sa requête en vue de faire rouvrir sa demande de réexamen, qu'il avait traité avec Immigration Canada, et que la différence entre les responsabilités de la Commission d'appel de l'immigration et celles de la Commission de l'immigration lui avait échappé<sup>23</sup>. L'ex-

<sup>23</sup> Voir *Bamrah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, A-1011-88, 11 octobre 1989 (C.A.F.) où les faits invoqués à l'appui de la requête en réouverture d'audition sont très semblables à ceux de l'espèce. Pour un autre exemple de requête en réouverture, cette fois à l'égard de la décision d'un arbitre, voir *Kaur c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 C.F. 209 (C.A.). Voir également *Gill c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1987] 2 C.F. 425 (C.A.).

to the ignorance of the law, militates in favour of the reopening of the hearing by the Board in the exercise of its discretion. Similar considerations with regard to the Board's form were noted by the dissenting member of the Immigration Appeal Board in *Bamrah v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,<sup>24</sup> later confirmed by this Court on different grounds.<sup>25</sup> What we are concerned with here, however, is compliance with a statutory requirement. The Board proceeded with the address on file.<sup>26</sup> I was not cited nor am I aware of any rule which requires a board, which is a public authority with a public address, to indicate its address, on the forms it makes available, on pain of having its notice of hearing in jeopardy if it fails to reach a party who has moved without notifying of its change of address, although warned to do so. The notice of the hearing, in my view, was given according to law. For this reason, the expressions "void" and "voidable", which developed in the case law where boards are at fault, are of no assistance to characterize the decision of February 13, 1986. In addition, the possible pre-

application de l'intimé, liée à l'ignorance de la loi, milite en faveur de la réouverture de l'audition par la Commission dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Des commentaires semblables concernant la formule de la Commission ont été faits par un membre dissident de la Commission d'appel de l'immigration dans la décision *Bamrah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*<sup>24</sup>, confirmé ultérieurement par la présente Cour pour des motifs différents<sup>25</sup>. La question qui se pose en l'espèce, toutefois, est celle de la conformité à une prescription de la loi. La Commission s'est fiée à l'adresse figurant au dossier<sup>26</sup>. On ne m'a cité aucune règle, et à ma connaissance il n'en existe aucune, obligeant une commission, qui est un organisme public doté d'une adresse publique, à indiquer son adresse sur les formules qu'elle met à la disposition du public, sous peine de voir son avis d'audition mis en péril dans l'hypothèse où elle ne parviendrait pas à contacter une partie qui, malgré les avertissements reçus, a déménagé sans prévenir de son changement d'adresse. L'avis d'audition a été, à mon avis, donné conformément à la loi. Pour cette raison, les expressions «nul» et «annulable», qu'on retrouve dans les espèces où il y avait eu faute de la part des commissions en cause, ne sont d'aucune utilité quant à la qualification de la décision du 13 février 1986. De plus, le fait que le procureur de l'intimé ait peut-être adopté une attitude présomptueuse

<sup>23</sup> A.B., Appendix at pp. 14-15.

<sup>24</sup> M87-1708X, September 20, 1988.

<sup>25</sup> See note 22.

<sup>26</sup> Rule 5 of the *Immigration Appeal Board Rules (Convention Refugees)*, 1981 states:

5. Service of any document or notice provided for by these Rules shall be effected

- (a) by personal service;
- (b) by registered mail; or
- (c) in such other manner as the Chairman directs.

These Rules do not contain, with regard to a party, a definition such as the one found in Rule 2 "address for service" of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] but, in my view, it amounts to the same thing. The latest address on file appears to be the rule. For an example, see *Willis v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, A-793-87 (F.C.A.) not reported.

<sup>23</sup> Dossier d'appel, annexe, aux p. 14 et 15.

<sup>24</sup> M87-1708X, 20 septembre 1988.

<sup>25</sup> Voir note 22.

<sup>26</sup> La Règle 5 des *Règles de 1981 de la Commission d'appel de l'immigration (réfugié au sens de la Convention)* dispose:

5. La signification des documents ou avis prévue par ces règles doit être effectuée

- a) en mains propres;
- b) par courrier recommandé; ou
- c) par tout autre mode déterminé par le président.

Ces règles ne contiennent pas, à l'égard d'une partie, une définition semblable à celle que comporte l'expression «adresse aux fins de signification» à la Règle 2 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663] mais, à mon avis, cela revient au même. C'est la dernière adresse au dossier qui paraît être la règle. À titre d'exemple, voir *Willis c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, A-793-87 (C.A.F.), non publié.

sumptuous attitude of his counsel before the Board is not an error of the Board.<sup>27</sup>

What happened on January 15, 1986 was not an oral hearing as prescribed by *Singh*. But that is not the issue. What is at issue is whether "an oral hearing commenced." on January 15, 1986. I read subparagraph 2(d)(i) of the *Refugee Claims Backlog Regulations* as meaning that the special program applies if the oral hearing, under the usual process, has not commenced on or before the cut-off date. In my view, the usual process, and a valid one, has commenced. Even if we were to assume for a moment that counsel would not have made the statement he made and that the Board would have proceeded, since the matter had been set peremptorily, the oral hearing would still have commenced although natural justice would require that the case be reopened. If a court of law agrees to rehear a motion because exceptional circumstances have caused the absence of a party,<sup>28</sup> or is called upon to set aside an earlier decision on account of freshly obtained evidence not available at the time of the trial,<sup>29</sup> can it be said that the earlier proceeding never took place? I do not think so.

In the case at bar, the oral hearing does not comply with *Singh* and must be redone. The process with regard to the oral hearing, however, has commenced.

I would allow the appeal, set aside the decision of Rouleau J. dated June 12, 1987, and would affirm the decision of Mr. Louis Grenier, Canada Immigration Commission dated April 8, 1987.

The whole with costs on the appeal but without costs on the cross-appeal.

<sup>27</sup> *Al-Mehdawi v Secretary of State for the Home Dept*, [1989] 3 All ER 843 (H.L.). Presumably, the responsibility for checking the respondent's latest address with Immigration Canada, before the hearing, would lie primarily with his own counsel instead of with the representative for immigration Canada who would learn about the absence of the respondent only at the hearing.

<sup>28</sup> Rule 329 of the *Federal Court Rules*. See also Rule 330 [as am. by SOR/79-58, s. 1].

<sup>29</sup> Rule 1733 of the *Federal Court Rules*.

devant la Commission ne saurait constituer une erreur de la part de cette dernière<sup>27</sup>.

Ce qui s'est passé le 15 janvier 1986 n'équivalait pas à une audition au sens où le prescrit l'arrêt *Singh*. Mais là n'est pas la question en l'espèce. Ce qu'il s'agit de déterminer, c'est si «une audition a débuté» le 15 janvier 1986. D'après mon interprétation, le sous-alinéa 2d)(i) du *Règlement sur l'arriéré des revendications du statut de réfugié* signifie que le programme spécial s'applique à condition que l'audition suivant la procédure normale n'ait pas commencé à la date limite fixée ou avant cette date. Or, à mon avis, la procédure normale avait commencé, et elle était valide. Même dans l'hypothèse où l'avocat n'aurait pas fait la déclaration qu'il a faite et où la Commission aurait procédé, l'affaire ayant été fixée péremptoirement, il y aurait néanmoins eu début de l'audition, encore que les principes de justice naturelle en exigeraient la réouverture. Si un tribunal accepte de réentendre une requête en raison de circonstances exceptionnelles ayant causé l'absence d'une partie<sup>28</sup>, ou s'il est appelé à annuler une décision antérieure en raison de la découverte de nouveaux éléments de preuve qui n'avaient pu être obtenus au moment du procès<sup>29</sup>, dira-t-on que l'instance antérieure n'a jamais eu lieu? Je ne le crois pas.

En l'espèce, l'audition n'est pas conforme aux principes énoncés dans l'arrêt *Singh* et doit être reprise. Il y a eu, cependant, début de l'instance en ce qui concerne cette audition.

Je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler la décision du juge Rouleau en date du 12 juin 1987, et de confirmer la décision de M. Louis Grenier, de la Commission canadienne de l'immigration, en date du 8 avril 1987.

Le tout avec dépens quant à l'appel, mais sans dépens quant à l'appel incident.

<sup>27</sup> *Al-Mehdawi v Secretary of State for the Home Dept*, [1989] 3 All ER 843 (H.L.). On peut penser que la responsabilité de vérifier auprès d'Immigration Canada la dernière adresse de l'intimé, avant l'audition, incomberait avant tout au procureur de ce dernier, et non au représentant d'Immigration Canada, informé de l'absence de l'intimé seulement au moment de l'audition.

<sup>28</sup> Règle 329 des *Règles de la Cour fédérale*. Voir aussi la Règle 330 [mod. par DORS/79-58, art. 1].

<sup>29</sup> Règle 1733 des *Règles de la Cour fédérale*.

A-1136-88

A-1136-88

**Leming Wang (Appellant)**

v.

**Minister of Employment and Immigration and Secretary of State for External Affairs (Respondents)**INDEXED AS: *WANG v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (C.A.)*

Court of Appeal, Mahoney, Stone and Desjardins J.J.A.—Toronto, December 13, 1990; Ottawa, January 8, 1991.

*Immigration — Practice — Appeal from trial judgment refusing to quash visa officer's denial of permanent residence application — Trial Judge finding visa officer in New York assessed appellant in respect of alternative occupation, although refusal letter silent in that regard — Visa officer's memorandum, prepared after interview with appellant, produced as exhibit to affidavit of immigration officer in Canada, struck — Appellant's affidavit only evidence of what transpired at interview — No justification for deviating from evidentiary norms by accepting visa officers' memoranda as proof of truth of contents without affidavit — Equally inconvenient for intended immigrants, also outside Canada, to depose to their evidence — Unjust to allow one witness to present evidence in manner precluding testing by cross-examination — As visa officers normally located with other functionaries before whom affidavits may be sworn, inconvenience no excuse — Expenses deterrent to frivolous cross-examination — Appeal allowed — Presumption of fairness in proceedings rebuttable by extraneous evidence, herein limited to appellant's deposition — As only evidence included occupation considered by visa officer struck, no factual basis for Trial Judge's conclusion.*

## STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 52(b)(i).  
Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, ss. 8, 11(3)(b) (as am. by SOR/79-167, s. 4; 81-461, s. 1).*

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

REVERSED:

*Wang (L.) v. Canada (Minister of Employment and***Leming Wang (appelant)**

c.

**Ministre de l'Emploi et de l'Immigration et Secrétaire d'État aux Affaires extérieures (intimés)**RÉPERTORIÉ: *WANG c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)*

Cour d'appel, juges Mahoney, Stone et Desjardins, J.C.A.—Toronto, 13 décembre 1990; Ottawa, 8 janvier 1991.

*Immigration — Pratique — Appel formé contre une décision par laquelle la Section de première instance a refusé d'annuler le rejet par un agent des visas d'une demande de résidence permanente — Le juge de première instance a conclu que l'agent des visas à New York avait évalué l'appelant à l'égard de l'autre profession, bien qu'il n'en soit pas question dans la lettre de refus — Une note de l'agent des visas, qui avait été rédigée après l'entrevue avec l'appelant et annexée comme pièce justificative à l'affidavit d'un agent d'immigration au Canada, a été rayée du dossier — L'affidavit de l'appelant constituait le seul élément de preuve de ce qui s'était passé à l'entrevue — Rien ne justifie que l'on s'écarte des normes de la preuve en acceptant les notes des agents des visas comme preuve de la véracité de leur contenu en l'absence d'affidavit — C'est aussi malcommode pour les immigrants envisagés, qui se trouvent également à l'extérieur du Canada, de devoir certifier leurs éléments de preuve — Il n'est pas juste de permettre à l'un des témoins de présenter des éléments de preuve d'une manière qui empêche leur vérification au moyen d'un contre-interrogatoire — Vu que les agents des visas occupent normalement des locaux où l'on peut trouver d'autres fonctionnaires devant lesquels ils peuvent prêter serment, les inconvénients allégués ne sont pas une excuse — Les frais éventuels découragent le recours à un contre-interrogatoire — Appel accueilli — Toute présomption selon laquelle l'affaire a été menée équitablement peut être réfutée au moyen d'une preuve extrinsèque, qui en l'espèce se limitait au témoignage de l'appelant — Vu que le seul élément de preuve que l'autre occupation avait été prise en considération par l'agent des visas a été rayé du dossier, la conclusion du juge de première instance n'était fondée sur aucun fait.*

## LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 52b(i).  
Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 8, 11(3)b) (mod. par DORS/79-167, art. 4; 81-461, art. 1).*

## JURISPRUDENCE

DÉCISION INFIRMÉE:

*Wang c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigra-*



*Immigration*) (1988), 23 F.T.R. 257; 7 Imm. L.R. (2d) 30 (F.C.T.D.).

## COUNSEL:

*Cecil L. Rotenberg, Q.C. and Diane C. Smith* *a*  
for appellant.  
*Marlene I. Thomas and P. Christopher Parke*  
for respondents.

## SOLICITORS:

*Rotenberg, Martinello, Don Mills, Ontario*  
for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for  
respondents.

*The following are the reasons for judgment  
rendered in English by*

MAHONEY J.A.: This is an appeal from a reported decision of the Trial Division<sup>1</sup> which refused *certiorari* quashing the decision of a visa officer in New York City rejecting the appellant's independent application for permanent residence in Canada, and of *mandamus* requiring the respondents to consider and dispose of the application according to law. Subsection 11(1) and paragraph 11(3)(b) of the *Immigration Regulations, 1978* [SOR/78-172 (as am. by SOR/79-167, s. 4; 81-461, s. 1] are particularly pertinent.

11. (1) Subject to subsections (3) and (4), a visa officer shall not issue an immigrant visa pursuant to section 9 or 10 to an immigrant who is assessed on the basis of factors listed in column I of Schedule I and is not awarded any units of assessment for the factor set out in item 3 thereof unless . . .

(3) A visa officer may

(b) refuse to issue an immigrant visa to an immigrant who is awarded the number of units of assessment required by section 9 or 10,

if, in his opinion, there are good reasons why the number of units of assessment awarded do not reflect the chances of the particular immigrant and his dependants of becoming successfully established in Canada and those reasons have been submitted in writing to, and approved by, a senior immigration officer.

<sup>1</sup> (1988), 23 F.T.R. 257.

*tion*) (1988), 23 F.T.R. 257; 7 Imm. L.R. (2d) 30 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## AVOCATS:

*Cecil L. Rotenberg, c.r. et Diane C. Smith*  
pour l'appellant.  
*Marlene I. Thomas et P. Christopher Parke*  
pour les intimés.

## PROCUREURS:

*Rotenberg, Martinello, Don Mills (Ontario),*  
pour l'appellant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour  
les intimés.

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

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Il s'agit d'un appel formé contre une décision publiée par laquelle la Section de première instance<sup>1</sup> a refusé d'accorder un bref de *certiorari* annulant la décision par laquelle un agent des visas travaillant dans la ville de New York a rejeté une demande indépendante de résidence permanente présentée par l'appellant, et un bref de *mandamus* exigeant des intimés qu'ils examinent la demande conformément à la loi. Le paragraphe 11(1) et l'alinéa 11(3)(b) du *Règlement sur l'immigration de 1978* [DORS/78-172 (mod. par DORS/79-167, art. 4; 81-461, art. 1] sont tout particulièrement pertinents.

11. (1) Sous réserve des paragraphes (3) et (4), l'agent des visas ne peut délivrer de visa d'immigration selon les articles 9 ou 10 à un immigrant qui est évalué suivant les facteurs énumérés dans la colonne I de l'annexe I et qui n'obtient aucun point d'appréciation pour le facteur visé à l'article 3 de cette annexe à moins que . . .

(3) L'agent des visas peut

(b) refuser un visa d'immigrant à un immigrant qui obtient le nombre de points d'appréciation requis par les articles 9 ou 10,

s'il est d'avis qu'il existe de bonnes raisons de croire que le nombre de points d'appréciation obtenu ne reflète pas les chances de cet immigrant particulier et des personnes à sa charge de s'établir avec succès au Canada et que ces raisons ont été soumises par écrit à un agent d'immigration supérieur et ont reçu l'approbation de ce dernier.

<sup>1</sup> (1988), 23 F.T.R. 257.

The exceptions of subsection 11(1), arranged employment or designated occupation, are not in play.

The appellant had been an electrical engineer as well as a university level instructor in China and was, at the time of his application, pursuing a Ph.D. level program of studies in electrical engineering in the United States. To be landed as an electrical engineer, one must have Canadian professional accreditation. In his application for landing the appellant had indicated his intention of pursuing the occupation of Tester, Systems in Canada and, in the letter transmitting the application, added that he was also qualified to be a Tester, Motors and Controls and was equally willing to pursue that occupation. The Canadian Classification and Dictionary of Occupations (CCDO) is used as a definitional guide by immigration officers for purposes of assessment under section 8 of the *Immigration Regulations, 1978*. A Tester, Systems works with electronic systems such as computers and radio, television and telecommunications systems while a Tester, Motors and Controls works with electrical equipment: motors, generators, alternators etc.

The visa officer's refusal letter, dated November 16, 1987, stated, in part:

According to subsection 11(1) of Canada's Immigration Regulations, 1978, a visa officer shall not issue an immigrant visa to an immigrant who is assessed on the basis of factors listed in column I of Schedule I and is not awarded any units of assessment for the factor set out in item 3 thereof, i.e. experience.

After a careful and thorough review of your application I regret to inform you that your request for entry as an immigrant to Canada has been refused since you have no experience in the occupation you intend to follow in Canada. Although your intended occupation is Systems Tester, you have been educated as an Electrical Engineer and as a Professor/Instructor.

The refusal letter was silent as to the alternative occupation: Tester, Motors and Controls. Notwithstanding that he had been awarded no units of assessment for Experience, the appellant was awarded a total of 69 units, including the max-

Les exceptions mentionnées au paragraphe 11(1), l'emploi réservé ou la profession désignée, ne sont pas en jeu.

L'appellant avait été ingénieur électricien et professeur (instructeur) de niveau universitaire en Chine et poursuivait, au moment de sa demande, des études au niveau du doctorat en génie électrique aux États-Unis. Pour être admis en tant qu'ingénieur électricien, on doit posséder une accréditation professionnelle au Canada. Dans sa demande en vue d'obtenir le droit d'établissement, l'appellant avait indiqué son intention d'exercer la profession de responsable de la vérification des systèmes au Canada et, dans la lettre accompagnant sa demande, il avait ajouté qu'il avait la compétence voulue pour être responsable de la vérification des moteurs et du contrôle et qu'il était également disposé à exercer cette profession. Les agents d'immigration se servent de la Classification canadienne descriptive des professions (CCDP) comme guide de définitions aux fins de l'évaluation visée à l'article 8 du *Règlement sur l'immigration de 1978*. Le responsable de la vérification des systèmes travaille avec des systèmes électroniques tels que des ordinateurs et des systèmes de radio, de télévision et de télécommunications tandis que le responsable de la vérification des moteurs et du contrôle travaille avec de l'appareillage électrique: moteurs, groupes électrogènes, alternateurs, etc.

Dans sa lettre de refus en date du 16 novembre 1987, l'agent des visas déclarait notamment:

[TRADUCTION] D'après le paragraphe 11(1) du Règlement sur l'immigration de 1978, l'agent des visas ne peut délivrer un visa d'immigrant à un immigrant qui est évalué d'après les facteurs énumérés à la colonne I de l'annexe I et n'obtient aucun point d'appréciation pour le facteur mentionné à l'article 3 de cette annexe, c'est-à-dire, l'expérience.

Après avoir examiné attentivement votre cas, je dois vous informer que, malheureusement, votre demande d'entrée comme immigrant au Canada a été refusée parce que vous n'avez aucune expérience dans la profession que vous avez l'intention d'exercer au Canada. Bien que votre profession désirée soit celle de responsable de la vérification des systèmes, vous avez reçu une formation comme ingénieur en électricité et vous avez travaillé comme ingénieur en électricité et comme professeur (instructeur).

Dans la lettre de refus, il n'était pas question de l'autre profession: responsable de la vérification des moteurs et du contrôle. Quoique l'appellant n'ait obtenu aucun point d'appréciation en ce qui concerne l'expérience, il a obtenu un total de 69

imum 10 units for Occupational Demand. Subject to prescribed exceptions, including that of subsection 11(1) of the Regulations, a visa may be issued to an independent immigrant awarded 70 units.

The appellant described his interview with the visa officer in his affidavit. He deposed, in part:

8. The officer then left the room and upon his return said to me that he felt that I was too qualified to do the job that I wanted to do in Canada and that although my lawyers filled in the job of tester, since I had a master's degree in electrical engineering, I am an electrical engineer. The officer indicated to me that if it was him, he would not want to do the job of tester. I indicated to the officer that a free life is more important to me than what type of job I did and that I was more than willing to be employed as a tester in Canada.

9. The officer then left the room again and upon his return indicated that he felt I was too qualified for the job I wanted to do in Canada, although I had plenty of experience. The officer indicated to me that I had not been a full time tester in China, although I explained to him that I had done testing all along in China. The officer at the interview did not go through the C.C.D.O. definitions with me, Exhibit "C" hereto. If the officer had done so, I would have told him that I have done virtually all of the functions in both of these definitions and I spent eighty percent of my time in China performing these tester functions.

That affidavit was not subject of cross-examination.

On July 7, 1988, an immigration officer, not the visa officer, made an affidavit exhibiting a memorandum dated June 29, 1988, prepared by the visa officer with respect to the refusal of the appellant's application. By order of the learned Trial Judge, that memorandum was struck from the record.<sup>2</sup> No appeal was taken from that order. Thus, the only evidence as to what had transpired at the interview was that deposed to by the appellant.

The learned Trial Judge concluded that the fact that the appellant had put forward evidence that he "was a tester and it wasn't accepted" put the matter out of the reach of the Court. He concluded:

<sup>2</sup> It appears that this order was made at the hearing but not recorded at that time. An order striking the memorandum from the record was made on consent by the Trial Judge and filed April 26, 1989.

points, dont le maximum de 10 points pour la demande dans la profession. Sous réserve des exceptions indiquées, dont celles du paragraphe 11(1) du Règlement, un visa peut être délivré à un immigrant indépendant ayant obtenu 70 points.

L'appelant a décrit son entrevue avec l'agent des visas dans son affidavit. Il a affirmé notamment:

[TRADUCTION] 8. L'agent a alors quitté la pièce et, à son retour, il m'a dit que j'étais trop qualifié pour faire le travail que je désirais faire au Canada et que, bien que mes avocats aient mentionné le travail de responsable de la vérification, puisque j'étais titulaire d'une maîtrise en génie électrique, je suis ingénieur électricien. L'agent m'a signalé que, si c'était lui, il ne voudrait pas faire le travail de responsable de la vérification. J'ai répondu à l'agent que le fait de vivre en liberté est plus important pour moi que le genre de travail que je faisais et que j'étais plus que disposé à travailler comme responsable de la vérification au Canada.

9. L'agent a alors quitté la pièce à nouveau et, à son retour, il m'a répété que j'étais trop qualifié pour faire le travail que je désirais faire au Canada bien que j'avais (sic) toute l'expérience voulue. L'agent m'a dit que je n'avais pas travaillé comme responsable de la vérification à temps plein en Chine, même si je lui ai dit que j'avais fait de la vérification pendant toutes les années où j'ai travaillé en Chine. À l'entrevue, l'agent n'a pas passé avec moi à travers les définitions de la CCDP, pièce «C» ci-jointe. Si l'agent l'avait fait, je lui aurais dit que j'ai exercé pratiquement toutes les fonctions décrites dans ces deux définitions et que j'ai passé quatre-vingts pour cent de mon temps en Chine à exercer les fonctions de responsable de la vérification.

Cet affidavit n'a pas fait l'objet d'un contre-interrogatoire.

Le 7 juillet 1988, un agent d'immigration, qui n'était pas l'agent des visas, a produit un affidavit présentant une note en date du 29 juin 1988 et rédigée par cet agent des visas relativement au refus de la demande de l'appelant. Cette note a été rayée du dossier par ordonnance du juge de première instance<sup>2</sup>. Aucun appel n'a été formé contre cette ordonnance. Ainsi, le seul élément de preuve concernant ce qui s'était passé à l'entrevue était le témoignage de l'appelant.

Le juge de première instance a conclu que le fait que l'appelant avait présenté la preuve qu'il "était responsable de la vérification et que cela n'avait pas été accepté" avait pour effet de soustraire la question à la compétence de la Cour. Il a conclu:

<sup>2</sup> Il semble que cette ordonnance a été rendue à l'audience mais qu'elle n'a pas été versée au dossier à ce moment-là. Une ordonnance rayant la note du dossier a été rendue avec le consentement des parties par le juge de première instance et déposée le 26 avril 1989.

This is not therefore a situation in which, by error of law, there has been a refusal to carry out the assessment of this applicant's intended or included occupation. Quite clearly there has been such an assessment and it has been with specific reference to the occupation put forward by the applicant.

With respect, the only evidence upon which the learned Trial Judge could possibly have concluded that the "included occupation" had been considered at all by the visa officer is contained in the memorandum which he had struck from the record.

The Trial Judge's conclusion that the visa officer had assessed the appellant in respect of the occupation Tester, Motors and Controls is, as the appellant submits, devoid of factual foundation. For that reason alone, this appeal must succeed. There are two other matters which warrant comment in view of the arguments made on appeal.

The appellant argued that the refusal letter itself ought not have been treated as evidence by the learned Trial Judge who, after quoting the following passage:

Although your intended occupation is Systems Tester, you have been educated as an Electrical Engineer and your employment experience has been as an Electrical Engineer and as a Professor/Instructor.

said:

The only reasonable interpretation of that sentence is that the visa officer carried out the required assessment in the intended occupation put forward by the applicant and reached an adverse conclusion on the issue of experience.

The refusal letter is, of course, the decision subject of the application for prerogative relief and is properly to be considered by the Court to which the application is made. It is evidence of the decision made by the visa officer and the reasons he made it but it is not conclusive evidence of whether he arrived at it in the manner required by law: in this case, whether he really did consider the evidence of the appellant's experience or whether he dealt with the application as he did to avoid a refusal under subsection 11(3), which would require the concurrence of a senior immigration officer. Any presumption that the proceedings were conducted fairly and in accordance with the law is rebuttable by extraneous evidence which, in the present case, was limited to the appellant's deposition. It might be thought that, in the cir-

Il ne s'agit donc pas d'un cas où, à la suite d'une erreur de droit, on a refusé d'évaluer l'occupation envisagée ou désirée du requérant. Il est bien évident que cette évaluation a été faite et que celle-ci a porté explicitement sur la profession que le requérant avait précisée.

<sup>a</sup> À mon avis, le seul élément de preuve à partir duquel le juge de première instance aurait peut-être pu conclure que «l'autre occupation» avait été prise en considération par l'agent des visas se trouve dans la note qu'il avait rayée du dossier.

<sup>c</sup> La conclusion du juge de première instance selon laquelle l'agent des visas avait évalué l'appellant relativement à la profession de responsable de la vérification des moteurs et du contrôle est, comme le soutient l'appellant, dénuée de tout fondement quant aux faits. Pour cette seule raison, le présent appel doit être accueilli. Il y a deux autres questions qui justifient des explications, étant donné les allégations présentées en appel.

<sup>e</sup> L'appellant a avancé que la lettre de refus elle-même n'aurait pas dû être considérée comme un élément de preuve par le juge de première instance qui, après avoir cité le passage suivant:

Bien que votre profession désirée soit celle de responsable de la vérification des systèmes, vous avez reçu une formation comme ingénieur en électricité et vous avez travaillé comme ingénieur en électricité et comme professeur (instructeur).

<sup>f</sup> a dit:

La seule interprétation de cette phrase est que l'agent des visas a fait l'évaluation nécessaire à l'égard de la profession envisagée par le requérant et en est venu à une conclusion défavorable au sujet de l'expérience de M. Wang.

<sup>g</sup> La lettre de refus est, naturellement, le point central de la demande de recours de prérogative et doit, à juste titre, être prise en considération par la Cour qui est saisie de la demande. Elle témoigne de la décision rendue par l'agent des visas et des motifs pour lesquels il l'a rendue, mais elle ne prouve pas de façon concluante qu'il y est arrivé de la manière requise par la loi: en l'espèce, qu'il a vraiment examiné la preuve de l'expérience de l'appellant ou qu'il a traité la demande comme il l'a fait afin d'éviter un refus en vertu du paragraphe 11(3), qui exigerait le consentement d'un agent d'immigration supérieur. Toute présomption selon laquelle l'affaire a été menée équitablement et selon la loi peut être réfutée au moyen d'une preuve extrinsèque qui, en l'espèce, se limitait au témoignage de l'appellant. On pourrait penser que,

cumstances and having particular regard to the silence of the refusal letter as to the alternative occupation, any presumption of regularity ought readily to be rebutted by uncontradicted, sworn testimony. However, it cannot be said that the learned Trial Judge committed a palpable error by sustaining it.

The second matter is fundamental. It is, in substance, an appeal against the order excluding the visa officer's memorandum from evidence. The respondent argues that, because of the inconvenience of arranging depositions by visa officers who, by definition, are outside Canada, the Court ought to accept their notes and memoranda as proof of the truth of their contents even though no affidavit averring to that truth is filed. In this, as in some of the other appeals dealt with serially, the visa officer concerned produced notes made during the interview and/or a memorandum made considerably later setting forth his recollection. These were produced as exhibits to the affidavit of an immigration officer in Canada who had reviewed the pertinent file and selected material considered relevant to the proceeding in Court.

I see no justification for deviating from evidentiary norms in these circumstances. No legal basis for acceding to the respondent's argument has been demonstrated and, in my opinion, it is devoid of a practical basis. In the first place, unless the error said to vitiate the decision appears on the face of the record, the intended immigrant also, by definition, outside Canada must depose to his or her evidence and, unlike the visa officer, may not be conveniently located to do so. There is no justice in according one witness to the proceeding an opportunity to present evidence in a manner that precludes it being tested by cross-examination. In the second place, the suggestion of administrative inconvenience seems flimsily based. Given that visa officers normally inhabit premises in which may be found other functionaries before whom affidavits acceptable in Canadian courts may be sworn, there seems no practical reason why his or her version of the truth cannot, with equal convenience, be produced in affidavit as in memorandum form. Finally, should a disappointed appli-

dans les circonstances et compte tenu tout particulièrement du fait que la lettre de refus ne mentionne rien au sujet de l'autre profession, toute présomption de régularité devrait facilement être réfutée au moyen d'un témoignage sous serment et non contredit. Cependant, on ne peut pas dire que le juge de première instance ait commis une erreur manifeste en soutenant cela.

La deuxième question est fondamentale. Il s'agit, en substance, d'un appel formé contre l'ordonnance excluant de la preuve la note de l'agent des visas. L'intimé allègue que, en raison des inconvénients qu'il y a à organiser les dépositions des agents des visas qui, par définition, se trouvent à l'extérieur du Canada, la Cour doit accepter leurs notes comme preuve de la véracité de leur contenu même si aucun affidavit n'est produit pour en attester la véracité. Dans le présent appel, comme dans certains des autres appels entendus en série, l'agent des visas concerné a présenté des notes prises pendant l'entrevue et/ou un compte rendu rédigé beaucoup plus tard pour exposer ce dont il se souvenait. Celles-ci ont été produites comme pièces annexées à l'affidavit d'un agent d'immigration au Canada qui avait examiné le dossier pertinent et choisi les documents considérés comme se rapportant à la procédure judiciaire.

Je ne vois rien qui puisse justifier que l'on s'écarte des normes de la preuve dans les circonstances présentes. L'intimé n'a démontré l'existence d'aucun fondement juridique permettant d'accueillir ses allégations et, à mon avis, elles sont dénuées de tout fondement pratique. En premier lieu, à moins que l'erreur qui entacherait la décision de nullité ressorte du dossier, l'immigrant envisagé, qui se trouve également, par définition, à l'extérieur du Canada, doit certifier ses éléments de preuve et, contrairement à l'agent des visas, peut ne pas être bien situé pour le faire. Il n'est pas juste d'accorder à un témoin au procès la possibilité de présenter des éléments de preuve d'une manière qui empêche leur vérification au moyen d'un contre-interrogatoire. En deuxième lieu, l'hypothèse selon laquelle il y aurait des inconvénients sur le plan administratif ne semble pas fondée solidement. Vu que les agents des visas occupent normalement des locaux où l'on peut trouver d'autres fonctionnaires devant lesquels ils peuvent prêter serment relativement à des affidavits admis-

cant wish to inconvenience a visa officer by a cross-examination there is the sanction that the right will have to be exercised, at least initially, at some considerable expense to the applicant.

As I indicated previously, in my opinion the appeal must be allowed because the finding that the visa officer assessed the appellant in respect of the alternate occupation proposed is contrary to the evidence. On balance, considering remedy, I am of the view that the interests of justice will be better served by a total reconsideration of the application, rather than one limited to the alternate occupation.

I would allow the appeal with costs and, pursuant to subparagraph 52(b)(i) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], would render the judgment that the Trial Division should have given by quashing the decision of the visa officer, dated November 16, 1987, refusing the appellant's application for admission to Canada as an immigrant and ordering that it be reconsidered *de novo* by a different visa officer.

STONE J.A.: I agree.

DESJARDINS J.A.: I concur.

sibles devant les tribunaux canadiens, il ne semble exister aucune raison pratique pour laquelle sa version de la vérité ne puisse pas, avec tout autant de facilité, être présentée dans le cadre d'un affidavit tout comme sous la forme d'une note. Enfin, si un requérant désappointé voulait créer des ennuis à un agent des visas en réclamant un contre-interrogatoire, il s'ensuit que ce droit devrait s'exercer, du moins au début, à un coût assez élevé pour le requérant.

Ainsi que je l'ai déjà mentionné, l'appel doit selon moi être accueilli parce que la conclusion selon laquelle l'agent des visas a évalué l'appellant à l'égard de l'autre profession projetée est contraire à la preuve. Tout compte fait, pour ce qui concerne le recours, j'estime que les intérêts de la justice seront mieux servis si on réexamine toute la demande plutôt que de se limiter à l'autre profession.

J'accueillerais l'appel avec dépens et, conformément au sous-alinéa 52b)(i) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7], je prononcerais le jugement que la Section de première instance aurait dû rendre en annulant la décision de l'agent des visas en date du 16 novembre 1987, qui rejetait la demande de l'appellant en vue de son admission au Canada en tant qu'émigrant, et en ordonnant qu'elle soit réexaminée par un autre agent des visas.

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

A-786-87

A-786-87

**Her Majesty the Queen (Appellant)**

v.

**Nomad Sand and Gravel Ltd. (Respondent)**

INDEXED AS: CANADA V. NOMAD SAND &amp; GRAVEL LTD. (C.A.)

Court of Appeal, Urie, MacGuigan and Linden J.J.A.—Toronto, November 28; Ottawa, December 6, 1990.

*Income tax — Income calculation — Deductions — Gravel pit operation — Province imposing levy on material extracted as security for cost of site rehabilitation — Not made once and for all without recourse — Refundable with interest if statutory obligations fulfilled — Becoming absolute property of Province only if obligations not met — Levy payments deposits, not expense to earn income — Trial Judge inaccurate in saying “expenditure properly deducted according to accounting standards would be deductible for tax purposes unless prohibited by some provision of the Act”.*

*Income tax — Income calculation — Capital cost allowance — Front-end loaders used in gravel pit properly within Class 22 — Not within Class 10 unless used to gain income from “mine” — Sand and gravel pit not “mine” — Considerations including: size of operation, absence of professional engineers or geologists.*

The taxpayer operated a sand and gravel pit. Under the Ontario *Pits and Quarries Control Regulations* a levy was imposed on gravel extracted as security for the cost of site rehabilitation. The levy was refundable with interest when and if rehabilitation was completed. Taxpayer claimed the amount of the provincial levy as an expense of carrying on business under *Income Tax Act*, paragraph 18(1)(a). The Minister reassessed on the grounds that (1) the taxpayer was not entitled to claim the levy as an expense, and (2) front-end loaders used to transport raw material from the gravel pit to crushers and washers should have been classified as Class 10 rather than Class 22 assets as claimed by the taxpayer. Class 10 assets include machinery or equipment used to produce income from a mine. Class 22 assets include power-operated movable equipment designed to excavate or move rock. The Trial Judge held that the levy payments were deductible as part of taxpayer's current operating expenses. He commented that an expenditure, properly deductible according to accounting standards would be deductible for tax purposes unless prohibited by some provision of the Act. The appellant contended that the front-end loaders were acquired to produce income from a “mine”. “Mine” is not defined in the Act, but its meaning is restricted in some provisions of the Act and Regulations. The appellant contended that sand and gravel are industrial minerals and the

**Sa Majesté la Reine (appelante)**

c.

**<sup>a</sup> Nomad Sand and Gravel Ltd. (intimée)**

RÉPERTORIÉ: CANADA c. NOMAD SAND &amp; GRAVEL LTD. (C.A.)

<sup>b</sup> Cour d'appel, juges Urie, MacGuigan et Linden, J.C.A.—Toronto, 28 novembre; Ottawa, 6 décembre 1990.

*Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Exploitation d'une carrière de gravier — La province avait imposé une contribution sur la quantité de matériaux extraite du puits à titre de garantie du coût de la remise en état — Les paiements ne sont pas faits une fois pour toutes sans qu'il existe de recours — Ils sont remboursables, capital et intérêts, si les obligations imposées par la loi sont remplies — Les sommes versées ne deviennent la propriété absolue de la province que si les obligations ne sont pas remplies — Les versements effectués sont des dépôts et non des dépenses engagées afin de tirer un revenu — Le juge de première instance s'est trompé en affirmant qu'une «dépense déduite conformément aux normes comptables serait déductible pour des fins fiscales à moins qu'une disposition de la Loi ne l'interdise».*

*<sup>e</sup> Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Allocation du coût en capital — Les chargeuses à benne frontale utilisées dans la carrière de gravier sont des biens de la catégorie 22 — Elles ne peuvent faire partie de la catégorie 10 à moins d'être utilisées dans le but de tirer un revenu d'une «mine» — Une carrière de sable ou une gravière n'est pas une «mine» — Les <sup>f</sup> éléments dont il faut tenir compte comprennent l'importance des opérations et l'absence d'ingénieurs professionnels ou de géologues.*

Le contribuable exploitait une carrière de sable et de gravier. Conformément aux *Pits and Quarries Control Regulations* de l'Ontario, une contribution a été imposée sur la quantité de <sup>g</sup> gravier extraite du puits à titre de garantie du coût de la remise en état. La somme ainsi versée était remboursable, capital et intérêts, à la fin des travaux de remise en état. Se fondant sur l'alinéa 18(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le contribuable a réclamé les sommes versées à la province à titre de frais d'exploitation de son entreprise. Le ministre a établi une nouvelle cotisation d'impôt pour les motifs suivants: 1) le contribuable n'était pas en droit de réclamer les sommes versées à titre de dépense et 2) les chargeuses à benne frontale utilisées pour le transport des matériaux bruts de la carrière de gravier aux concasseurs et aux laveurs auraient dû être classées dans les biens de la catégorie 10 plutôt que dans la catégorie 22 <sup>i</sup> comme l'a réclamé le contribuable. Les biens de la catégorie 10 comprennent les machines ou le matériel utilisés pour faire produire un revenu à une mine. Les biens de la catégorie 22 comprennent le matériel mobile mû par moteur et destiné à l'excavation ou au déplacement de pierre. Le juge de première instance a conclu que les contributions faites par le contribuable étaient déductibles à titre de partie de ses dépenses courantes d'exploitation. Il a fait remarquer qu'une dépense déduite conformément aux normes comptables serait déductible pour

pits they are extracted from are industrial mineral mines. The Trial Judge concluded that the equipment was properly classified as Class 22 assets. The issues were (1) whether the amounts paid to the Province were deductible under *Income Tax Act*, paragraph 18(1)(a) as expenses to produce income from the business and (2) whether the front-end loaders were Class 10 or 22 assets.

*Held*, the appeal should be allowed with respect to the first issue and dismissed with respect to the second.

(1) The Trial Judge's comment about the applicability of generally accepted accounting principles to income tax law was inaccurate. The question is one of law which must be answered in light of the facts of the particular case. As it is a question of law, the evidence of experts is not conclusive. The particular facts in this case relate to the character of the payments made by the taxpayer under the *Pits and Quarries Control Act, 1971* and Regulations. The proper method of recording those payments may be different for financial purposes than for the calculation of taxable income. For taxation purposes, the question is whether these payments, as a matter of law, have the characteristics of expenses or outlays made in earning or producing income or of transfers to a reserve for the purpose of securing the performance of the respondent's obligation to rehabilitate the site. While the annual payments under the Regulations had to be made to obtain and maintain a licence to operate the pit and therefore to earn income, they did not have the characteristic of deductible expenses for tax purposes as they were not made once and for all, without recourse. They were refundable in whole or in part with interest upon discharge of the payer's obligation to rehabilitate the pit site. They did not become the absolute property of the Province until forfeited for failure to discharge the statutory obligations. That the annual payments of security deposits may have been inadequate to cover the costs of site rehabilitation did not change their character into expenses incurred to produce income.

(2) The front-end loaders were Class 22 assets. Although sand and gravel may be described as "industrial minerals", they do not come from a "mine". The operation was not a "mine" as that term is ordinarily understood. It was relatively small. There were no professional engineers or geologists involved as would normally be in mining operations. The operation was a gravel pit which was akin to a stone quarry. This machinery was equipment used in the extraction, removal and transportation of sand and gravel.

des fins fiscales à moins qu'une disposition de la Loi ne l'interdise. L'appelante a soutenu que les chargeuses à benne frontale avaient été acquises dans le but de faire produire un revenu à une «mine». La Loi ne définit pas le terme «mine»; cependant, certaines dispositions de la Loi et des Règlements en limitent le sens. L'appelante a prétendu que le sable et le gravier constituent des minerais industriels et que les carrières dont ils sont extraits sont des mines de minerais industriels. Le juge de première instance a conclu que l'équipement avait été à juste titre considéré comme des biens de la catégorie 22. Les questions litigieuses étaient les suivantes: 1) les sommes versées à la province étaient-elles déductibles conformément à l'alinéa 18(1)(a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à titre de dépenses engagées pour faire produire un revenu à l'entreprise et 2) les chargeuses à benne frontale étaient-elles des biens de la catégorie 10 ou de la catégorie 22?

*Arrêt*: l'appel devrait être accueilli en ce qui concerne la première question et rejeté en ce qui concerne la deuxième.

1) Le commentaire du juge de première instance relativement à l'applicabilité au droit fiscal des principes comptables généralement reconnus était erroné. Il s'agit d'une question de droit qui doit être tranchée en tenant compte des faits de l'espèce. Étant donné qu'il s'agit d'une question de droit, le témoignage d'experts n'est pas concluant. Les faits de l'espèce concernent la nature des paiements effectués par le contribuable conformément à la *Pits and Quarries Control Act, 1971* et à ses règlements d'application. La méthode appropriée pour comptabiliser ces paiements à des fins fiscales peut différer de celle qui doit être utilisée aux fins du calcul du revenu imposable. Aux fins de l'impôt, il faut se demander si, légalement, ces paiements présentent les caractéristiques de dépenses ou de débours engagés en vue de tirer un revenu ou de faire produire un revenu, ou s'ils présentent plutôt les caractéristiques de sommes transférées au compte d'une réserve afin de garantir l'exécution par l'intimée de son obligation de remettre les lieux en état. Même si les paiements annuels effectués conformément aux règlements étaient nécessaires afin d'obtenir et de garder le permis d'exploitation de la carrière et, par conséquent, de tirer un revenu, ils n'avaient pas les caractéristiques de dépenses déductibles à des fins fiscales parce qu'ils n'étaient pas faits une bonne fois pour toutes sans qu'il existe de recours. Ils étaient remboursables, en totalité ou en partie, capital et intérêts, lorsque la personne qui les avait effectués s'acquittait de son obligation de remettre en état le terrain où se trouvait la carrière. Ces paiements ne devenaient pas la propriété absolue de la province tant qu'ils n'étaient pas confisqués par suite de l'omission de remplir les obligations imposées par la loi. Ce n'était pas parce que les versements annuels effectués à titre de dépôts étaient insuffisants pour couvrir les frais de remise en état du terrain qu'ils devenaient une dépense engagée afin de faire produire un revenu.

2) Les chargeuses à benne frontale étaient des biens de la catégorie 22. Même si l'on peut qualifier le sable et le gravier de «minéraux industriels», ils ne proviennent pas d'une «mine». L'exploitation en cause n'était pas une «mine» au sens habituellement accordé à ce terme. Cette exploitation était relativement peu importante. Aucun ingénieur professionnel ni aucun géologue ne participaient aux travaux comme ce serait normalement le cas dans des opérations minières. Il s'agissait d'une gravière, exploitation qui ressemble à une carrière de pierre. Les machines en cause étaient l'équipement utilisé pour l'extraction, l'enlèvement et le transport de sable et de gravier.



## STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 18(1)(a),(e).  
*Income Tax Regulations*, SOR/54-682, ss. 1104(5),(6) (as added by SOR/72-272, s. 4), (7),(8) (as added *idem*), Schedule B, Class 10 (as am. by SOR/74-402, s. 1), 22 (as am. by SOR/64-167, s. 3).  
*Pits and Quarries Control Act*, 1971, S.O. 1971, c. 96, ss. 11, 19.  
*Pits and Quarries Control Regulations*, O. Reg. 545/71, ss. 2, 5.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Canada v. Foothills Pipe Lines (Yukon) Ltd.*, F.C.A., A-306-90, judgment dated 11/10/90, Urie and Marceau J.J.A., not yet reported; *Minister of Nat'l Revenue v. Anaconda American Brass Ltd.* (1955), 2 D.L.R. (2d) 1; [1955] C.T.C. 311; 55 DTC 1220; [1956] 1 All E.R. 20; [1956] A.C. 85 (P.C.); *Associated Investors of Canada Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1967] 2 Ex.C.R. 96; [1967] C.T.C. 138; (1967), 67 DTC 5096; *Nova Scotia Sand and Gravel Ltd v. The Queen*, [1980] CTC 378; (1980), 80 DTC 6298; 34 N.R. 297 (F.C.A.); *Avril Holdings Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1971] S.C.R. 601; (1970), 17 D.L.R. (3d) 23; [1970] C.T.C. 572; 70 DTC 6366; *Canadian Gypsum Co. Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1965] 2 Ex.C.R. 556; [1965] C.T.C. 210; (1965), 65 DTC 5125.

## REVERSED:

*Canada v. Nomad Sand & Gravel Ltd.*, [1988] 1 F.C. 95; [1987] 2 C.T.C. 112; (1987), 87 DTC 5343; 13 F.T.R. 81 (T.D.); *Nomad Sand & Gravel Ltd v MNR*, [1982] CTC 2035; (1982), 82 DTC 1070 (T.R.B.).

## REFERRED TO:

*Dominion Taxicab Assn. v. Minister of National Revenue*, [1954] S.C.R. 82; [1954] 2 D.L.R. 273; [1954] C.T.C. 34; (1954), 54 DTC 1020; *R. v. Imperial General Properties Limited*, [1985] 1 F.C. 344; (1985), 16 D.L.R. (4th) 615; [1985] 1 CTC 40; 85 DTC 5045; 56 N.R. 358 (C.A.).

## COUNSEL:

*Sandra E. Phillips* and *Paul E. Plourde* for applicant.  
*Randy T. Hughes* and *Ian V. B. Nordheimer* for respondent.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.

## LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 18(1)(a),(e).  
*Pits and Quarries Control Act*, 1971, L.O. 1971, chap. 96, art. 11, 19.  
*Pits and Quarries Control Regulations*, Règl. de l'Ont. 545/71, art. 2, 5.  
*Règlement de l'impôt sur le revenu*, DORS/54-682, art. 1104(5),(6) (ajoutés par DORS/72-272, art. 4), (7),(8) (ajoutés *idem*), annexe B, catégorie 10 (mod. par DORS/74-402, art. 1), 22 (mod. par DORS/64-167, art. 3).

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Canada c. Foothills Pipe Lines (Yukon) Ltd.*, C.A.F., A-306-90, jugement daté du 11-10-90, juges Urie et Marceau, J.C.A., encore inédit; *Minister of Nat'l Revenue v. Anaconda American Brass Ltd.* (1955), 2 D.L.R. (2d) 1; [1955] C.T.C. 311; 55 DTC 1220; [1956] 1 All E.R. 20; [1956] A.C. 85 (P.C.); *Associated Investors of Canada Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1967] 2 R.C.É. 96; [1967] C.T.C. 138; (1967), 67 DTC 5096; *Nova Scotia Sand and Gravel Ltd c. La Reine*, [1980] CTC 378; (1980), 80 DTC 6298; 34 N.R. 297 (C.A.F.); *Avril Holdings Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1971] R.C.S. 601; (1970), 17 D.L.R. (3d) 23; [1970] C.T.C. 572; 70 DTC 6366; *Canadian Gypsum Co. Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1965] 2 R.C.É. 556; [1965] C.T.C. 210; (1965), 65 DTC 5125.

## DÉCISIONS INFIRMÉES:

*Canada c. Nomad Sand & Gravel Ltd.*, [1988] 1 C.F. 95; [1987] 2 C.T.C. 112; (1987), 87 DTC 5343; 13 F.T.R. 81 (1<sup>re</sup> inst.); *Nomad Sand & Gravel Ltd c MRN*, [1982] CTC 2035; (1982), 82 DTC 1070 (T.R.B.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Dominion Taxicab Assn. v. Minister of National Revenue*, [1954] R.C.S. 82; [1954] 2 D.L.R. 273; [1954] C.T.C. 34; (1954), 54 DTC 1020; *R. c. Imperial General Properties Limited*, [1985] 1 C.F. 344; (1985), 16 D.L.R. (4th) 615; [1985] 1 CTC 40; 85 DTC 5045; 56 N.R. 358 (C.A.).

## AVOCATS:

*Sandra E. Phillips* et *Paul E. Plourde* pour l'appelante.  
*Randy T. Hughes* et *Ian V. B. Nordheimer* pour l'intimée.

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelante.

*Fraser & Beatty*, Toronto, for respondent.

*Fraser & Beatty*, Toronto, pour l'intimée.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

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

URIE J.A.: The appellant appeals from a decision of Rouleau J. in the Trial Division [[1988] 1 F.C. 95] in which he dismissed the appellant's appeal from a decision of the Tax Review Board [[1982] CTC 2035] rendered in 1987, whereby the respondent's appeal from reassessments of income tax for its 1974, 1975, 1976 and 1977 taxation years were allowed. This appeal relates only to the respondent's 1976 taxation year since in the other three years — 1974, 1975 and 1977 — there were nil assessments in respect of the respondent's income and for those three taxation years the respondent's appeals should have been dismissed at the Tax Review Board level and since that had not been done, the appellant's appeal to the Trial Division for those years should have been allowed. Counsel for the respondent agreed that this should have been the proper disposition of the appeal before Rouleau J. so that to that extent at least the appeal will be allowed in this Court.

<sup>a</sup> LE JUGE URIE, J.C.A.: Il s'agit en l'espèce d'un appel formé par Sa Majesté contre une décision rendue en 1987 par le juge Rouleau de la Section de première instance [[1988] 1 C.F. 95] qui a <sup>b</sup> rejeté l'appel interjeté par l'appelante d'une décision de la Commission de révision de l'impôt [[1982] CTC 2035]; cette dernière avait alors accueilli l'appel de l'intimée formé contre les nouvelles cotisations d'impôt sur le revenu établies <sup>c</sup> pour les années d'imposition 1974, 1975, 1976 et 1977. Le présent appel ne concerne que l'année d'imposition 1976 de l'intimée; en effet, pour les trois autres années — 1974, 1975 et 1977 — les cotisations d'impôt sur le revenu de l'intimée <sup>d</sup> étaient égales à zéro et les appels formés par l'intimée à l'égard de ces trois années d'imposition auraient dû être rejetés par la Commission de révision de l'impôt; la Commission ne l'ayant pas fait, l'appel formé par l'appelante devant la Section de première instance pour ces années aurait dû être accueilli. L'avocat de l'intimée a admis que telle aurait dû être la décision du juge Rouleau sur l'appel de sorte que la Cour accueillera le présent <sup>e</sup> appel à cet égard du moins.

### THE FACTS

The facts, which are not in dispute, were succinctly and accurately summarized by the learned Trial Judge in the following passage from his reasons for judgment [at pages 97-98].

During the period in question the defendant company carried on the business of operating a sand and gravel pit at Brighton, Ontario. The company's operation consisted of removing raw material from a gravel pit, transporting it to crushers and washers and from there to loading trenches. Three "966 Carruthers" front-end loaders were used to transport the material.

In order for the defendant to obtain the necessary licence to operate a gravel pit, it was required, pursuant to the *Pits and Quarries Control Act, 1971*, S.O. 1971, c. 96, to produce a site plan for the rehabilitation of the area. The rehabilitation required by the Act comprised levelling off the banks of the pit, the gradual sloping of the floor of the pit, covering the area with top soil and planting grass and trees on the site. The defendant estimated the cost of such rehabilitation to be approximately between \$125,000 and \$130,000.

### LES FAITS

Les faits, qui ne sont pas contestés, ont été résumés d'une manière succincte et précise par le juge de première instance dans l'extrait suivant tiré de ses motifs de jugement [aux pages 97 et 98].

<sup>h</sup> Au cours de la période en question, la société défenderesse a exploité une carrière de sable et de gravier à Brighton (Ontario). Il s'agissait pour la société de retirer des matériaux bruts d'une carrière de gravier, de les transporter vers des concasseurs et des laveurs et de là vers des tranchées de chargement. On a utilisé trois chargeuses à benne frontale «966 Carruthers» pour transporter les matériaux.

<sup>i</sup> Pour obtenir un permis nécessaire à l'exploitation d'une gravière, la défenderesse était tenue, en vertu de la *Pits and Quarries Control Act, 1971*, S.O. 1971, chap. 96, de produire un plan d'aménagement pour la remise en état du terrain. Cette remise en état requise par la Loi consistait à niveler les remblais, à taluter graduellement la sole du puits, à couvrir le terrain avec de la terre végétale et des graines de gazon et à planter des arbres sur l'emplacement. La défenderesse a estimé le coût d'une telle remise en état à une somme approximative variant entre 125 000 \$ et 130 000 \$.

Pursuant to section 5 of the *Pits and Quarries Control Regulations*, O. Reg. 545/71, a levy of \$0.02 per ton was imposed on the material extracted from the pit as security towards the cost of the rehabilitation. The amount paid by the defendant as a levy bore interest at the rate of 6% and was refundable when and if the rehabilitation of the pit was completed.

In its 1976 taxation year, the defendant claimed as an expense in carrying on business the amount of \$7,994.02 paid by it to the Ontario government pursuant to the *Pits and Quarries Control Act, 1971*. The Minister reassessed the defendant's 1976 taxation year on the basis that the defendant was not entitled to claim the amount as an expense and that certain assets owned by the defendant and used in its operations, namely front-end loaders, should be classified as Class 10 assets [*Income Tax Regulations*, SOR/54-682, Schedule B (as am. by SOR/74-402, s. 1)] for capital cost allowance purposes, rather than as Class 22 assets [*idem* (as added by SOR/64-167, s. 3)] as claimed by the defendant, with the result that the capital cost allowance claimed was reduced by the amount of \$3,972.85.

The defendant objected to the reassessment of March 1979 and the Minister of National Revenue confirmed the reassessment by a notification of confirmation dated June 13, 1980. The defendant then appealed to the Tax Review Board which, by judgment dated January 4, 1982, allowed the appeal. It is that judgment which is now under appeal.

### THE ISSUES

There are just two issues in the appeal:

(1) Whether in computing its income from its business the respondent was entitled to deduct the payments which it made to the government of Ontario in compliance with the *Pits and Quarries Control Act, 1971* [S.O. 1971, c. 96] on the basis that they were outlays or expenses incurred by it in earning or producing income from the business and, accordingly, deductible in the computation of its taxable income for the 1976 taxation year by virtue of paragraph 18(1)(a) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63] ("the Act") or whether, properly understood, they were deposits transferred or credited to a reserve and thus precluded from deductibility for such purpose, by virtue of paragraph 18(1)(e) of the Act.

(2) Whether the front-end loaders used by the respondent in its sand and gravel operations ought, for the purpose of calculating capital cost allow-

En vertu de l'article 5 des *Pits and Quarries Control Regulations*, O. Reg. 545/71, une contribution de 0,02 \$ par tonne a été imposée sur la quantité de matériaux extraite du puits à titre de garantie du coût de la remise en état. La somme payée par la défenderesse à titre de contribution portait un intérêt de 6%, et elle était remboursable à la fin des travaux de remise en état.

Au cours de son année d'imposition 1976, la défenderesse a réclamé à titre de frais d'exploitation d'une entreprise la somme de 7 994,02 \$ qu'elle a versée au gouvernement ontarien en vertu de la *Pits and Quarries Control Act, 1971*. Le ministre a établi une nouvelle cotisation d'impôt payable par la défenderesse pour son année d'imposition 1976 parce qu'elle n'était pas en droit de réclamer cette somme à titre de dépense et que certains de ses biens qu'elle utilisait pour les fins de ses opérations, à savoir les chargeuses à benne frontale, devraient être classés dans les biens de la catégorie 10 [*Règlements de l'impôt sur le revenu*, DORS/54-682, annexe B (mod. par DORS/74-402, art. 1)] aux fins d'une déduction pour amortissement, plutôt que comme des biens de la catégorie 22 [*idem* (ajoutée par DORS/64-167, art. 3)] comme la défenderesse l'a réclamé, ce qui fait que la déduction pour amortissement réclamée a été réduite de la somme de 3 972,85 \$.

La défenderesse s'est opposée à la nouvelle cotisation établie au mois de mars 1979, et le ministre du Revenu national a confirmé celle-ci au moyen d'un avis de confirmation en date du 13 juin 1980. Elle a alors interjeté appel devant la Commission de révision de l'impôt qui, aux termes de son jugement rendu le 4 janvier 1982, a accueilli l'appel. C'est ce jugement qui fait l'objet du présent appel.

### LES QUESTIONS LITIGIEUSES

La Cour doit trancher deux questions seulement dans le présent appel:

(1) La première est de savoir si dans le calcul du revenu tiré de son entreprise, l'intimée avait le droit de déduire les paiements qu'elle avait effectués au gouvernement de l'Ontario conformément à la *Pits and Quarries Control Act, 1971* [L.O. 1971, chap. 96], parce qu'ils constituaient un débours ou une dépense qu'elle avait engagés en vue de tirer un revenu de son entreprise ou de lui faire produire un revenu et, par conséquent, pouvaient être déduits du calcul de son revenu imposable pour l'année d'imposition 1976 en vertu de l'alinéa 18(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, chap. 63] («la Loi») ou si, interprétés correctement, ils constituaient des dépôts transférés ou crédités au compte d'une réserve et, par conséquent, n'étaient pas déductibles à une telle fin en vertu de l'alinéa 18(1)e) de la Loi.

(2) La deuxième question est de savoir si les chargeuses à benne frontale utilisées par l'intimée pour l'exploitation de sa carrière de sable et de gravier

ance, to have been classified as Class 10 or as Class 22 assets [*Income Tax Regulations*, SOR/54-682, Schedule B (as am. by SOR/64-167, s. 3; SOR/74-402, s. 1)].

## THE ARGUMENT

### Issue I

After rejecting the applicability of several cases cited by the appellant as supporting its proposition that the annual payments made by the respondent to the government of Ontario as security for the rehabilitation of the gravel and sand pits site were security deposits not deductible in the calculation of the respondent's taxable income, the learned Trial Judge made the following finding [at pages 103-104]:

In my opinion, the annual levy payments made by the defendant to the province constitute a part of the defendant's current operating expenses and are deductible under paragraph 18(1)(a) the *Income Tax Act*. Subsection 9(1) of the Act states that income for a taxation year from a business or property is the "profit" therefrom for the year. It has long been recognized that tax must be imposed not on the gross amount received but on that amount less the expenses incurred to produce it. Paragraph 18(1)(a) of the *Income Tax Act* is recognition of that very fundamental principle:

18. (1) In computing the income of a taxpayer from a business or property no deduction shall be made in respect of

(a) an outlay or expense except to the extent that it was made or incurred by the taxpayer for the purpose of gaining or producing income from the business or property;

The *Income Tax Act* does not define the term "profit" as that word is used in subsection 9(1) of the Act. However, a judicial statement as to the proper approach for determining net profit is set out in *Daley v. M.N.R.*, [1950] C.T.C. 254 (Ex. Ct.), where Thorson P. stated at page 260:

The correct view, in my opinion, is that the deductibility of the disbursements and expenses that may properly be deducted "in computing the amount of the profits or gains to be assessed" is inherent in the concept of "annual net profit or gain" in the definition of taxable income contained in section 3. The deductibility from the receipts of a taxation year of the appropriate disbursements or expenses stems, therefore, from section 3 of the Act, if it stems from any section, and not at all, even inferentially, from paragraph (a) of section 6. That being so, it follows that in some cases the first enquiry whether a particular disbursement or expense is deductible should be [sic] whether it is excluded from deduction by

auraient dû, aux fins du calcul de la déduction pour amortissement, être classées comme des biens de la catégorie 10 ou de la catégorie 22 [*Règlements de l'impôt sur le revenu*, DORS/54-682, annexe B (mod. par DORS/64-167, art. 3; DORS/74-402, art. 1)].

## L'ARGUMENTATION

### Première question

Après avoir conclu à l'inapplicabilité de plusieurs décisions citées par l'appelante au soutien de son argument voulant que les paiements annuels effectués par l'intimée au gouvernement de l'Ontario afin de garantir la remise en état de la carrière de sable et de gravier constituaient des dépôts de garantie non déductibles dans le calcul de son revenu imposable, le juge de première instance a fait les constatations suivantes [aux pages 103 et 104]:

À mon avis, les contributions annuelles faites par la défendresse à la province constituent une partie de ses dépenses courantes d'exploitation et sont déductibles en vertu de l'alinéa 18(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le paragraphe 9(1) de la Loi énonce que le revenu tiré d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition est le «bénéfice» qu'on en tire pour l'année. Il est depuis longtemps reconnu qu'on doit imposer non pas le montant brut reçu, mais ce montant moins les dépenses engagées pour le produire. L'alinéa 18(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* reconnaît ce principe fondamental:

18. (1) Dans le calcul du revenu du contribuable, tiré d'une entreprise ou d'un bien, les éléments suivants ne sont pas déductibles:

a) un débours ou une dépense sauf dans la mesure où elle a été faite ou engagée par le contribuable en vue de tirer un revenu des biens ou de l'entreprise ou de faire produire un revenu aux biens ou à l'entreprise;

La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne définit pas le terme «bénéfice» tel qu'il est utilisé au paragraphe 9(1) de la Loi. Toutefois, pour savoir comment déterminer un bénéfice net, on peut se référer à la décision *Daley v. M.N.R.*, [1950] C.T.C. 254 (C. de l'É.), où le président Thorson s'est prononcé en ces termes à la page 260:

[TRADUCTION] À mon avis, il est exact de dire que la déductibilité des débours et dépenses qui peuvent à juste titre être déduits «dans le calcul du montant des bénéfices ou gains à imposer» se rattache au concept de «bénéfice ou gain net annuel» dans la définition du revenu imposable figurant à l'article 3. La déductibilité de débours ou dépenses des recettes d'une année d'imposition découle donc de l'article 3 de la Loi et ne résulte pas du tout, même par déduction, de l'alinéa 6a).

Cela étant, il s'ensuit que, dans certains cas, pour savoir si un débours ou une dépense est déductible, il y a lieu de se demander non pas si sa déduction est exclue en vertu des

section 6(a) or section 6(b) but rather whether its deduction is permissible by the ordinary principles of commercial, trading or accepted business and accounting practice . . . . [Emphasis added.]

Section 3 was the forerunner to the present subsection 9(1) and paragraph 6(a) was the forerunner to the present paragraph 18(1)(a).

Therefore, in accordance with this principle, an expenditure properly deducted according to accounting standards would be deductible for tax purposes unless prohibited by some provision of the Act.

There is, in my opinion, no question that the amount paid in this case by the defendant to the Province of Ontario in the form of an annual levy constitutes an allowable deduction. The expenditure was made, indeed had to be made by the defendant, for the purpose of gaining income from its sand and gravel pit operation and is clearly not capital in nature.

The applicability of the generally accepted accounting principles in relation to income tax law has been the subject of comment in many cases, the latest of which in this Court was in *Canada v. Foothills Pipe Lines (Yukon) Ltd.*<sup>1</sup> where at page 11 of the reasons, speaking on behalf of the Court, I say:

Among those principles is that which recognizes that according to generally accepted accounting principles, sums received by a taxpayer should be recorded in a taxpayer's financial statements, in the way which most nearly reflects its actual financial position at any given time or for any given period, but for purposes of ascertaining the taxpayer's income for tax purposes the receipt of the sums may require to be recorded differently. In *Neonex International Ltd. v. The Queen* ([1978] CTC 485 (F.C.A.), at p. 499) I had occasion to express the principle in this way:

There is no doubt that the proper treatment of revenue and expenses in the calculation of profits for income tax purposes with a view to obtaining an accurate reflection of the taxable income of a taxpayer, is not necessarily based on generally accepted accounting principles. Whether it is so based or not is a question of law for determination by the Court having regard to those principles (see *MNR v. Anaconda American Brass Ltd.* [1956] A.C. 85; [1955] CTC 311; 55 DTC 1220; see also *Associated Investors of Canada Ltd. v. MNR*, [1967] Ex CR 96; [1967] CTC 138; 67 DTC 5096). [Emphasis added.]

The reference in the passage to *Minister of Nat'l Revenue v. Anaconda American Brass Ltd.*,<sup>2</sup> is to the following excerpts from the judgment of the Privy Council where Viscount Simonds said:

<sup>1</sup> Not yet reported, October 11, 1990, Court File No. A-306-90.

<sup>2</sup> (1955), 2 D.L.R. (2d) 1 (P.C.), at pp. 7 and 10.

alinéas 6a) ou 6b), mais si elle est permise par les principes ordinaires du commerce ou les méthodes commerciales et comptables reconnues . . . . [Non souligné dans le texte original.]

L'article 3 est devenu l'actuel paragraphe 9(1) et l'alinéa 6a) a été remplacé par l'actuel alinéa 18(1)a).

En conséquence, compte tenu de ce principe, une dépense déduite conformément aux normes comptables serait déductible pour des fins fiscales, à moins qu'une disposition de la Loi ne l'interdise.

À mon avis, il ne fait pas de doute que, en l'espèce, la somme payée par la défenderesse à la province de l'Ontario, sous forme de contribution annuelle, constitue une déduction permise. La défenderesse a engagé et devait effectivement engager cette dépense en vue de tirer un revenu de l'exploitation de la carrière de sable et de gravier en question, et il ne s'agit manifestement pas d'une dépense à titre de capital.

L'applicabilité des principes comptables généralement reconnus au droit fiscal a fait l'objet de commentaires dans de nombreuses décisions, le dernier en date devant cette Cour étant celui que j'ai fait, au nom de la Cour, à la page 14 de l'arrêt *Canada c. Foothills Pipe Lines (Yukon) Ltd.*<sup>1</sup>:

Notons parmi ces principes celui en vertu duquel on reconnaît que, suivant les principes comptables généralement reconnus, les sommes reçues par un contribuable devraient être inscrites dans ses états financiers de manière à refléter le plus fidèlement possible sa situation financière réelle à n'importe quel moment ou pendant n'importe quelle période; cependant, il peut être nécessaire pour vérifier le revenu du contribuable aux fins de l'impôt, d'inscrire différemment les rentrées d'argent. Dans l'affaire *Neonex International Ltd. c. La Reine* ([1978] CTC 485 (C.A.F.) à la p. 499), j'ai eu l'occasion d'exprimer ce principe de la manière suivante:

Il n'est nullement nécessaire, pour calculer les bénéfices de façon à représenter fidèlement le revenu imposable d'un contribuable, de fonder le rapprochement des recettes et des dépenses sur les principes comptables généralement reconnus. Que le rapprochement soit fondé ou non sur ces principes, voilà une question de droit qu'il appartient à la Cour de trancher eu égard à ces derniers (voir *M.N.R. v. Anaconda American Brass Ltd.*, [1956] A.C. 85; [1955] C.T.C. 311; 55 D.T.C. 1220; voir aussi *Associated Investors of Canada Ltd. v. M.N.R.*, [1967] R.C.É. 96; [1967] C.T.C. 138; 67 D.T.C. 5096). [Non souligné dans le texte original.]

Le renvoi dans cet extrait à l'arrêt *Minister of Nat'l Revenue v. Anaconda American Brass Ltd.*<sup>2</sup> concerne les passages suivants tirés du jugement du Conseil privé où le vicomte Simonds a dit:

<sup>1</sup> Arrêt non encore publié, 11 octobre 1990, n° du greffe A-306-90.

<sup>2</sup> (1955), 2 D.L.R. (2d) 1 (P.C.), aux p. 7 et 10.

The income tax law of Canada as of the United Kingdom is built upon the foundations described by Lord Clyde in *Whimster & Co. v. Inland Revenue Com'rs* (1925), 12 Tax Cas. 813, in a passage cited by the Chief Justice which may be here repeated: "In the first place, the profits of any particular year or accounting period must be taken to consist of the difference between the receipts from the trade or business during such year or accounting period and the expenditure laid out to earn those receipts. In the second place, the account of profit and loss to be made up for the purpose of ascertaining that difference must be framed consistently with ordinary principles of commercial accounting, so far as applicable, and in conformity with the rules of the Income Tax Act, or of that Act as modified by the provisions and schedules of the Acts regulating Excess Profits Duty, as the case may be. . . ."

But it at least supports the view that new theories of accountancy though they may be accepted and put into practice by business men, do not finally determine a trading company's income for tax purposes.

The reference to *Associated Investors of Canada Ltd. v. Minister of National Revenue*,<sup>3</sup> is to the following passage from Jackett P.'s judgment:

Profit from a business, subject to any special directions in the statute, must be determined in accordance with ordinary commercial principles (*Canadian General Electric Co. Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1962] S.C.R. 3, per Martland J. at page 12.) The question is ultimately "one of law for the court". It must be answered having regard to the facts of the particular case and the weight which must be given to a particular circumstance must depend upon practical considerations. As it is a question of law, the evidence of experts is not conclusive (see *Oxford Motors Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1959] S.C.R. 548, per Abbott J. at page 553, and *Strick v. Regent Oil Co. Ltd.*, [1965] 3 W.L.R. 636 per Reid J., at pages 645-6. See also *Minister of National Revenue v. Anaconda American Brass Ltd.*, [1956] A.C. 85 at page 102.) [Emphasis added.]

It is clear from the foregoing, it seems to me, that the Trial Judge did not wholly accurately describe the law when he said that "an expenditure properly deducted according to accounting standards would be deductible for tax purposes unless prohibited by some provision of the Act." More precisely, the question is one of law for the Court which must, as Jackett P. (as he then was) said, "be answered having regard to the facts of the particular case and the weight which must be given to a particular circumstance must depend upon practical circumstances. As it is a question of law, the evidence of experts is not conclusive".

<sup>3</sup> [1967] 2 Ex.C.R. 96, at pp. 101-102.

[TRADUCTION] Le droit fiscal canadien, tout comme le droit fiscal du Royaume-Uni, repose sur les principes énoncés par lord Clyde dans l'arrêt *Whimster & Co. v. Inland Revenue Com'rs* (1925), 12 Tax Cas. 813, dans un passage cité par le juge en chef reproduit ci-dessous: «En premier lieu, les bénéfices réalisés pendant une année ou une période comptable particulière doivent résulter de la différence entre les revenus du commerce au cours de cette année ou période comptable et les dépenses entraînées pour tirer ces revenus. En second lieu, le calcul des profits et pertes effectué pour vérifier ces différences doit autant que possible être fondé sur des principes comptables généralement reconnus et être conforme aux règles de la Loi de l'impôt sur le revenu ou de cette Loi modifiée par les lois régissant l'impôt sur les bénéfices excessifs ainsi que leurs annexes, selon le cas. . . .»

Mais cela permet tout au moins d'affirmer que même si elles sont acceptées et appliquées par les gens d'affaires, les nouvelles théories comptables n'établissent pas d'une manière définitive le revenu d'une compagnie commerciale aux fins de l'impôt.

Quant au renvoi à l'arrêt *Associated Investors of Canada Ltd. v. Minister of National Revenue*<sup>3</sup>, il s'agit du passage suivant tiré du jugement du président Jackett:

[TRADUCTION] Les bénéfices d'une entreprise, assujettis à toute directive spéciale de la Loi, doivent être déterminés conformément aux principes commerciaux reconnus (*Canadian General Electric Co. Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1962] R.C.S. 3, le juge Martland à la page 12). La question est finalement «une question de droit qu'il appartient au tribunal de trancher». On doit y répondre en tenant compte des faits de l'espèce et l'importance qui doit être accordée à une situation particulière doit dépendre de considérations pratiques. Étant donné qu'il s'agit d'une question de droit, le témoignage d'experts n'est pas concluant (voir *Oxford Motors Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1959] R.C.S. 548, le juge Abbott, à la page 553, et *Strick v. Regent Oil Co. Ltd.*, [1965] 3 W.L.R. 636, le juge Reid, aux pages 645 et 646. Voir également *Minister of National Revenue v. Anaconda American Brass Ltd.*, [1956] A.C. 85, à la page 102.) [Non souligné dans le texte original.]

Il me semble qu'il ressort des passages qui précèdent que le juge de première instance n'a pas décrit avec exactitude les principes juridiques applicables lorsqu'il a dit qu'une «dépense déduite conformément aux normes comptables serait déductible pour des fins fiscales, à moins qu'une disposition de la Loi ne l'interdise». Il s'agit plus précisément, comme l'a affirmé le président Jackett (tel était alors son titre), d'une question de droit qu'il appartient au tribunal de trancher «en tenant compte des faits de l'espèce et l'importance qui doit être accordée à une situation particulière doit dépendre de considérations pratiques. Étant

<sup>3</sup> [1967] 2 R.C.É. 96, aux p. 101 et 102.

(Emphasis added.) The particular facts in this case relate to the character of the payments made by the respondent each year in compliance with the *Pits and Quarries Control Act, 1971* and the Regulations pursuant thereto.

The proper accounting of those payments for the taxpayer's financial purposes, to most accurately reflect its actual financial position at any given time; may well be that they be recorded as expenses incurred for the purpose of gaining or producing income. That may not, as a matter of law, be the proper way for them to be recorded in the calculation of the taxpayer's taxable income.

The question to be asked for that purpose must be — do these payments, as a matter of law, have the characteristics of expenses or outlays made in earning or producing income, as the expert called by the respondent before the Tax Review Board apparently testified, or had they the characteristics of transfers to a reserve for the purpose of securing the performance of the respondent's obligation to rehabilitate the site, within the meaning of paragraph 18(1)(e)<sup>4</sup> as counsel for the appellant urged?

Even a cursory analysis of the *Pits and Quarries Control Act, 1971* and its Regulations [*Pits and Quarries Control Regulations, O. Reg. 545/71*], leads inevitably to the conclusion, in my view, that while the annual payments made pursuant thereto have to be made in order to earn income, in that to obtain and maintain the licence issued under that Act (subsection 4(1)) to operate the pit and thereby to earn that income the payments had to be made, they do not have the characteristic of deductible expenses for tax purposes, in that they are not made once and for all, without recourse. Rather they are payments which may be refunded

<sup>4</sup> 18. (1) In computing the income of a taxpayer from a business or property no deduction shall be made in respect of

(e) an amount transferred or credited to a reserve, contingent account or sinking fund except as expressly permitted by this Part;

donné qu'il s'agit d'une question de droit, le témoignage d'experts n'est pas concluant». (Non souligné dans le texte original.) Les faits de l'espèce concernent la nature des paiements effectués annuellement par l'intimée conformément à la *Pits and Quarries Control Act, 1971* et à ses règlements d'application.

La bonne façon de comptabiliser ces paiements à des fins fiscales, de manière à refléter le plus fidèlement possible la situation financière réelle du contribuable à quelque moment que ce soit, consisterait peut-être à les inscrire comme dépenses qu'il a engagées en vue de tirer un revenu ou de faire produire un revenu. Il ne convient peut-être pas, d'un point de vue juridique, de les inscrire dans le calcul du revenu imposable du contribuable.

Il faut se demander à cette fin si, légalement, ces paiements présentent les caractéristiques de dépenses ou de débours engagés en vue de tirer un revenu ou de faire produire un revenu comme l'a apparemment déclaré dans son témoignage devant la Commission de révision de l'impôt l'expert cité par l'intimée, ou s'ils présentent les caractéristiques de sommes transférées au compte d'une réserve, au sens de l'alinéa 18(1)e)<sup>4</sup>, afin de garantir l'exécution par l'intimée de son obligation de remettre les lieux en état et ce, comme l'a soutenu l'avocat de l'appelante.

À mon avis, même une analyse rapide de la *Pits and Quarries Control Act, 1971* et de ses règlements [*Pits and Quarries Control Regulations, Règl. de l'Ont. 545/71*] d'application mène inévitablement à la conclusion que, même si les paiements annuels effectués conformément à ces textes étaient nécessaires pour tirer un revenu en ce qu'ils devaient être effectués afin d'obtenir et de garder le permis d'exploitation de la carrière délivré en vertu de cette Loi (paragraphe 4(1)) et, par conséquent, de tirer ce revenu, ils n'ont pas les caractéristiques de dépenses déductibles à des fins fiscales parce qu'ils ne sont pas faits une bonne fois pour

<sup>4</sup> 18. (1) Dans le calcul du revenu du contribuable, tiré d'une entreprise ou d'un bien, les éléments suivants ne sont pas déductibles:

e) une somme transférée ou créditée au compte d'une réserve, à un compte de prévoyance ou à une caisse d'amortissement, sauf ce qui est expressément permis par la présente Partie;

in whole or in part, together with interest thereon, upon discharge of the payer's (in this case the respondent's) obligation to rehabilitate the pit site.

The licence must be renewed annually to insure compliance with the Act, the Regulations and the licence, failing which it may be revoked. Subsection 11(1) requires that every licensee maintain on deposit with the Treasurer of Ontario the security prescribed by the Regulations. Subsection 11(2) authorizes the Minister to direct the security deposited to be forfeited if the rehabilitation is not carried out as required by the Act, the Regulations and the licence. Subsection 11(3) authorizes the Minister to cause the rehabilitation to be completed at the expense of the licensee out of the monies forfeited.

Section 19 provides the authority to make regulations, *inter alia*, prescribing the form, terms, conditions and the amount of security to be deposited under section 11.

Subsection 5(1) of the Regulations requires that the security obliged to be paid by virtue of section 11 of the Act will be deposited annually "and held by the Treasurer of Ontario bearing simple interest at the rate of 6% per annum." [Underlining added.] This requirement of holding is in contrast to the licence fee to be paid under subsection 2(8) which "shall be paid to the Treasurer of Ontario" [underlining added]—an outright payment of an expense, presumably properly deductible, having been incurred to permit the operator to operate his pit and thereby to earn or produce income.

There is no doubt in my mind that the foregoing analysis demonstrates that the annual payments are made as deposits to secure the rehabilitation of the site. That they may be insufficient to achieve that purpose does not change their character to that of an expense incurred for the purpose of gaining or producing income. The deposits do not become the absolute property of the province until they are forfeited as a result of the operation of the Act, for the purpose of paying, or to assist in

toutes sans qu'il existe de recours. Ces paiements peuvent plutôt être remboursés, en totalité ou en partie, capital et intérêts, lorsque la personne qui les a effectués (en l'espèce, l'intimée) s'acquitte de son obligation de remettre en état le terrain où se trouve la carrière.

Le permis doit être renouvelé annuellement afin de garantir l'exécution de la Loi, du Règlement et du permis lui-même, à défaut de quoi celui-ci peut être annulé. Le paragraphe 11(1) exige que chaque titulaire de permis remette en dépôt au trésorier de l'Ontario la garantie prescrite par le Règlement. Le paragraphe 11(2) autorise le ministre à ordonner la confiscation de la garantie fournie si la remise en état des lieux n'est pas effectuée conformément à la Loi, au Règlement et au permis. Le paragraphe 11(3) autorise le ministre à faire exécuter la remise en état des lieux aux frais du titulaire du permis en utilisant à cette fin les sommes confisquées.

L'article 19 confère le pouvoir de prendre des règlements prescrivant notamment la forme, les conditions et le montant de la garantie devant être déposée conformément à l'article 11.

Le paragraphe 5(1) du Règlement exige que la garantie requise par l'article 11 de la Loi soit déposée annuellement et [TRADUCTION] «détenue par le trésorier de l'Ontario et porte intérêt à un taux de 6 % annuellement». [Soulignement ajouté.] L'obligation que cette somme soit détenue diffère des droits de permis qui, suivant le paragraphe 2(8), [TRADUCTION] «doivent être versés au trésorier de l'Ontario» [soulignement ajouté]—une véritable dépense, probablement déductible, ayant dû être engagée par l'exploitant pour lui permettre d'exploiter sa carrière et, par conséquent, de tirer un revenu de son entreprise ou de lui faire produire un revenu.

Il ne fait aucun doute dans mon esprit que l'analyse qui précède montre que les versements annuels sont effectués à titre de dépôt visant à assurer la remise en état du terrain. Ce n'est pas parce qu'ils pourraient être insuffisants pour atteindre le but visé qu'ils deviennent une dépense engagée afin de tirer ou de faire produire un revenu. Ces dépôts ne deviennent pas la propriété absolue de la province tant qu'ils ne sont pas confisqués par application de la Loi afin de faire



paying, the respondent's obligations under the Act to rehabilitate. If they are not forfeited they will be returned to the taxpayer together with simple interest calculated at 6% per annum. That is the substance of their character as well as their form,<sup>5</sup> and clearly differentiates them from business expenses deductible under paragraph 18(1)(a).

I would, therefore, allow the appeal in respect of Issue I.

## Issue II

Should the front-end loaders used by the respondent in its sand and gravel operation be classified as Class 10 or Class 22 assets for the purpose of calculation of capital cost allowance?

The respondent claimed capital cost allowance on its front-end loaders on the basis that they were Class 22 assets under Schedule B to the Regulations, depreciable at the rate of 50% under the provision as it read in 1976, namely:

### CLASS 22

Property acquired after March 16, 1964, that is power-operated movable equipment designed for the purpose of excavating, moving, placing or compacting earth, rock, concrete or asphalt, but not including a property that is included in class 7.

It would appear that the respondent's equipment both by its nature and purpose falls squarely within the definition of Class 22 assets. However, the appellant's contention is that the respondent's front-end loaders were acquired for the purpose of gaining or producing income from a mine with the result that they are Class 10 assets for capital cost allowance purposes.

The Trial Judge had no difficulty in concluding that the respondent's equipment was properly classified as Class 22 assets and dismissed the appellant's appeal on that issue. I am of the opinion that he was correct in so holding.

<sup>5</sup> See *Dominion Taxicab Assn. v. Minister of National Revenue*, [1954] S.C.R. 82, at pp. 83-85. Compare *R. v. Imperial General Properties Limited*, [1985] 1 F.C. 344 (C.A.), at pp. 359-360.

exécuter ou d'aider à faire exécuter l'obligation de remise en état imposée à l'intimée par ladite Loi. Si elles ne sont pas confisquées, ces sommes portant intérêt au taux de 6% annuellement seront remises au contribuable, capital et intérêts. Tel est l'essentiel de leur nature et de leur forme<sup>5</sup>, ce qui les distingue nettement des dépenses d'entreprise déductibles en vertu de l'alinéa 18(1)a).

J'accueillerais, par conséquent, l'appel en ce qui concerne la première question.

## Deuxième question

Les chargeuses à benne frontale utilisées par l'intimée pour l'exploitation de sa carrière de sable et de gravier devraient-elles être considérées comme des biens de la catégorie 10 ou de la catégorie 22 aux fins du calcul de la déduction pour amortissement?

L'intimée a réclamé une déduction pour amortissement à l'égard de ses chargeuses à benne frontale parce qu'elle considérait qu'il s'agissait de biens de la catégorie 22 prévus à l'annexe B des Règlements et amortissables au taux de 50% suivant le texte de la disposition applicable en 1976:

### CATÉGORIE 22

Les biens acquis après le 16 mars 1964 constitués par le matériel mobile mû par moteur et destiné à l'excavation, au déplacement, à la mise en place ou au compactage de terre, de pierre, de béton ou d'asphalte, à l'exclusion toutefois des biens compris dans la catégorie 7.

Il semblerait que, tant par sa nature que par son utilisation, l'équipement de l'intimée est visé par la définition des biens de la catégorie 22. Néanmoins, l'appelante prétend que l'intimée a acquis ses chargeuses à benne frontale dans le but de tirer un revenu d'une mine ou de faire produire un revenu à cette mine et qu'il s'agit donc de biens de la catégorie 10 aux fins de la déduction pour amortissement.

Le juge de première instance n'a eu aucun mal à conclure que l'équipement utilisé par l'intimée avait été à juste titre considéré comme des biens de la catégorie 22, et il a rejeté l'appel sur ce point. J'estime qu'il a eu raison de rendre une telle décision.

<sup>5</sup> Voir l'affaire *Dominion Taxicab Assn. v. Minister of National Revenue*, [1954] R.C.S. 82, aux pp. 83 à 85; comparer avec l'affaire *R. v. Imperial General Properties Limited*, [1985] 1 C.F. 344 (C.A.), aux pp. 359 et 360.

Class 10 assets were defined, in part, in 1976, as:

CLASS 10

Property not included in any other class that is

(k) property (other than a property included in class 28 or a property described in paragraph (ka)) that was acquired for the purpose of gaining or producing income from a mine and that is

(ii) machinery or equipment,

Capital cost allowance on such assets is calculated at the rate of 30%.

“Mine” is not defined in the Act. Its meaning is restricted in some of the provisions of the Act and Regulations. For example, subsections 1104(7) and (8) [as added by SOR/72-272, s. 4] of the Regulations specifically exclude sand pits, gravel pits and quarries for purposes of Classes 12 and 28 of Schedule B but not for purposes of Class 22 assets. Subsections 1104(5) and (6) [as added by SOR/72-272, s. 4] specifically refer to Class 10 without any such restriction, but they do refer to “mineral ores from mineral resources”. It is, thus, the appellant’s contention that sand and gravel are industrial minerals and the pits from which they are extracted are industrial mineral mines. Therefore, it is argued, the specific provisions of the definition of Class 10 assets override the general provisions of the definition of Class 22 assets. That being so the Class 10 30% capital cost allowance rate prevails in the view of appellant’s counsel.

I have little trouble in accepting on the authority of at least some jurisprudence that sand and gravel may be described as “industrial minerals”.<sup>6</sup> But that does not mean that they come from a “mine” as that term is generally understood. In fact, Pigeon J. in *Avril Holdings Ltd. v. Minister of National Revenue*,<sup>7</sup> observed in a different statutory context but in an apposite factual situation that:

<sup>6</sup> *Nova Scotia Sand and Gravel Ltd v. The Queen*, [1980] CTC 378 (F.C.A.), at p. 379.

<sup>7</sup> [1971] S.C.R. 601, at p. 605.

La définition des biens de la catégorie 10 était rédigée en partie comme suit en 1976:

CATÉGORIE 10

Les biens non compris dans aucune autre catégorie constitués  
a par

k) les biens (autres que ceux compris dans la catégorie 28 ou ceux décrits à l’alinéa (ka) qui ont été acquis aux fins de tirer un revenu d’une mine ou de faire produire un revenu à cette mine et qui sont constitués par

b

(ii) des machines ou du matériel,

Le taux de la déduction pour amortissement sur de tels biens est de 30 %.

c

La Loi ne définit pas le terme «mine». Certaines dispositions de la Loi et des Règlements en limitent toutefois le sens. Par exemple, les paragraphes 1104(7) et (8) [ajoutés par DORS/72-272, art. 4] des Règlements excluent expressément les sablières, les gravières et les carrières aux fins des catégories 12 et 28 de l’annexe B, mais non aux fins de la catégorie 22. Les paragraphes 1104(5) et (6) [ajoutés par DORS/72-272, art. 4] renvoient expressément et sans restriction de ce genre à la catégorie 10, mais il y est bel et bien question des «minerais tirés d’une ressource minérale». L’appelante soutient donc que le sable et le gravier constituent des minerais industriels et que les carrières dont ils sont extraits sont des mines de minerais industriels. Par conséquent, soutient-elle, les dispositions particulières de la définition des biens de la catégorie 10 l’emportent sur les dispositions générales de la définition des biens de la catégorie 22. C’est pourquoi l’avocat de l’appelante estime qu’il faut appliquer le taux de déduction pour amortissement de la catégorie 10 qui est fixé à 30 %.

h

J’ai peu de difficultés à admettre, en me fondant du moins sur certains précédents, que l’on peut qualifier le sable et le gravier de «minéraux industriels»<sup>6</sup>. Mais cela ne signifie pas qu’ils proviennent d’une «mine» au sens généralement accordé à ce terme. En effet, le juge Pigeon, dans l’arrêt *Avril Holdings Ltd. c. Ministre du Revenu national*<sup>7</sup>, a fait remarquer dans un contexte législatif différent mais dans une situation de faits pertinente:

<sup>6</sup> *Nova Scotia Sand and Gravel Ltd c. La Reine*, [1980] CTC 378 (C.A.F.), à la p. 379.

<sup>7</sup> [1971] R.C.S. 601, à la p. 605.

In the context of Schedule E, it is apparent that the word "mine" is not taken in its usual meaning as applied to metal mines but in a special meaning as part of the expression "industrial mineral mine". With respect to metal mines, it was pointed out that "a portion of the earth containing mineral deposits" was not the usual meaning of the word mine. Here, it must be noted that the word "mine" is not in common use to describe a sand or gravel pit. This is therefore a case where the word is obviously not taken in the usual sense. [Emphasis added.]

Further assistance is derived from what Dumoulin J. said in the Exchequer Court case of *Canadian Gypsum Co. Ltd. v. Minister of National Revenue*.<sup>8</sup>

I cannot but renew my assent to the "dicta" of Lord Watson and Justice Kitto, that "mines" and "minerals" are not definite terms: "they are susceptible of limitation or expansion, according to the intention with which they are used" (Lord Watson); and "The meaning of the words 'mine' and 'mining' like the word 'minerals' is by no means fixed and is readily controlled by context and subject matter". (Kitto, J.)

The vast and constantly expanding proportions of the development area in depth, width or circumference, the costly and powerful equipment at work, a labour force of about 175 men, the assignment of one or two professional engineers and of two geologists in a permanent testing laboratory, convince me that Miller's Creek clearly evinces the characteristics of a mine.

Exhibit A-11, a lot of 22 photos of the site (11a to 11v) fully substantiate such a conclusion as to the material facts of the problem.

The respondent's admission that Miller's Creek was not a "stone quarry" has greatly simplified the legal aspect of the case. Section 83(5), cited *supra*, is an exempting provision "at large", restricted only by the excluding clause of 83(6), specifically disqualifying from the exemption benefit a "stone quarry".

In a fiscal statute, the age-long maxim "*inclusio unius est exclusio alterius*" finds its fullest justification. I could well agree with Mr. Finlayson's argument, on appellant's behalf, that "the nominal exclusion of a 'stone quarry' in the definition of the noun 'mine', coupled with the admission that Miller's Creek is not a stone quarry, must, irresistibly, lead to the deduction that, legally speaking at the very least, it is a mine". [Underlining added.]

Three things are noteworthy from that quotation. First, the meaning of the word "mine", *inter alia*, "is by no means fixed and is readily controlled by context and subject matter". Two, the size of the operation and the skills of those involved was relevant. Three, the learned Judge would have had difficulty in finding the operation

<sup>8</sup> [1965] 2 Ex.C.R. 556, at pp. 567-568.

Dans le cadre de l'Annexe E, le mot «mine» n'est manifestement pas employé dans son sens ordinaire pour les mines de métaux, mais dans le sens spécial que lui impartit l'expression «mine de minéral industriel». On a signalé qu'à propos de mines de métaux, le mot «mine» ne signifie pas ordinairement «un terrain renfermant du minerais». Dans le cas présent, il faut noter que dans l'usage courant on ne se sert pas du mot «mine» pour désigner une carrière de sable ou une gravière. Il s'agit donc d'un cas où le mot «mine» n'est évidemment pas employé dans son sens ordinaire. [Non souligné dans le texte original.]

Les propos du juge Dumoulin de la Cour de l'Échiquier dans l'arrêt *Canadian Gypsum Co. Ltd. v. Minister of National Revenue*<sup>8</sup> confirment ce qui précède:

[TRADUCTION] Je ne peux que renouveler mon appui aux remarques de lord Watson et du juge Kitto qui ont déclaré que les mots «mines» et «minéraux» ne sont pas des termes bien déterminés: «ils sont susceptibles de restriction ou d'extension selon l'intention de leurs utilisateurs» (lord Watson) et «le sens des termes "mine" et "exploitation minière" tout comme celui du terme "minéraux" n'est nullement déterminé et dépend du contexte et de la question en cause». (Le juge Kitto)

La profondeur, la largeur ou la circonférence sans cesse plus étendues de la zone de développement, le coût et la puissance de l'équipement utilisé, la présence d'environ 175 employés, l'affectation d'un ou de deux ingénieurs professionnels et de deux géologues à un laboratoire d'essai permanent constituent des éléments m'amenant à croire que la Miller's Creek possède manifestement les caractéristiques d'une mine.

La pièce A-11, constituée de 22 photos du terrain (11a à 11v), justifie pleinement une telle conclusion quant aux faits principaux du problème.

L'aveu par l'intimée que la Miller's Creek n'était pas une «carrière de pierres» a grandement simplifié l'aspect juridique de l'affaire. Le paragraphe 83(5), cité ci-dessus, constitue une disposition d'exemption «générale» limitée seulement par la clause d'exclusion figurant au paragraphe 83(6) qui prévoit expressément qu'une «carrière de pierres» ne peut profiter de l'exemption.

Dans une loi fiscale, l'ancienne maxime «*inclusio unius est exclusio alterius*» trouve tout son sens. Je pourrais à juste titre être d'accord avec M. Finlayson, qui a soutenu, au nom de l'appelante, que «l'exclusion d'une "carrière de pierres" dans la définition du terme "mine", jointe à l'aveu que la Miller's Creek n'est pas une carrière de pierres, doit inévitablement conduire à la conclusion qu'il s'agit d'une mine, du moins du point de vue juridique». [Soulignement ajouté.]

Il convient de signaler trois choses au sujet de cette citation. Premièrement, le sens du mot «mine» [TRADUCTION] «n'est nullement déterminé et dépend du contexte et de la question en cause.» Deuxièmement, l'importance des opérations et la compétence des personnes en cause constituaient des éléments pertinents. Troisièmement, le juge

<sup>8</sup> [1965] 2 R.C.É. 556, aux p. 567 et 568.

in question to be a mine had it not been for the admission by the Minister that it was not a stone quarry.

Applying those factors here, it is to be noted first, that the subject-matter is equipment used in the extraction, removal and transportation of sand and gravel, which is the context within which the claim that the operation is a "mine" must be viewed. Clearly, it was not a "mine" as that term is ordinarily understood. Secondly, the operation in question here was apparently relatively small. There is no evidence that professional engineers or geologists were involved as they would normally be in mining operations. Thirdly, the operation here was a gravel pit which is akin to a stone quarry, a fact which at the time of that case was of some significance to the Minister and to the Court in deciding whether the operation there was a mine.

These factors, when coupled with Pigeon J.'s comment that the word "mine is not a common use to describe a sand or gravel pit", and the fact that when Parliament wished to include or exclude such operations from the ambit of "mines" it said so, leads me irresistibly to the conclusion that the operation in question is not a mine. Therefore, the respondent's front-end loaders were not machinery and equipment "acquired for the purpose of gaining or producing income from a mine". They are not Class 10 assets but were properly characterized as Class 22 assets by the learned Trial Judge.

The appeal, as it relates to Issue II, will, accordingly be dismissed. Success having been divided, the appellant will be entitled to one half of its taxable costs both here and in the Trial Division.

MACGUIGAN J.A.: I agree.

LINDEN J.A.: I agree.

aurait difficilement pu conclure qu'il s'agissait en l'espèce d'une mine si le ministre n'avait pas avoué qu'il ne s'agissait pas d'une carrière de pierres.

Si on applique ces éléments en l'espèce, il faut premièrement signaler que c'est l'équipement utilisé pour l'extraction, l'enlèvement et le transport du sable et du gravier qui est en cause et que c'est dans ce contexte qu'il faut examiner l'affirmation selon laquelle il s'agit d'une «mine». Il est évident qu'il ne s'agissait pas d'une «mine» au sens habituellement accordé à cet terme. Deuxièmement, l'exploitation en cause était relativement peu importante. Rien dans la preuve n'indiquait que des ingénieurs professionnels ou des géologues participaient aux travaux comme ce serait normalement le cas dans des opérations minières. Troisièmement, il s'agissait en l'espèce d'une gravière, exploitation qui ressemble à une carrière de pierres, un fait qui, à l'époque revêtait une certaine importance pour le ministre et pour la Cour, pour déterminer s'il s'agissait d'une mine.

Ces éléments ainsi que le commentaire du juge Pigeon qui a déclaré que «dans l'usage courant on ne se sert pas du mot «mine» pour désigner une carrière de sable ou une gravière, et que lorsque le législateur a voulu inclure ou exclure de telles opérations de la portée du mot «mine» il l'a fait, m'amènent inévitablement à conclure qu'il ne s'agit pas en l'espèce de l'exploitation d'une mine. Par conséquent, les chargeuses à benne frontale de l'intimée n'étaient pas des machines ou du matériel «acquis dans le but de tirer un revenu d'une mine ou pour lui faire produire un revenu». Il ne s'agit pas de biens de la catégorie 10, et le juge de première instance a eu raison de les classer dans la catégorie 22.

Par conséquent, l'appel sera rejeté en ce qui concerne la deuxième question. Les parties ayant eu chacune partiellement gain de cause, l'appellante aura droit à la moitié des dépens taxables tant en appel qu'en première instance.

Le JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

Le JUGE LINDEN, J.C.A.: J'y souscris également.

T-2871-90

T-2871-90

**Chun Fai Wong, Wing Chun Li and Yiu Ting Wong** (*Applicants*)

v.

**Minister of Employment and Immigration and the Secretary of State for External Affairs** (*Respondents*)

INDEXED AS: *WONG v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)*

Trial Division, Jerome A.C.J.—Toronto, December 17, 1990; Ottawa, February 26, 1991.

*Immigration — Court order requiring respondents to process application for permanent residence — Applicant suffering from Down's syndrome and considered medically inadmissible under Immigration Act, s. 19 (1)(a)(ii) — Psychometric testing requested — Whether requirement of further testing could be imposed or was res judicata in view of previous Court order — Admissibility issue still to be decided — Determination of admissibility based on medical assessments — Landing cannot be granted if conditions precedent not satisfied.*

*Practice — Res judicata — Immigration — Federal Court ordering officials to process permanent residence application — Officials requiring applicant undergo psychometric testing — Whether requirement could be imposed in view of court order — One of three requirements for application of res judicata doctrine not met: different question for decision — Whether doctrine applicable in public law dispute.*

This was an application for *certiorari* quashing the refusal by Immigration officials to process an application for permanent residence in Canada and for *mandamus* directing the respondents to consider and process said application in accordance with the *Immigration Act* and *Immigration Regulations, 1978*. Having sought permanent residence in Canada, the applicants were advised by the Canadian Consulate General in San Francisco that immigration visas could not be issued because their son was medically inadmissible to Canada under subparagraph 19(1)(a)(ii) of the *Immigration Act* due to the fact that he was suffering from Down's syndrome. It was said that his admission would cause excessive demands on Canadian health or social services not by reason of his mental retardation but because he would probably develop Alzheimer's disease. A Federal Court order was issued on November 22, 1989, quashing the decision and forcing the respondents to consider and process the permanent residence application. Subsequent to another medical examination of the boy, psychometric testing was requested. The applicants objected to this on the basis of the Federal Court judgment. The Canadian Consulate General repeated that request, saying that the original medical report was out-

**Chun Fai Wong, Wing Chun Li et Yiu Ting Wong** (*requérants*)

a c.

**Ministre de l'Emploi et de l'Immigration et Secrétaire d'État aux Affaires extérieures** (*intimés*)

*RÉPERTORIÉ: WONG c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)*

Section de première instance, juge en chef adjoint Jerome—Toronto, 17 décembre 1990; Ottawa, 26 février 1991.

*Immigration — Ordonnance judiciaire enjoignant aux intimés d'examiner une demande de résidence permanente — Le requérant, qui est atteint du syndrome de Down (trisomie 21), a été considéré non admissible pour des raisons d'ordre médical aux termes de l'art. 19(1)a)(ii) de la Loi sur l'immigration — Demande de tests psychométriques — Il s'agit de savoir si l'on peut exiger d'autres tests ou si cette question est chose jugée compte tenu de l'ordonnance déjà rendue par la Cour — La question de l'admissibilité n'est pas encore tranchée — Détermination de l'admissibilité fondée sur des évaluations médicales — Le droit d'établissement ne peut être accordé si les conditions préalables ne sont pas satisfaites.*

*Pratique — Res judicata — Immigration — La Cour fédérale a enjoint à des fonctionnaires d'examiner une demande de résidence permanente — Les fonctionnaires ont exigé que le requérant subisse des tests psychométriques — Il s'agit de savoir si l'on pouvait imposer cette condition compte tenu de l'ordonnance déjà rendue par la Cour — L'une des trois conditions préalables à l'application du principe de l'autorité de la chose jugée n'est pas respectée: la question à trancher est différente — Ce principe s'applique-t-il dans le cas d'un différend relevant du droit public?*

Il s'agit d'une requête visant à obtenir un bref de *certiorari* annulant la décision par laquelle les fonctionnaires de l'immigration ont refusé d'examiner une demande de résidence permanente au Canada, et visant à obtenir un bref de *mandamus* enjoignant aux intimés d'examiner la demande en question conformément à la *Loi sur l'immigration* et au *Règlement sur l'immigration de 1978*. Les requérants, qui avaient sollicité la résidence permanente au Canada, ont été informés par le consulat général canadien à San Francisco que des visas d'immigrants ne pouvaient leur être délivrés en raison du fait que leur fils était non admissible au Canada pour des raisons d'ordre médical aux termes du sous-alinéa 19(1)a)(ii) de la *Loi sur l'immigration* en raison du fait qu'il était atteint du syndrome de Down (trisomie 21). On a prétendu que son admission entraînerait un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé du Canada non à cause de sa déficience intellectuelle mais en raison de la probabilité qu'il ait plus tard la maladie d'Alzheimer. La Cour fédérale a prononcé le 22 novembre 1989 une ordonnance annulant la décision et forçant les intimés à examiner la demande de résidence permanente. À la suite d'un autre examen médical du garçon, des tests psycho-

dated and advising that if the information was not provided within a reasonable time, the application would be refused.

The applicants submitted that the November 22, 1989 order subsumed all matters concerning the refusal of the application for permanent residence so that the requirement of further medical testing could not be imposed, the issue being *res judicata*. The respondents replied that psychometric testing would enable the medical officers to assess the boy's admissibility according to the specific terms of the order, adding that the medical information on him was out of date and that it was difficult to determine with accuracy the degree of mental retardation of a child less than five years old. They also pointed out that the doctrine of *res judicata* applies only where there was an adjudication on the merits in the previous action and an identity of issues in both actions; the issue raised in the order of November 22, 1989 was whether the immigration officials' refusal was lawful while the issue in the present motion was whether the request for psychometric testing was valid and reasonable.

*Held*, the application should be dismissed.

The issue was whether the Court order of November 22, 1989 precluded further consideration of medical evidence, specifically psychometric testing, with respect to the boy's admissibility into Canada. As to the application for *certiorari*, the immigration officials' decision and the medical evidence indicated that the finding of inadmissibility under subparagraph 19(1)(a)(ii) was based on a purported connection between Down's syndrome and Alzheimer's disease. The previous Court order was the result of an application, not of an action or a trial, and it did not take into account matters not raised in the application. In addition, the order did not state that the entire medical assessment issue was resolved in favour of the applicants or that further medical assessment, including mental assessment, was not required; it quashed the decision on the basis of the invalid connection between Down's syndrome and Alzheimer's disease and did not resolve the broader issue of admissibility under subparagraph 19(1)(a)(ii).

With respect to the application for *mandamus*, there is some authority for the proposition that the Court could, within the accepted limits of its jurisdiction, circumscribe a public officer's discretion by indicating what factors should or should not be considered; the previous Court order had not limited the factors to be considered in this instance. The Court could not make an order directing the respondents to grant landing if the conditions precedent to this right have not been satisfied. Under sections 19 and 11 of the *Immigration Act*, the admissibility of a person must be determined on the basis *inter alia* of medical assessments, including mental assessments, made by a medical officer upon considering the factors outlined in section 22 of the Regulations. The Court order simply directed the respondents to continue to consider and process the application and deter-

métriques ont été demandés. Les requérants s'y sont opposés en invoquant le jugement de la Cour fédérale. Le consulat général canadien a réitéré la demande en affirmant que le rapport médical initial n'était pas à jour et en précisant que si les renseignements n'étaient pas fournis dans un délai raisonnable, la demande serait rejetée.

Les requérants prétendent que l'ordonnance prononcée le 22 novembre 1989 vide entièrement le débat sur toutes les questions concernant le rejet de la demande de résidence permanente, de sorte qu'on ne peut exiger d'autres tests médicaux, étant donné que la question est chose jugée. Les intimés font valoir que la demande de tests psychométriques permettrait aux médecins d'apprécier l'admissibilité du garçon conformément aux conditions spécifiques de l'ordonnance, ajoutant que les renseignements médicaux le concernant ne sont pas à jour et qu'il est difficile de déterminer avec exactitude le degré du retard mental d'un enfant de moins de cinq ans. Ils soulignent également que le principe de l'autorité de la chose jugée ne s'applique que lorsqu'une décision a été rendue sur le fond dans l'action antérieure et que les questions en litige sont identiques dans les deux actions. La question qui était soulevée dans l'ordonnance du 22 novembre 1989 était celle de savoir si le rejet était licite alors que la question en litige dans la présente requête est celle de savoir si la demande de tests psychométriques est valable et raisonnable.

*Jugement*: la requête devrait être rejetée.

Il s'agit de savoir si l'ordonnance prononcée par la Cour le 22 novembre 1989 empêche d'examiner d'autres preuves médicales, particulièrement des tests psychométriques, en ce qui concerne l'admissibilité du garçon au Canada. Quant à la requête en *certiorari*, il ressort de la décision des fonctionnaires de l'immigration et du témoignage du médecin que la conclusion de non-admissibilité fondée sur le sous-alinéa 19(1)a)(ii) était justifiée par un prétendu lien entre le syndrome de Down et la maladie d'Alzheimer. L'ordonnance antérieure de la Cour faisait suite à une requête et non à une action ou à un procès, et elle ne tient pas compte de questions qui ne sont pas soulevées dans la requête. En outre, il n'est pas déclaré dans l'ordonnance que la question de l'examen médical était entièrement résolue en faveur des requérants ou qu'il n'est pas nécessaire de procéder à d'autres examens médicaux, et notamment à la vérification des facultés mentales. L'ordonnance a annulé la décision sur le fondement d'un lien injustifié entre le syndrome de Down et la maladie d'Alzheimer et elle n'a pas tranché la question plus large de l'admissibilité sous le régime du sous-alinéa 19(1)a)(ii).

En ce qui concerne la requête en *mandamus*, selon une certaine jurisprudence, la Cour pourrait, dans les limites reconnues de sa compétence, limiter le pouvoir discrétionnaire d'un fonctionnaire en précisant les facteurs dont il doit ou ne doit pas tenir compte; l'ordonnance antérieure n'avait pas limité les facteurs dont on devait tenir compte en l'espèce. La Cour ne pourrait prononcer une ordonnance enjoignant aux intimés d'octroyer le droit d'établissement si les conditions préalables à l'exercice de ce droit n'étaient pas satisfaites. Aux termes des articles 19 et 11 de la *Loi sur l'immigration*, l'admissibilité d'une personne doit être fondée notamment sur les examens médicaux, y compris la vérification des facultés mentales; auxquels procède un médecin en tenant compte des facteurs énoncés à l'article 22 du Règlement. L'ordonnance enjoignait

mine whether landing should be granted in accordance with the Act and Regulations.

As to the application of the *res judicata* doctrine, three conditions are required: 1. the same question has been decided; 2. the previous judicial decision is final and 3. the parties to the proceedings must be identical. In the present case, the second and third requirements to create an estoppel are met but the question to be addressed in this proceeding is not the same as that contested before McNair J. The issue of *res judicata* could not therefore be invoked. Finally, there is considerable doubt whether estoppel of record, or *per rem judicatam*, applies in this area of public law in the way that it could in a private dispute.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 355, 1906.  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 8(1), 9(3), 11(1),(2),(3), 19(1)(a)(ii),(2)(d).  
*Immigration Regulations*, 1978, SOR/78-172, s. 22 (as am. by SOR/78-316, s. 2).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Karavos v. Toronto & Gillies*, [1948] 3 D.L.R. 294; [1948] O.W.N. 17 (C.A.); *Jhammat v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 166 (F.C.T.D.); *Re Knowles*, [1938] O.R. 369; [1938] 3 D.L.R. 178 (C.A.).

##### CONSIDERED:

*Poizer et al. v. Ward*, [1947] 4 D.L.R. 316; [1947] 2 W.W.R. 193; (1947), 55 Man. R. 214 (C.A.).

##### REFERRED TO:

*Calder v. Cleland*, [1971] 1 O.R. 667; (1971), 16 D.L.R. (3d) 369 (C.A.); *Pure Spring Co. Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1946] Ex.C.R. 471; [1947] 1 D.L.R. 501; [1946] C.T.C. 171; *Fahlman v. Law Soc. of Alta.*, [1982] 6 W.W.R. 75; 21 Alta. L.R. (2d) 297 (Q.B.); *Angle v. M.N.R.*, [1975] 2 S.C.R. 248; (1974), 47 D.L.R. (3d) 544; 74 DTC 6278; 2 N.R. 397; *Rans Construction (1966) Ltd. v. Canada*, [1988] 1 F.C. 526; [1987] 2 C.T.C. 206; (1987), 87 DTC 5415; 16 F.T.R. 73 (T.D.); *Carl-Zeiss-Stiftung v. Rayner and Keeler, Ltd. (No. 2)*, [1966] 2 All E.R. 536 (H.L.); *Hoystead v. Commissioner of Taxation*, [1926] A.C. 155 (P.C.).

#### AUTHORS CITED

Reid, Robert F. and David, Hillel *Administrative Law and Practice* 2nd ed., Toronto: Butterworths, 1978.

simplement aux intimés de poursuivre l'examen de la demande et de déterminer s'il y avait lieu d'octroyer le droit d'établissement conformément à la Loi et à ses règlements.

Quant à l'application du principe de l'autorité de la chose jugée, trois conditions doivent être réunies. Il faut: 1. que la même question ait été décidée; 2. que la décision judiciaire précédente soit définitive; 3. que les parties à l'action soient identiques. En l'espèce, la deuxième et la troisième conditions exigées pour créer une irrecevabilité sont remplies, mais la question à examiner dans la présente instance est différente de celle qui a été débattue devant le juge McNair. La question de la chose jugée ne peut donc pas être invoquée. Il est fort douteux que l'irrecevabilité résultant de l'autorité de la chose jugée (*estoppel of record* ou *per rem judicatam*) s'applique dans ce domaine du droit public de la manière dont il pourrait s'appliquer dans un différend opposant des particuliers.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 8(1), 9(3), 11(1),(2),(3), 19(1)(a)(ii),(2)(d).  
*Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, art. 22 (mod. par DORS/78-316, art. 2).  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663, Règles 355, 1906.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Karavos v. Toronto & Gillies*, [1948] 3 D.L.R. 294; [1948] O.W.N. 17 (C.A.); *Jhammat c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 166 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Re Knowles*, [1938] O.R. 369; [1938] 3 D.L.R. 178 (C.A.).

##### DÉCISION EXAMINÉE:

*Poizer et al. v. Ward*, [1947] 4 D.L.R. 316; [1947] 2 W.W.R. 193; (1947), 55 Man. R. 214 (C.A.).

##### DÉCISIONS MENTIONNÉES:

*Calder v. Cleland*, [1971] 1 O.R. 667; (1971), 16 D.L.R. (3d) 369 (C.A.); *Pure Spring Co. Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1946] R.C.É. 471; [1947] 1 D.L.R. 501; [1946] C.T.C. 171; *Fahlman v. Law Soc. of Alta.*, [1982] 6 W.W.R. 75; 21 Alta. L.R. (2d) 297 (B.R.); *Angle c. M.R.N.*, [1975] 2 R.C.S. 248; (1974), 47 D.L.R. (3d) 544; 74 DTC 6278; 2 N.R. 397; *Rans Construction (1966) Ltd. c. Canada*, [1988] 1 C.F. 526; [1987] 2 C.T.C. 206; (1987), 87 DTC 5415; 16 F.T.R. 73 (1<sup>re</sup> inst.); *Carl-Zeiss-Stiftung v. Rayner and Keeler, Ltd. (No. 2)*, [1966] 2 All E.R. 536 (H.L.); *Hoystead v. Commissioner of Taxation*, [1926] A.C. 155 (C.P.).

#### DOCTRINE

Reid, Robert F. et David, Hillel, *Administrative Law and Practice*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1978.

## COUNSEL:

*Cecil L. Rotenberg, Q.C.*, for applicants.  
*Marie-Louise Weislo* for respondents.

## SOLICITORS:

*Rotenberg, Martinello, Austin*, Toronto, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.

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

JEROME A.C.J.: This application came on for hearing at Toronto, Ontario on December 17, 1990. By notice of motion dated October 24, 1990 the applicants seek:

1. An order for a writ of *certiorari* quashing the decision of the Immigration officials of the Canadian Consulate General in San Francisco, U.S.A. on the staff of the respondent, Secretary of State for External Affairs, refusing to process the application for permanent residence in Canada of Chun Fai Wong, Wing Chun Li and Yiu Ting Wong unless the applicant, Yiu Ting Wong, submits to psychological/psychiatric assessment; and

2. An order for a writ of *mandamus* directing the respondents to consider and process the application for permanent residence in accordance with the *Immigration Act 1976* [S.C. 1976-77, c. 52] and the *Immigration Regulations, 1978* [SOR/78-172] and to determine, without the requirement for psychological/psychiatric assessment of the applicant, Yiu Ting Wong, whether landing should be granted to Chun Fai Wong, Wing Chun Li and Yiu Ting Wong.

## FACTS

The applicants currently live in Hong Kong. In December, 1986 they made an application for permanent residence in Canada (the "application"). In a letter dated November 27, 1987 from Mr. Brian T. Casey of the Canadian Consulate General in San Francisco, the applicants were advised that immigration visas could not be issued due to the fact that their son, Yiu Ting Wong, who suffers from Down's syndrome, was medically inadmissible to Canada under subparagraph

## AVOCATS:

*Cecil L. Rotenberg, c.r.*, pour les requérants.  
*Marie-Louise Weislo* pour les intimés.

## PROCUREURS:

*Rotenberg, Martinello, Austin*, Toronto, pour les requérants.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimés.

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

LE JUGE EN CHEF ADJOINT JEROME: La présente demande a été entendue à Toronto (Ontario) le 17 décembre 1990. Par avis de requête daté du 24 octobre 1990, les requérants sollicitent:

1. Une ordonnance de bref de *certiorari* annulant la décision par laquelle les fonctionnaires de l'immigration du consulat général canadien à San Francisco (É.-U.A.) qui font partie du personnel de l'intimé, le Secrétaire d'État aux Affaires extérieures, ont refusé d'examiner la demande de résidence permanente au Canada de Chun Fai Wong, de Wing Chun Li et de Yiu Ting Wong à moins que le requérant, Yiu Ting Wong, se soumette à une évaluation psychologique ou psychiatrique;

2. Une ordonnance de bref de *mandamus* enjoignant aux intimés d'examiner la demande de résidence permanente conformément à la *Loi sur l'immigration, 1976* [S.C. 1976-77, chap. 52] et au *Règlement sur l'immigration, 1978* [DORS/78-172] et de déterminer s'il y a lieu d'accorder le droit d'établissement à Chun Fai Wong, à Wing Chun Li et à Yiu Ting Wong sans obliger le requérant, Yiu Ting Wong, à se soumettre à une évaluation psychologique ou psychiatrique.

## LES FAITS

Les requérants vivent présentement à Hong Kong. En décembre 1986, ils ont présenté une demande de résidence permanente au Canada (la «demande»). Dans une lettre datée du 27 novembre 1987, M. Brian T. Casey, du consulat général canadien à San Francisco, a informé les requérants que des visas d'immigrants ne pouvaient leur être délivrés en raison du fait que leur fils, Yiu Ting Wong, qui est atteint du syndrome de Down (trisomie 21), était non admissible au Canada pour des



19(1)(a)(ii) of the *Immigration Act* [now R.S.C., 1985, c. I-2] (the "Act"). The letter indicated that:

In reaching this conclusion our medical officers took into account sections 22(e)(i) and 22(g) of the *Immigration Regulations* 1978. They note that persons with Down's Syndrome have limited intellectual capacity, which affects their employability, and they tend to develop Alzheimer's disease at an earlier age than others. On the basis of this and the medical reports they have received, our medical officers consider that your daughter [sic] . . . has a condition which would cause excessive demands on health or social services and which is not likely to respond to treatment . . .

This decision was based on information provided to the Canadian Consulate General in San Francisco by Dr. M.J. Ferrari, medical officer, Health & Welfare Canada, in a telex dated November 3, 1987 sent:

IMM REGULATIONS SECTION R.22(e)(i) & (g) APPLY PERSONS WITH DOWN'S SYNDROME HAVE LIMITED INTELLECTUAL CAPACITY AFFECTING EMPLOYABILITY

ALSO TEND TO DEVELOP ALZHEIMER'S AT AN EARLIER AGE THAN OTHERS.

The applicants brought a motion pursuant to section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] [see Court file T-237-89] to quash the decision of November 27, 1987 and to direct the respondents to consider and process the application in accordance with the Act and Regulations. In response to this motion, the respondents filed an affidavit of Dr. Ferrari, sworn April 4, 1989, wherein she stated *inter alia* that her opinion that Yiu Ting Wong's admission would cause excessive demands on Canadian social services was based upon the probability that he would develop Alzheimer's disease and not on the basis of his mental retardation. The applicants also filed affidavits of Dr. H.J. Karlinsky dated August 10 and September 13, 1989 which challenged the view that individuals with Down's syndrome universally develop Alzheimer's disease.

Counsel for the applicants and the respondents appeared before Mr. Justice McNair on Novem-

aisons d'ordre médical aux termes du sous-alinéa 19(1)a)(ii) de la *Loi sur l'immigration* [maintenant L.R.C. (1985), chap. I-2] (la «Loi»). La lettre portait:

a [TRADUCTION] Pour en arriver à cette conclusion, nos médecins ont tenu compte du sous-alinéa 22e)(i) et de l'alinéa 22g) du Règlement sur l'immigration de 1978. Ils font remarquer que les personnes ayant le syndrome de Down (trisomie 21) ont des aptitudes intellectuelles limitées, ce qui compromet leur employabilité, et qu'elles sont sujettes à la maladie d'Alzheimer à un âge plus précoce que le reste de la population. Pour cette raison et sur le fondement des rapports médicaux qu'ils ont reçus, nos médecins estiment que l'état de votre fille [sic] . . . entraînerait un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé et qu'elle risquerait de ne pas répondre aux traitements . . .

c Cette décision était fondée sur des renseignements fournis au consulat général canadien de San Francisco par le docteur M.J. Ferrari, de Santé et Bien-être social Canada, dans un télex daté du 3 novembre 1987, dont voici le texte:

d [TRADUCTION] LE SOUS-AL. 22e)(i) ET L'AL. 22g) DU RÉGL. SUR L'IMM. S'APPLIQUENT. LES PERSONNES AYANT LE SYNDROME DE DOWN (TRISOMIE 21) ONT DES APTITUDES INTELLECTUELLES LIMITÉES, CE QUI COMPROMET LEUR EMPLOYABILITÉ

e ELLES SONT ÉGALEMENT SUJETTES À LA MALADIE D'ALZHEIMER À UN ÂGE PLUS PRÉCOCE QUE LE RESTE DE LA POPULATION.

Les requérants ont présenté une requête fondée sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7] [voir n° du greffe T-237-89] pour faire annuler la décision du 27 novembre 1987 et pour faire enjoindre aux intimés d'examiner la demande conformément à la Loi et à ses règlements. En réponse à cette requête, les intimés ont produit un affidavit souscrit le 4 avril 1989 par le docteur Ferrari, dans lequel cette dernière affirme notamment que l'avis qu'elle avait émis suivant lequel l'admission de Yiu Ting Wong entraînerait un fardeau excessif pour les services sociaux du Canada était fondé sur la probabilité qu'il ait la maladie d'Alzheimer et non sur sa déficience intellectuelle. Les requérants ont également produit des affidavits souscrits le 10 août et le 13 septembre 1989 par le docteur H.J. Karlinsky dans lesquels ce dernier conteste l'opinion voulant que les personnes ayant le syndrome de Down soient universellement sujettes à la maladie d'Alzheimer.

j Les avocats des requérants et des intimés ont comparu devant le juge McNair le 20 novembre

ber 20, 1989. Upon his direction, an order was drafted by the applicants and "approved as to content" by the respondents. The order was issued on November 22, 1989 as follows:

(i) the decision of the immigration officials of the Canadian Consulate in San Francisco, U.S.A. on the staff of the respondent, Secretary of State for External Affairs, in which the application for permanent residence in Canada of Chun Fai Wong, Wing Chun Li and Yiu Ting Wong was refused is quashed;

(ii) the respondents shall consider and process the application for permanent residence of Chun Fai Wong, Wing Chun Li and Yiu Ting Wong in accordance with the Immigration Act, Immigration Regulations and the law, and

(iii) the respondents shall determine in accordance with the law, whether or not it would be contrary to the said Immigration Act, Immigration Regulations and the law to grant landing to Chun Fai Wong, Wing Chun Li and Yiu Ting Wong;

(iv) the applicants shall be awarded costs.

Subsequent to the order, Yiu Ting Wong underwent another medical examination in Toronto on April 24, 1990. The medical report provided by Dr. Kline indicated that Yiu Ting Wong suffered from Down's syndrome and mental retardation, that he displayed mental and genetic or familial disorders, and that he had a mental development of "below normal". By letter dated August 15, 1990 Dr. Ferrari requested that Dr. Kline make arrangements to provide a full report of psychometric testing. Counsel for the applicants objected to this request on September 4, 1990 submitting that the Down's syndrome condition of the child "is a non-issue in view of the Federal Court judgment". Counsel stated:

If updated background reports are satisfactory, and if updated medical reports in respect of the family are also satisfactory, with the exception only of the Down's Syndrome, then we believe that all requirements for immigration to Canada have been met by this family and that visas should be issued forthwith.

Mr. Brian Casey of the Canadian Consulate General repeated the request for psychometric testing in a letter dated September 19, 1990. He indicated that "[a]lthough similar information would have been submitted with the original medical report, that information requires updating because it is now more than 3 years old and significant changes may have taken place since then". He advised that "[i]f the information is not

1989. Sur son ordre, les requérants ont rédigé une ordonnance dont les intimés ont «approuvé la teneur». Voici le texte de l'ordonnance qui a été rendue le 22 novembre 1989:

a [TRADUCTION] La cour: (i) Annule la décision par laquelle les fonctionnaires de l'immigration du consulat canadien à San Francisco (É.-U.A.) qui font partie du personnel de l'intimé, le Secrétaire d'État aux Affaires extérieures, ont rejeté la demande de résidence permanente au Canada de Chun Fai Wong, de Wing Chun Li et de Yiu Ting Wong;

b (ii) Ordonne aux intimés d'examiner la demande de résidence permanente au Canada de Chun Fai Wong, de Wing Chun Li et de Yiu Ting Wong conformément à la Loi sur l'immigration, au Règlement sur l'immigration et à la loi;

(iii) Ordonne aux intimés de déterminer conformément à la loi si le fait d'octroyer le droit d'établissement à Chun Fai Wong, à Wing Chun Li et à Yiu Ting Wong contreviendrait ou non à la Loi sur l'immigration, au Règlement sur l'immigration et à la loi;

(iv) Adjuge les dépens aux requérants.

d À la suite de l'ordonnance, Yiu Ting Wong a subi un autre examen médical à Toronto le 24 avril 1990. Dans le rapport médical qu'il a fourni, le docteur Kline a précisé que Yiu Ting Wong était atteint du syndrome de Down et de déficience intellectuelle, qu'il présentait des troubles mentaux ainsi que des troubles d'origine génétique ou héréditaire, et que son développement mental était [TRADUCTION] «inférieur à la moyenne». Par une lettre datée du 15 août 1990, le docteur Ferrari a demandé au docteur Kline de prendre des dispositions pour fournir une étude psychométrique complète. L'avocat des requérants s'est opposé à cette demande le 4 septembre 1990 en faisant valoir que le syndrome de Down de l'enfant [TRADUCTION] g «est une question non pertinente compte tenu du jugement de la Cour fédérale». L'avocat a déclaré:

[TRADUCTION] En admettant que les rapports les plus récents sur les antécédents soient satisfaisants et que les rapports médicaux les plus récents concernant la famille soient également satisfaisants, nous estimons que, à la seule exception du syndrome de Down, cette famille satisfait à toutes les exigences en matière d'immigration au Canada et que des visas devraient être délivrés sans délai.

M. Brian Casey du consulat général canadien a réitéré la demande de tests psychométriques dans une lettre datée du 19 septembre 1990. Il a déclaré que [TRADUCTION] «même si des renseignements analogues auraient été présentés avec le rapport médical initial, il est nécessaire de mettre ces renseignements à jour, étant donné que plus de trois années se sont écoulées et que des changements importants ont pu se produire depuis». Il a

provided within a reasonable period of time we would have no choice but to refuse the application under subsection 9(3) and paragraph 19(2)(d) of the Act.”

The applicants have brought this motion seeking to quash the request for psychometric testing and to direct the respondents to consider and process the application in accordance with the Act and Regulations, without the requirement for psychological/psychiatric assessment of Yiu Ting Wong.

#### ARGUMENT

The applicants submit that the order of Mr. Justice McNair dated November 22, 1989 (the “order”) subsumes all matters that were argued or could have been argued with respect to the refusal of the application for permanent residence dated November 27, 1987. The refusal quashed by the order was based on the ground that the dependant son came within subparagraph 19(1)(a)(ii) as he has a condition which will cause or may reasonably be expected to cause excessive demands on health and social services. The applicants submit that the order precludes the respondents from proceeding to further examine on the issue of medical refusal. The decision to submit Yiu Ting Wong to further medical testing, therefore, is a determination on an issue that is *res judicata*. The applicants also state that the order was not on consent and that, in any event, this would not affect the fact that the request for psychometric testing was rendered *res judicata* by the order.

The respondents argue that the request for psychometric tests will enable the medical officers to assess the admissibility of Yiu Ting Wong and that it is in accordance with the specific terms of the order. The Act provides that every immigrant shall undergo a “medical examination” which includes a “mental examination”. The Regulations prescribe the factors that a medical officer must consider in determining whether the admission of a person would or might reasonably be expected to cause excessive demands on health or social services. These factors include the nature, severity

précisé que [TRADUCTION] «si les renseignements ne sont pas fournis dans un délai raisonnable, nous n’aurons d’autre choix que de rejeter la demande en vertu du paragraphe 9(3) et de l’alinéa 19(2)d) de la Loi».

Les requérants ont introduit la présente requête dans le but de faire annuler la demande de tests psychométriques et de faire enjoindre aux intimés d’examiner la demande conformément à la Loi et à ses règlements, sans que Yiu Ting Wong soit tenu de se soumettre à un examen psychologique ou psychiatrique.

#### PRÉTENTIONS ET MOYENS DES PARTIES

Les requérants prétendent que l’ordonnance prononcée le 22 novembre 1989 par le juge McNair (l’ordonnance) vide entièrement le débat sur toutes les questions qui ont été débattues ou qui auraient pu l’être relativement à la décision du 27 novembre 1987 par laquelle la demande de résidence permanente a été rejetée. Le rejet annulé par l’ordonnance était fondé sur le fait que le fils à charge de ses parents tombait sous le coup du sous-alinéa 19(1)a)(ii), étant donné que son état entraînerait ou risquerait d’entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé. Les requérants soutiennent que l’ordonnance empêche les intimés de poursuivre l’examen de la question du rejet fondé sur des raisons d’ordre médical. La décision de soumettre Yiu Ting Wong à d’autres tests médicaux constitue donc une décision sur une question qui est chose jugée. Les requérants affirment également que l’ordonnance n’a pas été prononcée par consentement et que de toute façon cela n’aurait aucune incidence sur le fait que la demande de tests psychométriques est devenue chose jugée par suite de l’ordonnance.

Les intimés font valoir que la demande de tests psychométriques permettra aux médecins d’apprécier l’admissibilité de Yiu Ting Wong et qu’elle est conforme aux conditions spécifiques de l’ordonnance. La Loi prévoit que tous les immigrants sont astreints à une «visite médicale», laquelle comprend une «vérification des facultés mentales». Le Règlement prescrit les facteurs dont le médecin doit tenir compte afin de pouvoir déterminer si l’admission d’une personne entraînerait ou risquerait d’entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé. Parmi ces facteurs, men-

and possible duration of any disability or other health impairment from which the person is suffering. The respondents state that the medical information concerning Yiu Ting Wong is out of date and that it is difficult to determine with accuracy the degree of mental retardation in a child less than five years of age [Yiu Ting Wong was 2 and 4 years old when he was initially examined in 1984 and 1986 respectively]. Therefore, psychometric tests are required to enable a current and complete evaluation to be made of the degree and severity of Yiu Ting Wong's mental condition. The respondents submit that, based on the information presently available, Dr. Ferrari will not be able to make a valid and complete conclusion on his medical admissibility. The visa officer then will not be able to make a proper decision on the application in accordance with the requirements of the Act and Regulations. Therefore, because the request is a necessary part of the process of determining whether to grant landing to the applicants, it is reasonable, justified and in accordance with the order.

The respondents submit that the doctrine of *res judicata* only applies where there is an adjudication on the merits in the previous action and an identity of issues in both actions. Since the order was on consent and did not result from an adjudication on the merits, they refer to the comments of Lacourcière, J. in *Calder v. Cleland*, [1971] 1 O.R. 667 (C.A.), at page 668:

I am unable to accept the defendant's submission that estoppel, based on the consent judgment for possession, constitutes a full defence to this action. After the divorce, the wife, through her solicitor, consented to a judgment granting possession of the property to her husband. Clearly this consent could not determine the matter of title and cannot be conclusive in any way.

The respondents submit that the refusal was based solely on the purported connection between Down's syndrome and Alzheimer's disease. Thus, the order simply negates the refusal on this basis and is only effective to this extent. They also point out that the issue before Mr. Justice McNair was whether the refusal of November 27, 1987 was lawful and the issue in the present motion is

tionnons la nature, la gravité ou la durée probable de l'invalidité ou de la maladie dont souffre la personne en question. Les intimés affirment que les renseignements médicaux concernant Yiu Ting Wong ne sont pas à jour et qu'il est difficile de déterminer avec exactitude le degré du retard mental d'un enfant de moins de cinq ans [Yiu Ting Wong était respectivement âgé de 2 et de 4 ans lorsqu'il a été examiné pour la première fois en 1984 et en 1986]. Par conséquent, il est nécessaire de procéder à des tests psychométriques pour pouvoir effectuer une évaluation complète du degré et de la sévérité de l'état mental actuel de Yiu Ting Wong. Les intimés soutiennent que, d'après les renseignements dont ils disposent présentement, le docteur Ferrari ne sera pas en mesure de se prononcer de façon valable et complète sur son admissibilité médicale. L'agent des visas ne pourra donc pas rendre une décision bien fondée sur la demande en conformité avec la Loi et ses règlements. En conséquence, parce qu'elle fait nécessairement partie du processus de prise de décision relative à l'octroi du droit d'établissement aux requérants, la demande est raisonnable, justifiée et conforme à l'ordonnance.

Les intimés soutiennent que le principe de l'autorité de la chose jugée ne s'applique que lorsqu'une décision a été rendue sur le fond dans l'action antérieure et que les questions en litige sont identiques dans les deux actions. Étant donné que l'ordonnance a été rendue par consentement et qu'elle ne fait pas suite à une décision rendue sur le fond, ils citent les propos formulés par le juge Lacourcière dans l'arrêt *Calder v. Cleland*, [1971] 1 O.R. 667 (C.A.), à la page 668:

[TRADUCTION] Je ne puis retenir la prétention de la défenderesse suivant laquelle le moyen d'irrecevabilité tiré du jugement convenu d'envoi en possession constitue un moyen de défense absolu à la présente action. Après le divorce, l'épouse a, par l'entremise de son procureur, consenti à un jugement accordant la possession de l'immeuble à son mari. De toute évidence, ce consentement ne devrait pas trancher la question du titre et n'est nullement concluant.

Les intimés affirment que le rejet était uniquement fondé sur le prétendu lien entre le syndrome de Down (trisomie 21) et la maladie d'Alzheimer. Ainsi donc, l'ordonnance annule le refus sur ce seul fondement et n'est exécutoire que dans cette mesure. Ils soulignent également que la question dont était saisie le juge McNair était celle de savoir si le rejet du 27 novembre 1987 était licite

whether the request for psychometric testing of Yiu Ting Wong is a valid and reasonable request in the course of evaluating the application for permanent residence to determine whether to grant landing.

#### LAW

The statutory provisions relevant to this motion are subsections 8(1), 11(1), 11(2) and 11(3), and subparagraph 19(1)(a)(ii) of the Act and section 22 [as am. by SOR/78-316, s. 2] of the Regulations:

**8. (1)** Where a person seeks to come into Canada, the burden of proving that that person has a right to come into Canada or that his admission would not be contrary to this Act or the regulations rests on that person.

**11. (1)** Every immigrant and every visitor of a prescribed class shall undergo a medical examination by a medical officer.

(2) Every visitor and every person in possession of a permit who, in the opinion of an immigration officer or adjudicator, may be a member of the inadmissible class described in paragraph 19(1)(a) may be required by the immigration officer or adjudicator to undergo a medical examination by a medical officer.

(3) For the purposes of this section, medical examination includes a mental examination, a physical examination and a medical assessment of records respecting a person.

**19. (1)** No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

(a) persons who are suffering from any disease, disorder, disability or other health impairment as a result of the nature, severity or probable duration of which, in the opinion of a medical officer concurred in by at least one other medical officer,

(ii) their admission would cause or might reasonably be expected to cause excessive demands on health or social services.

**22.** For the purpose of determining ... whether the admission of any person would cause or might reasonably be expected to cause excessive demands on health or social services, the following factors shall be considered by a medical officer in relation to the nature, severity or probable duration of any disease, disorder, disability or other health impairment from which the person is suffering, namely,

(a) any reports made by a medical practitioner with respect to that person;

et que la question en litige dans la présente requête est celle de savoir si la demande de tests psychométriques de Yiu Ting Wong constitue une demande qui peut valablement et raisonnablement être faite dans le cadre de l'appréciation de la demande de résidence permanente pour déterminer s'il y a lieu d'octroyer le droit d'établissement.

#### LA LOI

Les dispositions législatives applicables à la présente requête sont les paragraphes 8(1), 11(1), 11(2) et 11(3) et le sous-alinéa 19(1)a)(ii) de la Loi et l'article 22 [mod. par DORS/78-316, art. 2] du Règlement:

**8. (1)** Il incombe à quiconque cherche à entrer au Canada de prouver qu'il en a le droit ou que le fait d'y être admis ne contreviendrait pas à la présente loi ni à ses règlements.

**11. (1)** Sont astreints à la visite, effectuée par un médecin agréé, tous les immigrants, ainsi que les visiteurs de certaines catégories visées par règlement.

L'agent d'immigration ou l'arbitre peut imposer la visite médicale prévue au paragraphe (1) aux visiteurs et titulaires de permis qu'il soupçonne d'appartenir à la catégorie non admissible visée à l'alinéa 19(1)a).

Pour l'application du présent article, la visite médicale comprend la vérification des facultés physiques et mentales ainsi que l'étude, sur le plan médical, des dossiers concernant l'intéressé.

**19. (1)** Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible:

a) celles qui souffrent d'une maladie ou d'une invalidité dont la nature, la gravité ou la durée probable sont telles qu'un médecin agréé, dont l'avis est confirmé par au moins un autre médecin agréé, conclut:

(ii) soit que leur admission entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé.

Afin de pouvoir déterminer ... si l'admission d'une personne entraînerait ou pourrait entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé, un médecin doit tenir compte des facteurs suivants, en fonction de la nature, de la gravité ou de la durée probable de la maladie, du trouble, de l'invalidité ou de toute autre incapacité pour raison de santé dont souffre la personne en question, à savoir:

a) tout rapport ayant trait à la personne en question rédigé par un médecin;

(e) whether the supply of health or social services that the person may require in Canada is limited to such an extent that

(i) the use of such services by the person might reasonably be expected to prevent or delay provision of those services to Canadian citizens or permanent residents; or

(ii) the use of such services may not be available or accessible to the person;

(f) whether medical care or hospitalization is required;

(g) whether potential employability or productivity is affected; and

(h) whether prompt and effective medical treatment can be provided.

#### ANALYSIS

The applicants contend that, by the doctrine of *res judicata*, the psychometric testing of Yiu Ting Wong is prohibited. There is no allegation here of contempt under Rule 355 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] or of non-compliance with an order of *mandamus* under Rule 1906. This application seeks rather to quash the decision to request psychometric testing of Yiu Ting Wong and to direct the respondents to process the application in accordance with the Act and Regulations without such tests. Nevertheless, the basis of the application is that psychometric testing does not comply with the order, that it is not in accordance with the Act and Regulations, and that indeed, by the doctrine of *res judicata*, it is prohibited.

The issue then is whether the order of Mr. Justice McNair precludes further consideration of medical evidence, specifically psychometric testing, with respect to Yiu Ting Wong's admissibility into Canada.

#### 1. Order of *certiorari* quashing the decision of November 27, 1987.

The decision of November 27, 1987 and the evidence of Dr. Ferrari indicates that Yiu Ting Wong was found to be inadmissible under subparagraph 19(1)(a)(ii) because of the purported connection between Down's syndrome and Alzheimer's disease. The affidavit evidence of Dr. Karlinsky dealt specifically with the question of whether this connection was valid. It therefore appears that the specific issue addressed in Court

e) si la prestation de services sociaux ou de santé dont cette personne peut avoir besoin au Canada est limitée au point

(i) qu'il y a tout lieu de croire que l'utilisation de ces services par cette personne pourrait empêcher ou retarder la prestation des services en question aux citoyens canadiens ou aux résidents permanents, ou

(ii) qu'il est possible qu'on ne puisse offrir ces services ou que ceux-ci ne soient pas accessibles à la personne visée;

f) si des soins médicaux ou l'hospitalisation s'impose;

g) si l'employabilité ou la productivité éventuelle de l'intéressé est compromise; et

h) si un traitement médical prompt et efficace peut être fourni.

#### c ANALYSE

Les requérants prétendent que, suivant le principe de l'autorité de la chose jugée, il est interdit de faire subir des tests psychométriques à Yiu Ting Wong. Il n'y a pas en l'espèce d'allégation d'outrage fondée sur la Règle 355 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663] ou du défaut de se conformer à une ordonnance de *mandamus* au sens de la Règle 1906. La présente requête vise plutôt à faire annuler la décision ordonnant de soumettre Yiu Ting Wong à des tests psychométriques et enjoignant aux intimés d'examiner la requête conformément à la Loi et à ses règlements sans les tests en question. Quoi qu'il en soit, les moyens invoqués au soutien de la requête sont que les tests psychométriques ne respectent pas l'ordonnance, qu'ils ne sont pas conformes à la Loi et à ses règlements et qu'en fait, suivant le principe de l'autorité de la chose jugée, ils sont interdits.

Il s'agit donc de savoir si l'ordonnance du juge McNair empêche de poursuivre l'étude de la preuve médicale, particulièrement des tests psychométriques, en ce qui concerne l'admissibilité de Yiu Ting Wong au Canada.

#### 1. L'ordonnance de *certiorari* annulant la décision du 27 novembre 1987.

Il ressort de la décision du 27 novembre 1987 et du témoignage du docteur Ferrari que Yiu Ting Wong a été jugé non admissible en vertu du sous-alinéa 19(1)a)(ii) en raison d'un prétendu lien entre le syndrome de Down et la maladie d'Alzheimer. La déposition présentée sous forme d'affidavit du docteur Karlinsky traitait précisément de la question de savoir si ce lien était justifié. Il semble donc que la question précise qui a été abordée dans

file T-237-89 was whether this connection rendered the decision invalid. It is also important to note that the order was the result of an application and not the result of an action or a trial. Therefore, contrary to the applicants' assertions, the order does not take into account matters not raised in the application, i.e. those that the applicants submit should have been or logically could have been dealt with at the time. In addition, the order simply does not state that the entire medical assessment issue was resolved in favour of the applicants or that further medical assessment, including mental assessment, is not required. I conclude then that the order quashed the decision based on the invalid connection between Down's syndrome and Alzheimer's disease and that it did not resolve the broader issue of the admissibility of Yiu Ting Wong under subparagraph 19(1)(a)(ii).

2. Order of *mandamus* directing the respondents to consider and process the application and to determine whether the grant of landing would be contrary to the Act and Regulations.

In *Poizer et al. v. Ward*, [1947] 4 D.L.R. 316 (Man. C.A.), Mr. Justice Bergman considered the nature of a *mandamus* order. Referring *inter alia* to the comments of Mr. Justice Thorson in *Pure Spring Co. Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1946] Ex.C.R. 471, he determined that [at page 324]:

Speaking generally, while *mandamus* lies to compel the exercise of a discretion, the Court has no power to compel the exercise of a discretion in a particular way: 7 C.E.D. (Ont.), p. 130; *Holmestead & Langton*, 5th ed., p. 75; 9 Hals., 2nd ed., p. 764; 38 Corp. Jur., p. 593; *R. v. Army Council*, [1917] 2 K.B. 504 at p. 510. This rule is stated concisely in *Short & Mellor's Crown Practice*, 2nd ed., p. 212, as follows: "A *mandamus* is never granted directing an act to be performed in a particular manner, not expressly required by law. A *mandamus* goes to set a tribunal in motion, but not to prescribe the way in which they shall do any particular act." [Emphasis added.]

Similarly, I note that in Robert F. Reid and Hillel David's, *Administrative Law and Practice*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1978), the learned authors have stated at page 403 that:

le dossier T-237-89 était celle de savoir si ce lien invalidait la décision. Il est également important de noter que l'ordonnance faisait suite à une requête et non à une action ou à un procès. Par conséquent, contrairement à ce que prétendent les requérants, l'ordonnance ne tient pas compte de questions qui ne sont pas soulevées dans la requête, c'est-à-dire, de celles qui, selon ce qu'affirment les requérants, auraient dû ou auraient logiquement pu être abordées à ce moment-là. En outre, il n'est tout simplement pas déclaré dans l'ordonnance que la question de l'examen médical a été entièrement résolue en faveur des requérants ou qu'il n'est pas nécessaire de procéder à d'autres examens médicaux, et notamment à la vérification des facultés mentales. J'en conclus donc que l'ordonnance a annulé la décision sur le fondement d'un lien injustifié entre le syndrome de Down et la maladie d'Alzheimer et qu'elle n'a pas tranché la question plus large de l'admissibilité de Yiu Ting Wong sous le régime du sous-alinéa 19(1)(a)(ii).

2. L'ordonnance de *mandamus* enjoignant aux intimés d'examiner la demande et de déterminer si l'octroi du droit d'établissement contreviendrait à la Loi et à ses règlements.

Dans l'arrêt *Poizer et al. v. Ward*, [1947] 4 D.L.R. 316 (C.A. Man.), le juge Bergman a examiné la nature de l'ordonnance de *mandamus*. Citant notamment les propos formulés par le juge Thorson dans l'arrêt *Pure Spring Co. Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1946] R.C.É. 471, il s'est exprimé comme suit [à la page 324]:

[TRADUCTION] En règle générale, bien qu'un bref de *mandamus* puisse être décerné pour forcer quelqu'un à exercer un pouvoir discrétionnaire, la Cour n'a pas le pouvoir de contraindre cette personne à exercer ce pouvoir discrétionnaire d'une façon déterminée: 7 C.E.D. (Ont.), p. 130; *Holmestead & Langton*, 5th ed., p. 75; 9 Hals., 2nd ed., p. 764; 38 Corp. Jur., p. 593; *R. v. Army Council*, [1917] 2 K.B. 504, à la p. 510. Le principe est exposé avec concision dans *Short & Mellor's Crown Practice*, 2nd ed., p. 212, dans les termes suivants: [TRADUCTION] «Un bref de *mandamus* n'est jamais accordé dans le but d'ordonner qu'un acte soit accompli d'une façon particulière qui n'est pas expressément exigée par la loi. Le *mandamus* sert à engager le processus judiciaire, mais non à prescrire la façon dont un acte déterminé doit être accompli.» [C'est moi qui souligne.]

De même, je constate que dans leur ouvrage *Administrative Law and Practice*, 2e éd. (Toronto, Butterworths, 1978), les éminents auteurs Robert F. Reid et Hillel David déclarent, à la page 403:

*Mandamus* lies to compel the performance of a public duty, but, where the duty involves the exercise of discretion, not so as to compel a particular result.

There is some authority for the proposition that the Court could, within the accepted limits of its jurisdiction, circumscribe a public officer's discretion by indicating what factors should or should not be considered; *Fahlman v. Law Soc. of Alta.*, [1982] 6 W.W.R. 75 (Q.B.), at page 82. Assuming then that Mr. Justice McNair could have limited the factors to be considered in this instance, it is clear that he did not do so.

In *Karavos v. Toronto & Gillies*, [1948] 3 D.L.R. 294, at page 300, Laidlaw, J.A. for the Ontario Court of Appeal, allowed the appeal from an order by way of *mandamus* directing a municipal building inspector to issue a permit to the appellant, stating:

*Mandamus* does not lie against the Inspector of Buildings to do an act prohibited by law, and it cannot be presumed that the conditions precedent to his right and duty to issue a permit have been satisfied.

Similarly, here, the Court could not make an order directing the respondents to grant landing if the conditions precedent to this right have not been satisfied. Section 19 clearly states that the admissibility of a person must be determined. This determination will be based *inter alia* on medical assessments, including mental assessments, under section 11 made by a medical officer upon considering the factors outlined in section 22 of the Regulations. Section 8 imposes a burden on the applicant to demonstrate that his or her admission would not be contrary to the Act or Regulations and the order of Mr. Justice McNair in this instance does not operate to reverse or dispense with that burden.

In my opinion then, the order simply quashed the refusal based on the invalid connection between Down's syndrome and Alzheimer's disease and directed the respondents to continue to consider and process the application and determine whether landing should be granted in accordance

[TRADUCTION] Un bref de *mandamus* peut être décerné pour forcer quelqu'un à s'acquitter d'une obligation de nature publique, mais lorsque cette obligation comporte l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, on ne peut avoir recours au bref de *mandamus* pour obtenir par la force un résultat déterminé.

<sup>a</sup> Selon une certaine jurisprudence, la Cour pourrait, dans les limites reconnues de sa compétence, limiter le pouvoir discrétionnaire d'un fonctionnaire en précisant les facteurs dont il doit ou ne doit pas tenir compte; *Fahlman v. Law Soc. of Alta.*, [1982] 6 W.W.R. 75 (B.R.), à la page 82. En conséquence, si l'on présume que le juge McNair aurait pu limiter les facteurs dont il fallait tenir compte en l'espèce, il est évident qu'il ne l'a pas fait.

<sup>b</sup> Dans l'arrêt *Karavos v. Toronto & Gillies*, [1948] 3 D.L.R. 294, à la page 300, le juge Laidlaw de la Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel interjeté d'une ordonnance de bref de *mandamus* enjoignant à un inspecteur municipal des bâtiments de délivrer un permis à l'appelant. Le juge a déclaré:

<sup>c</sup> [TRADUCTION] Un bref de *mandamus* ne peut être décerné à l'encontre de l'inspecteur des bâtiments pour le forcer à accomplir un acte interdit par la loi, et l'on ne peut présumer que les conditions préalables à l'exercice de son droit et de son obligation de délivrer le permis ont été satisfaites.

<sup>d</sup> De la même façon, en l'espèce, la Cour ne pourrait prononcer une ordonnance enjoignant aux intimés d'octroyer le droit d'établissement si les conditions préalables à l'exercice de ce droit n'ont pas été satisfaites. L'article 19 déclare en termes nets que l'admissibilité d'une personne doit être déterminée. Cette détermination sera fondée notamment sur les examens médicaux, et notamment sur la vérification des facultés mentales, auxquels procède un médecin agréé en vertu de l'article 11 en tenant compte des facteurs énoncés à l'article 22 du Règlement. L'article 8 dispose qu'il incombe au requérant de démontrer que son admission ne contreviendrait ni à la Loi ni à ses règlements et l'ordonnance prononcée par le juge McNair en l'espèce n'a pas pour effet d'inverser la charge de cette preuve ou de l'écarter.

<sup>e</sup> Je suis donc d'avis que l'ordonnance a simplement annulé le rejet sur le fondement d'un lien injustifié entre le syndrome de Down et la maladie d'Alzheimer et a enjoint aux intimés de poursuivre l'examen de la demande et de déterminer s'il y a lieu d'octroyer le droit d'établissement conformément



with the Act and Regulations. Even if the order could have had a broader effect, I find that it does not.

In my opinion then, this is sufficient to conclude the matter. However, the applicants have delivered extensive argument on the issue of whether the decision to request psychometric testing is *res judicata* and that deserves comment.

#### RES JUDICATA

The doctrine of *res judicata* is a form of estoppel and derives from the principle that no court shall try any suit or issue if the same matters in issue have been heard and finally decided in a suit between the same parties before a Court competent to try such suit. It is a fundamental doctrine requiring that there be an end to litigation.

Estoppel *per rem judicatam* has two species: cause of action estoppel and issue estoppel. There are three elements of the issue estoppel species of *res judicata*: 1. the same question has been decided; 2. the previous judicial decision is final; and 3. the parties to the proceedings must be identical: *Angle v. M.N.R.*, [1975] 2 S.C.R. 248, at pages 254-255; *Rans Construction (1966) Ltd. v. Canada*, [1988] 1 F.C. 526 (T.D.), at page 529; *Carl-Zeiss-Stiftung v. Rayner and Keeler, Ltd. (No. 2)*, [1966] 2 All E.R. 536 (H.L.), at page 550.

Here, the second and third requirements to create an estoppel are clearly met. The parties to this proceeding and the proceeding before Mr. Justice McNair, are the same and the order dated November 22, 1989 is a final "judicial decision." However, the dispute is whether the question to be addressed in this proceeding is the same as that contested before Mr. Justice McNair. The question out of which the estoppel is said to arise must have been "fundamental to the decision arrived at" in the earlier proceedings: Dickson J. [as he then was] in *Angle* at pages 255-256 *per* Lord Shaw in

ment à la Loi et à ses règlements. Même si l'ordonnance aurait pu avoir un effet plus étendu, je conclus que ce n'est pas le cas.

<sup>a</sup> Je suis donc d'avis que cela suffit pour clore le débat. Cependant, les requérants ont formulé des prétentions détaillées sur la question de savoir si la décision ordonnant les tests psychométriques était chose jugée, et cela mérite certains commentaires.

#### <sup>b</sup> LA CHOSE JUGÉE

<sup>c</sup> Le principe de l'autorité de la chose jugée est une forme d'irrecevabilité qui découle du principe interdisant à tout tribunal d'instruire un procès ou une question lorsque les mêmes questions en litige ont été entendues et tranchées de façon définitive dans un procès opposant les mêmes parties devant un tribunal compétent pour instruire ce procès. C'est un principe fondamental qui exige que les <sup>d</sup> litiges aient une fin.

<sup>e</sup> Il y a deux sortes d'irrecevabilité résultant de l'autorité de la chose jugée (*estoppel per rem judicatam*): l'irrecevabilité résultant de l'identité des causes d'action (*cause of action estoppel*) et l'irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige (*issue estoppel*). Trois conditions doivent être réunies pour qu'il y ait *issue estoppel*. Il faut: 1. que la même question ait été décidée; 2. que la décision judiciaire précédente soit définitive; 3. que les parties à l'action soient identiques: *Angle c. M.R.N.*, [1975] 2 R.C.S. 248, aux pages 254 et 255; *Rans Construction (1966) Ltd. c. Canada*, [1988] 1 C.F. 526 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 529; <sup>g</sup> *Carl-Zeiss-Stiftung v. Rayner and Keeler, Ltd. (No. 2)*, [1966] 2 All E.R. 536 (H.L.), à la page 550.

<sup>h</sup> En l'espèce, la deuxième et la troisième conditions exigées pour créer une irrecevabilité sont de toute évidence remplies. Les parties à la présente instance et à celle qui s'est déroulée devant le juge McNair sont identiques, et l'ordonnance du 22 novembre 1989 est une «décision judiciaire» définitive. Toutefois, le différend porte sur la question de savoir si la question à examiner dans la présente instance est identique à celle qui a été débattue devant le juge McNair. La question qui est censée donner lieu à l'irrecevabilité doit avoir été «fondamentale à la décision à laquelle on est arrivé» dans l'affaire antérieure (le juge Dickson [tel était alors son titre] dans l'arrêt *Angle*, aux pages 255 et 256,

*Hoystead v. Commissioner of Taxation*, [1926] A.C. 155 (P.C.). If not, there is no estoppel.

I find that the issues are not the same, and based on the reasoning of Masten J.A. in *Re Knowles*, [1938] O.R. 369 (C.A.), at pages 384-385, the resolution of this broader issue should not be considered to have been concluded in the earlier proceeding:

In the present case, the question of the respondent's rights to receive the residue was so distinctly raised by the originating notice and so distinctly dealt with by the order of Sedgewick J. that it is impossible for this Court to do otherwise than hold that the appellant is estopped. But in the case of vague applications instituted by way of originating notice, this doctrine of estoppel ought to be applied with extreme caution, particularly where the application is brought by executors and trustees for advice, so that questions which were not specifically in issue and are not definitely raised and were not really in the contemplation of the parties, may not be held thereafter to be concluded. [Emphasis added.]

Finally, Mr. Justice Muldoon in *Jhammat v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 166 (F.C.T.D.) raised the question of whether *res judicata* would apply to a proceeding of this nature. In *Jhammat*, a visa officer had denied the application for permanent residence of the applicant's spouse because the validity of the marriage was in dispute. This denial was subsequent to an Immigration Board ruling that the applicant and her spouse had a valid marriage which was based on the respondent's counsel's concession that the marriage was valid. An application was brought to require the Minister to process the application for landing of the applicant's spouse on the ground that "the respondent is estopped from raising other issues questioning the validity of the applicant's marriage when it had already been conceded by the respondent at a hearing before the Immigration Appeal Board."

Mr. Justice Muldoon recognized that the applicant was raising estoppel of record, or *per rem judicatam*, and upon reviewing the statute creating the Immigration Appeal Board, he determined

citant les propos de lord Shaw dans l'arrêt *Hoystead v. Commissioner of Taxation*, [1926] A.C. 155 (C.P.). Sinon, il n'y a pas irrecevabilité.

Je conclus que les questions en litige ne sont pas identiques, et sur le fondement du raisonnement suivi par le juge Masten de la Cour d'appel dans l'arrêt *Re Knowles*, [1938] O.R. 369 (C.A.), aux pages 384 et 385, j'estime que la résolution de cette question plus large ne devrait pas être considérée comme ayant été conclue dans l'affaire précédente:

[TRADUCTION] En l'espèce, la question des droits de l'intimé de recevoir le reliquat a été si manifestement soulevée dans l'avis introductif d'instance et a été si manifestement tranchée par l'ordonnance du juge Sedgewick que notre Cour n'a d'autre choix que de déclarer l'appelant irrecevable dans son appel. Mais dans le cas de requêtes vagues introduites par voie d'avis introductif d'instance, il y a lieu d'appliquer ce principe d'irrecevabilité avec une prudence extrême, surtout lorsque la requête est présentée par des exécuteurs et des fiduciaires dans le but d'obtenir des conseils, de sorte qu'on ne puisse considérer par la suite comme tranchées des questions qui n'étaient pas expressément en litige et qui ne sont pas explicitement soulevées et que les parties n'envisageaient pas réellement. [Mots soulignés par mes soins.]

Finalement, dans le jugement *Jhammat c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 166 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Muldoon a soulevé la question de savoir si le principe de l'autorité de la chose jugée s'appliquerait dans une instance de ce type. Dans l'affaire *Jhammat*, un agent des visas avait rejeté la demande de résidence permanente du mari de la requérante parce que la validité de leur mariage était contestée. Ce rejet faisait suite à une décision par laquelle la Commission de l'immigration avait déclaré valide le mariage de la requérante et de son mari en se fondant sur l'aveu de l'avocat de l'intimé suivant lequel le mariage était valide. Une requête a été présentée en vue de forcer le ministre à examiner la demande d'établissement du mari de la requérante au motif que «l'intimé est irrecevable à soulever d'autres questions pour contester la validité du mariage de la requérante, alors que l'intimé a reconnu la validité de ce mariage au cours de l'audition qui a eu lieu devant la Commission d'appel de l'immigration».

Le juge Muldoon a reconnu que l'irrecevabilité que la requérante invoquait résultait de l'autorité de la chose jugée (*estoppel of record* ou *per rem judicatam*), et après avoir examiné la loi créant la

that the Board was a genuine “court of record” and that its decision, not having been appealed, was final. He questioned, however, whether the decision of the Board could be *res judicata* for the purpose of the motion in that it involved an issue of public law and not “private adversaries disputing a matter of private law”:

If the litigants here were two private adversaries disputing a matter of private law the Court would not hesitate to rule that the Board's decision . . . constituted a complete estoppel *per rem judicatam* of the refusal to approve [the spouse's] application by the Crown servant.

There is, therefore, considerable doubt whether the doctrine argued on behalf of the applicant applies in this area of public law in the way that it could in a private dispute. In any event, even if it could, I have already determined that the prior order did not adjudicate any issues beyond that of setting aside the earlier refusal and directing that the respondents process the application in accordance with the Act and Regulations.

This application must therefore be dismissed. I would not propose to order costs against the applicants in the absence of further oral representations to that effect.

Commission d'appel de l'immigration, il a conclu que la Commission était une véritable «cour d'archives» et que, comme la décision de la Commission n'avait pas été portée en appel, elle était définitive. Il s'est cependant demandé si la décision de la Commission pouvait avoir force de chose jugée pour ce qui était de la requête, étant donné qu'elle visait une question de droit public et non «des particuliers contestant une question de droit privé»:

Si les plaideurs à l'instance étaient deux particuliers contestant une question de droit privé, la Cour n'hésiterait pas à statuer que la décision . . . de la Commission rend, en raison de l'autorité de la chose jugée, totalement irrecevable le refus opposé . . . par le préposé de la Couronne à la demande de droit d'établissement [du mari].

Il est donc fort douteux que le principe invoqué par les requérants s'applique dans ce domaine du droit public de la manière dont il pourrait s'appliquer dans un différend opposant des particuliers. De toute façon, même si ce principe s'appliquait, j'ai déjà conclu que les seules questions litigieuses qui ont été tranchées dans l'ordonnance qui a été préalablement prononcée sont celle de l'annulation du rejet initial et celle de l'ordre donné aux intimés d'examiner la demande conformément à la Loi et à ses règlements.

La présente requête doit par conséquent être rejetée. J'estime qu'il n'y a pas lieu de proposer de condamner les requérants aux dépens, vu l'absence d'autres observations verbales en ce sens.

A-240-89

A-240-89

**John Uy (Appellant)**

v.

**Minister of Employment and Immigration and the Secretary of State for External Affairs (Respondents)***INDEXED AS: UY v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (C.A.)*

Court of Appeal, Mahoney, Stone and Desjardins J.J.A.—Toronto, December 13, 1990; Ottawa, January 8, 1991.

*Immigration — Appeal from trial judgment refusing to quash visa officer's refusal of permanent residence application — Application for admission indicating medical technologist as intended occupation, although medical doctor in Philippines and resident in paediatrics in U.S.A. — Visa officer not believing applicant prepared to work as technologist — No assessment in respect of that occupation — Trial Judge holding proper exercise of discretion under Immigration Regulations, 1978 s. 11(3) — Appeal allowed — Refusal to assess error in law — Contrary to Immigration Act, 1976 ss. 6 and 8(1) and excess of jurisdiction — General discretion under s. 9 to issue visa to immigrant awarded at least 70 units of assessment subordinated to particular discretion under s. 11(3) where, notwithstanding award of 70 units, visa officer of opinion units not reflecting chances of becoming successfully established in Canada — Discretion not exercised alone as written reasons, approved by senior Immigration officer, required.*

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 52(b)(i).  
Immigration Act 1976, S.C. 1976-77, c. 52, s. 6(1).  
Immigration Regulations, 1978, 1978 SOR/78-172, ss. 8(1)(a) (as am. by SOR/85-1038, s. 3), (b), 9(1)(a) (as am. by SOR/83-675, s. 3), (b) (as am. by SOR/85-1038, s. 4), 11(3) (as am. by SOR/81-461, s. 1).*

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### REVERSED:

*Uy v. Minister of Employment and Immigration (1989), 27 F.T.R. 178; 8 Imm. L.R. (2d) 237 (F.C.T.D.).*

**John Uy (appelant)**

a c.

**Ministre de l'Emploi et de l'Immigration et Secrétaire d'État aux Affaires extérieures (intimés)***RÉPERTORIÉ: UY c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)*

Cour d'appel, juges Mahoney, Stone et Desjardins, J.C.A.—Toronto, 13 décembre 1990; Ottawa, 8 janvier 1991.

*Immigration — Appel du jugement de première instance qui a refusé d'annuler le rejet par un agent des visas de la demande de résidence permanente — L'auteur de la demande d'admission a déclaré qu'il voulait exercer la profession de technologue médical, quoiqu'il ait été médecin aux Philippines et résident en pédiatrie aux États-Unis — L'agent des visas n'a pas cru que le requérant était disposé à travailler comme technologue — Le requérant n'a pas été apprécié à l'égard de cette profession — Le juge de première instance a statué que l'agent avait à bon droit exercé le pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 11(3) du Règlement sur l'immigration de 1978 — Appel accueilli — Le refus d'apprécier constitue une erreur de droit — Violation des art. 6 et 8(1) de la Loi sur l'immigration de 1976 et excès de compétence — Le pouvoir discrétionnaire général prévu à l'art. 9 qui permet de délivrer un visa à l'immigrant ayant obtenu au moins 70 points d'appréciation est subordonné au pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 11(3) qui permet à l'agent des visas, même s'il a donné 70 points à l'immigrant, de considérer qu'ils ne reflètent pas ses chances de s'établir avec succès au Canada — L'agent ne peut exercer ce pouvoir discrétionnaire puisqu'il est tenu d'en soumettre les raisons par écrit à un agent d'immigration supérieur.*

g

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. [1985], chap. F-7, art. 52b)(i).  
Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, chap. 52, art. 6(1).  
Règlement sur l'immigration de 1978, 1978 DORS/78-172, art. 8(1)a) (mod. par DORS/85-1038, art. 3), b), 9(1)a) (mod. par DORS/83-675, art. 3), b) (mod. par DORS/85-1038, art. 4), 11(3) (mod. par DORS/81-461, art. 1).*

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION INFIRMÉE:

j

*Uy c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (1989), 27 F.T.R. 178; 8 Imm. L.R. (2d) 237 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).*

## COUNSEL:

*Cecil L. Rotenberg, Q.C., and Diane C. Smith*  
for appellant.  
*Marlene I. Thomas and P. Christopher Parke*  
for respondents. <sup>a</sup>

## SOLICITORS:

*Rotenberg, Martinello, Don Mills, for appel-*  
lant. <sup>b</sup>  
*Deputy Attorney General of Canada* for  
respondents.

*The following are the reasons for judgment*  
*rendered in English by* <sup>c</sup>

MAHONEY J.A.: This is an appeal from a reported decision of the Trial Division<sup>1</sup> which refused *certiorari* quashing the refusal by a visa officer in San Francisco of the appellant's independent application for permanent residence in Canada, and of *mandamus* requiring the respondents to consider and dispose of the application according to law. The appellant had been a qualified medical doctor in the Philippines and was a resident in paediatrics in the United States when he applied for admission to Canada as a medical technologist. <sup>d</sup>

The visa officer refused to assess him for admission to Canada in respect of that occupation. After reviewing the appellant's work and educational histories, the visa officer stated his reasons as follows: <sup>e</sup>

Notwithstanding this ten years' history continuing from medical school to internship and residency you now wish me to believe that you are prepared to abandon all of the training you have had over the past ten years, with the exception of an 18 month period as a medical technologist, to work as a medical technologist in Canada. Frankly, I am not prepared to accept this in the light of the circumstances as described above. On that basis, I do not believe you are prepared to follow the task of being a medical technologist in Canada. On the contrary, I believe your dedication and perseverance to complete your training in pediatric[sic] residency will be renewed in Canada until you reach this goal. <sup>f</sup>

Relevant to this proceeding are subsection 6(1) of the *Immigration Act* 1976 [S.C. 1976-77, c. 52] and paragraphs 8(1)(a) [as am. by SOR/85-1038, <sup>g</sup>

<sup>1</sup> (1989), 27 F.T.R. 178.

## AVOCATS:

*Cecil L. Rotenberg, c.r., et Diane C. Smith*  
pour l'appelant.  
*Marlene I. Thomas et P. Christopher Parke*  
pour les intimés.

## PROCUREURS:

*Rotenberg, Martinello, Don Mills, pour*  
l'appelant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour  
les intimés.

*Ce qui suit est la version française des motifs*  
*du jugement rendu par* <sup>a</sup>

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Appel est interjeté contre une décision publiée de la Section de première instance<sup>1</sup> qui a refusé de délivrer un bref de *certiorari* pour annuler le rejet, par un agent des visas à San Francisco, de la demande de résidence permanente au Canada présentée par l'appelant à titre de requérant indépendant, et un bref de *mandamus* pour obliger les intimés à étudier et à régler la demande conformément au droit. L'appelant exerçait la profession de médecin aux Philippines. Il travaillait comme résident en pédiatrie aux États-Unis lorsqu'il a présenté une demande d'admission au Canada à titre de technologue médical. <sup>b</sup>

L'agent des visas a refusé d'apprécier l'appelant, aux fins de son admission au Canada, à l'égard de cette profession. Après avoir passé en revue les antécédents professionnels et scolaires de celui-ci, l'agent des visas a exposé ses motifs en ces termes: <sup>c</sup>

Malgré ces dix années de votre vie consacrées aux études de médecine, à l'internat et à la résidence, vous souhaiteriez que je croie que vous êtes prêt à abandonner toute cette formation que vous avez acquise pendant ces années, à l'exception des dix-huit mois où vous avez travaillé comme technologue médical, pour travailler comme technologue médical au Canada. Franchement, à la lumière des circonstances décrites plus haut, il m'est impossible d'admettre cela. Ces circonstances m'interdisent de croire que vous êtes disposé à remplir les fonctions de technologue médical au Canada. Au contraire, je crois que jusqu'à ce que vous atteigniez votre but, vous ferez preuve, au Canada, des mêmes efforts et de la même persévérance que vous avez montrés à terminer votre résidence en pédiatrie. <sup>d</sup>

Les dispositions pertinentes en l'espèce sont le paragraphe 6(1) de la *Loi sur l'immigration de* 1976 [S.C. 1976-77, chap. 52], ainsi que les ali- <sup>e</sup>

<sup>1</sup> (1989), 27 F.T.R. 178.

s. 3] or (b), 9(1)(a) [(as am. by SOR/83-675, s. 3)] and (b)(i) [as am. by SOR/85-1038, s. 4] and 11(3)(b) [(as am. by SOR/81-461, s. 1)] of the *Immigration Regulations, 1978* [SOR/78-172].

6. (1) Subject to this Act and the regulations, any immigrant including a Convention refugee, a member of the family class and an independent immigrant may be granted landing if he is able to establish to the satisfaction of an immigration officer that he meets the selection standards established by the regulations for the purpose of determining whether or not an immigrant will be able to become successfully established in Canada.

8. (1) For the purpose of determining whether an immigrant and his dependants, other than a member of the family class or a Convention refugee seeking resettlement, will be able to become successfully established in Canada, a visa officer shall assess that immigrant or, at the option of the immigrant, the spouse of that immigrant,

(a) in the case of an immigrant, other than an immigrant described in paragraph (b), (c) or (e), on the basis of each of the factors listed in column I of Schedule I;

(b) in the case of an immigrant who intends to be a self-employed person in Canada, on the basis of each of the factors listed in column I of Schedule I, other than the factor set out in item 5 thereof;

9. (1) Where an immigrant other than a member of the family class, an assisted relative or a Convention refugee seeking resettlement makes an application for a visa, a visa officer may, subject to section 11, issue an immigrant visa to him and his accompanying dependants, if

(a) he and his dependants, whether accompanying dependants or not, are not members of any inadmissible class and otherwise meet the requirements of the Act and these Regulations; and

(b) on the basis of his assessment in accordance with section 8

(i) in the case of an immigrant other than a retired person, an entrepreneur, an investor or a provincial nominee, he is awarded at least 70 units of assessment,

11. ...

(3) A visa officer may

(b) refuse to issue an immigrant visa to an immigrant who is awarded the number of units of assessment required by section 9 or 10,

if, in his opinion, there are good reasons why the number of units of assessment awarded do not reflect the chances of the particular immigrant and his dependants of becoming successfully established in Canada and those reasons have been submitted in writing to, and approved by, a senior immigration officer. [Emphasis added.]

nés 8(1)a) [(mod. par DORS/85-1038, art. 3)] ou b), l'alinéa 9(1)a) [(mod. par DORS/83-675, art. 3)], le sous-alinéa 9(1)b)(i) [(mod. par DORS/85-1038, art. 4)] et l'alinéa 11(3)b) [(mod. par DORS/81-461, art. 1)] du *Règlement sur l'immigration de 1978* [DORS/78-172].

6. (1) Sous réserve de la présente loi et des règlements, tout immigrant, notamment un réfugié au sens de la Convention, une personne appartenant à la catégorie de la famille et un immigrant indépendant, peut obtenir le droit d'établissement s'il établit à la satisfaction de l'agent d'immigration qu'il répond aux normes réglementaires de sélection fixées en vue de déterminer l'aptitude des immigrants à s'établir avec succès au Canada.

8. (1) Afin de déterminer si un immigrant et les personnes à sa charge, autres qu'une personne appartenant à la catégorie de la famille ou qu'un réfugié au sens de la Convention cherchant à se rétablir, seront en mesure de s'établir avec succès au Canada, un agent des visas doit apprécier cet immigrant, ou, au choix de ce dernier, son conjoint,

a) dans le cas d'un immigrant qui n'est pas visé aux alinéas b), c) ou e), suivant chacun des facteurs énumérés dans la colonne I de l'annexe I;

b) dans le cas d'un immigrant qui compte devenir un travailleur autonome au Canada, suivant chacun des facteurs énumérés dans la colonne I de l'annexe I, autre que le facteur visé à l'article 5 de cette annexe;

9. (1) Sous réserve du paragraphe 1.01 et de l'article 11, lorsqu'un immigrant, autre qu'une personne appartenant à la catégorie de la famille, qu'un parent aidé ou qu'un réfugié au sens de la Convention cherchant à se rétablir, présente une demande de visa, l'agent des visas peut, sous réserve de l'article 11, lui délivrer un visa d'immigrant ainsi qu'aux personnes à sa charge qui l'accompagnent, si

a) l'immigrant et les personnes à sa charge, qu'elles l'accompagnent ou non, ne font pas partie d'une catégorie de personnes non admissibles et satisfont aux exigences de la Loi et du présent règlement; et

b) suivant son appréciation selon l'article 8,

(i) dans le cas d'un immigrant, autre qu'un retraité, un entrepreneur, un candidat d'une province ou un investisseur, il obtient au moins 70 points d'appréciation,

11. ...

(3) L'agent des visas peut

b) refuser un visa d'immigrant à un immigrant qui obtient le nombre de points d'appréciation requis par les articles 9 ou 10,

s'il est d'avis qu'il existe de bonnes raisons de croire que le nombre de points d'appréciation obtenu ne reflète pas les chances de cet immigrant particulier et des personnes à sa charge de s'établir avec succès au Canada et que ses raisons ont été soumises par écrit à un agent d'immigration supérieur et ont reçu l'approbation de ce dernier. [C'est moi qui souligne.]

In dismissing the application, the learned Trial Judge held [at page 182]:

It is proper and necessary for visa officers to consider whether at the time of the interview the applicant appears prepared to follow his intended occupation in Canada. Since the **Regulations** under ss. 9 and 11(3) empower the visa officer to refuse even those applicants who have achieved the necessary number of points, three things follows: the first is that Parliament has recognized this as a consideration that may outweigh other factors, including the acquisition of the requisite number of points in every category; second, if the officer enjoys the discretion to refuse those who have amassed a high number of points, it follows even more strongly that he has the discretion to do so where the point total is below the required minimum; third, since Parliament has given the officer specific discretion in the **Regulations** to which I have just referred, his actions here are entirely within his jurisdiction.

He went on to conclude that there had been no denial of natural justice or failure to treat the appellant fairly.

With the greatest of respect, the learned Trial Judge erred in law in basing his decision on an exercise of discretion under subsection 11(3). The evidence is that the visa officer refused to assess the appellant at all. There is no suggestion that he had assessed the appellant for the occupation of medical technologist, awarded him 70 or more units (as one may well speculate he might) and then invoked subsection 11(3) by reason of his conclusion as to the appellant's intentions.

In my opinion, section 6 of the Act requires a visa officer to assess any immigrant who applies for landing in the manner prescribed by the Act and Regulations. Subsection 8(1) of the Regulations imposes, in mandatory terms, a duty to assess and I find nothing in either the Act or Regulations which would permit a visa officer to refuse to assess in respect of the occupation or alternative occupations which the immigrant (or his or her spouse) states it is intended be pursued in Canada. The visa officer erred in law and exceeded his jurisdiction by refusing to assess the appellant for admission to Canada as a medical technologist.

Further, in my opinion, the general discretion given a visa officer by subsection 9(1) of the

Le juge de première instance a rejeté la demande après avoir statué en ces termes [à la page 182]:

C'est le rôle et le devoir des agents des visas de vérifier, lors des entrevues, la disposition des requérants à exercer au Canada la profession qu'il ont déclarée. Puisque l'article 9 et le paragraphe 11(3) confèrent aux agents des visas le pouvoir de refuser même les requérants qui recueillent le nombre de points requis, il est possible d'en tirer trois conclusions: d'abord que le Parlement a reconnu que cet élément pouvait avoir plus de poids que d'autres facteurs, y compris l'obtention du nombre de points requis dans chaque catégorie, ensuite que si l'agent dispose du pouvoir discrétionnaire de refuser les requérants qui ont accumulé un grand nombre de points, il a, à plus forte raison, celui de refuser ceux qui n'ont pas amassé le nombre minimum de points requis, et enfin, que puisque les dispositions réglementaires que je viens de mentionner donnent aux agents un pouvoir discrétionnaire spécifique, les décisions prises en l'instance relèvent totalement de la compétence de l'agent.

Le juge a ensuite conclu qu'il n'y avait pas eu manquement aux principes de justice naturelle ou au devoir de traiter le requérant de façon équitable.

En toute déférence, le juge de première instance a commis une erreur de droit en fondant sa décision sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu au paragraphe 11(3). D'après la preuve, l'agent des visas a tout simplement refusé d'apprécier l'appellant. Rien n'indique qu'il ait apprécié l'appellant pour la profession de technologue médical, qu'il lui ait donné 70 points ou plus (comme on pourrait le présumer) puis qu'il ait invoqué le paragraphe 11(3) compte tenu de sa conclusion quant aux intentions de l'appellant.

À mon avis, l'article 6 de la Loi oblige l'agent des visas à apprécier tout immigrant qui sollicite le droit d'établissement de la manière prescrite par la Loi et le Règlement. Le paragraphe 8(1) du Règlement impose, à titre obligatoire, un devoir d'apprécier. Or, je ne trouve rien dans la Loi ou dans le Règlement qui permette à l'agent des visas de refuser d'apprécier l'immigrant (ou son conjoint) à l'égard de la profession principale ou des professions subsidiaires qu'il déclare avoir l'intention d'exercer au Canada. L'agent des visas a commis une erreur de droit et a excédé sa compétence en refusant d'apprécier l'appellant, aux fins de son admission au Canada, à titre de technologue médical.

En outre, j'estime que le pouvoir discrétionnaire général accordé à l'agent des visas aux termes du

Regulations, that a visa may be issued to an immigrant who, *inter alia*, is awarded at least 70 units, must be subordinated to the particular discretion given by subsection 11(3) where, notwithstanding the award of at least 70 units, the visa officer is of the opinion that those units do not reflect the chances of the particular immigrant becoming successfully established in Canada. He has a discretion but the Governor in Council has prescribed that he cannot exercise it alone. The reasons for the opinion must be committed to writing and submitted to and approved by a senior immigration officer.

I would allow the appeal with costs and, pursuant to subparagraph 52(b)(i) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], would render the judgment that the Trial Division should have given by quashing the decision of the visa officer, dated July 8, 1987, refusing the appellant's application for admission to Canada as an immigrant and ordering that it be reconsidered *de novo* by a different visa officer.

STONE J.A.: I agree.

DESJARDINS J.A.: I concur.

paragraphe 9(1) du Règlement, selon lequel un visa peut être délivré à un immigrant ayant, notamment, obtenu au moins 70 points, doit être subordonné au pouvoir discrétionnaire particulier accordé par le paragraphe 11(3), et qui permet à l'agent des visas, même s'il a donné au moins 70 points, de considérer que ces points ne reflètent pas les chances de cet immigrant de s'établir avec succès au Canada. L'agent a toute discrétion à cet égard, mais le gouverneur en conseil a prescrit qu'il ne peut exercer ce pouvoir discrétionnaire seul. En effet, les raisons qui sous-tendent cet avis doivent être soumises par écrit à un agent d'immigration supérieur et doivent avoir reçu l'approbation de ce dernier.

J'accueillerais l'appel avec dépens et, conformément au sous-alinéa 52b)(i) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7], je rendrais le jugement que la Section de première instance aurait dû rendre, c'est-à-dire annuler la décision de l'agent des visas, en date du 8 juillet 1987, par laquelle il a rejeté la demande d'admission au Canada de l'appelant, à titre d'immigrant, et ordonner que celle-ci soit étudiée de nouveau par un autre agent des visas.

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

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



T-2230-89

T-2230-89

**Edelbert Tetzlaff and Harold Tetzlaff** (*Applicants*)

v.

**Minister of the Environment** (*Respondent*)

and

**Saskatchewan Water Corporation** (*Intervenor*)

*INDEXED AS: TETZLAFF v. CANADA (MINISTER OF THE ENVIRONMENT) (T.D.)*

Trial Division, Muldoon J.—Winnipeg, January 23; Ottawa, February 4, 1991.

*Practice — Parties — Intervention — Supplementary reasons for order relegating Sask. Water to intervenor status — Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et al. v. Association of Parents for Fairness in Education et al. holding jurisdiction of provincial superior courts re: practice and procedure, except as modified by legislation, that of English High Court of Chancery — Chancery having discretion to grant leave to appeal to non-party — Exchequer and Federal Courts successors to High Court of Chancery — Common law inherent jurisdiction over Court's process and parties may be exercised by judicial discretion, unless forbidden by statute — Extent of permissible jurisdiction to be determined according to Constitution Act, 1867 ss. 92, 96 or 101 — Court exercising discretion on both common law and equitable principles to do justice pursuant to R. 5, by analogy, in exercising power accorded by R. 1010(3).*

*Practice — "Gap" Rule — Where Federal Court Act, s. 2 forbidding participation as respondent, Court exercising discretion on common law and equitable principles to do justice pursuant to R. 5 — R. 1010 invoked by analogy to grant intervenor status — R. 5 may be invoked by both divisions of Court.*

#### 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], ss. 92(14), 96, 101.*

*Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2, 3, 4.*

*Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 5, 1010(3).*

**Edelbert Tetzlaff et Harold Tetzlaff** (*requérants*)

a c.

**Ministre de l'Environnement** (*intimé*)

et

b **Saskatchewan Water Corporation** (*intervenante*)

*RÉPERTORIÉ: TETZLAFF c. CANADA (MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT) (1<sup>re</sup> INST.)*

c Section de première instance, juge Muldoon—Winnipeg, 23 janvier; Ottawa, 4 février 1991.

*Pratique — Parties — Intervention — Motifs supplémentaires de l'ordonnance reléguant Sask. Water dans un rôle d'intervenante — Dans l'arrêt Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et autres c. Association of Parents for Fairness in Education et autres, il a été statué que la compétence des cours supérieures provinciales en matière de pratique et de procédure, sauf dans les cas où elle a été modifiée par voie législative, est celle de la High Court of Chancery d'Angleterre — La Court of Chancery avait le pouvoir discrétionnaire d'accorder l'autorisation d'appel à une personne qui n'avait pas été partie à l'action — La Cour de l'Échiquier et la Cour fédérale sont les successeurs de la High Court of Chancery — La compétence inhérente en common law sur la procédure de la Cour et les parties peut être exercée en vertu du pouvoir discrétionnaire judiciaire, sauf interdiction légale — L'étendue de la compétence autorisée peut être déterminée en fonction des art. 92, 96 ou 101 de la Loi constitutionnelle de 1867 — La Cour exerce son pouvoir discrétionnaire sur des principes à la fois de common law et d'equity pour rendre la justice conformément à la Règle 5, par analogie, en exerçant le pouvoir prévu à la Règle 1010(3).*

*g Pratique — Règle des «lacunes» — Lorsque l'art. 2 de la Loi sur la Cour fédérale interdit d'ester en qualité d'intimé, la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire sur des principes à la fois de common law et d'equity pour rendre la justice conformément à la Règle 5 — La Règle 1010 a été invoquée par analogie pour accorder la qualité pour agir à titre d'intervenante — La Règle 5 peut être invoquée par les deux sections de la Cour.*

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la Loi constitutionnelle de 1982, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 92(14), 96, 101.*

*Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 2, 3, 4.*

*Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 5, 1010(3).*

i

j

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et al. v. Association of Parents for Fairness in Education et al.*, [1986] 1 S.C.R. 549; (1986), 69 N.B.R. (2d) 271; 27 D.L.R. (4th) 406; 177 A.P.R. 271; 66 N.R. 173; confg. *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. and Association de Conseillers Scolaires Francophones du Nouveau-Brunswick v. Minority Language School Board No. 50 (defendant) and Association of Parents for Fairness in Education, Grand Falls District 50 Branch (intended intervenor)* (1984), 54 N.B.R. (2d) 198; 8 D.L.R. (4th) 238; 140 A.P.R. 198; 8 Admin. L.R. 138 (C.A.); *Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans and Labour Standards Tribunal (N.S.)*, [1989] 1 S.C.R. 238; (1989), 90 N.S.R. (2d) 271; 57 D.L.R. (4th) 1; 230 A.P.R. 271; 25 C.C.E.L. 162; 89 CLLC 14,017; 92 N.R. 179; *Attorney-General for Ontario and Others v. Attorney-General for Canada and Others and Attorney-General for Quebec*, [1947] A.C. 127 (P.C.).

## COUNSEL:

*Allan W. Scarth, Q.C.* and *Gordon H. A. Mackintosh* for applicants.  
*Craig J. Henderson* for respondent Minister of the Environment.  
*D. E. Gauley, Q.C.*, *C. Wheatley* and *R. G. Kennedy* for intervenor Saskatchewan Water Corporation.

## SOLICITORS:

*Thompson, Dorfman & Sweatman*, Winnipeg, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent Minister of the Environment.  
*Gauley & Company*, Saskatoon, Saskatchewan and Saskatchewan Water Corporation for intervenor Saskatchewan Water Corporation.

*The following are supplementary reasons for order rendered in English by*

MULDOON J.: These reasons supplement those rendered herein on February 1, 1991, concerning the status of the Saskatchewan Water Corporation (Sask. Water).

Omitted from the reasons rendered on February 1, 1991 was consideration of the effectively unanimous decision of the Supreme Court of Canada in *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et al. v. Association of Parents for Fairness in*

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et autres c. Association of Parents for Fairness in Education et autres*, [1986] 1 R.C.S. 549; (1986), 69 N.B.R. (2d) 271; 27 D.L.R. (4th) 406; 177 A.P.R. 271; 66 N.R. 173; conf. *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et Association de Conseillers Scolaires Francophones du Nouveau-Brunswick c. Minority Language School Board No. 50 (défendeur) and Association of Parents for Fairness in Education, Grand Falls District 50 Branch (intervenante éventuelle)* (1984), 54 N.B.R. (2d) 198; 8 D.L.R. (4th) 238; 140 A.P.R. 198; 8 Admin. L.R. 138 (C.A.); *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans et Labour Standards Tribunal (N.-É.)*, [1989] 1 R.C.S. 238; (1989), 90 N.S.R. (2d) 271; 57 D.L.R. (4th) 1; 230 A.P.R. 271; 25 C.C.E.L. 162; 89 CLLC 14,017; 92 N.R. 179; *Attorney-General for Ontario and Others v. Attorney-General for Canada and Others and Attorney-General for Quebec*, [1947] A.C. 127 (C.P.).

## AVOCATS:

*Allan W. Scarth, c.r.* et *Gordon H. A. Mackintosh* pour les requérants.  
*Craig J. Henderson* pour le ministre de l'Environnement, intimé.  
*D. E. Gauley, c.r.*, *C. Wheatley* et *R. G. Kennedy* pour Saskatchewan Water Corporation, intervenante.

## PROCUREURS:

*Thompson, Dorfman & Sweatman*, Winnipeg, pour les requérants.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le ministre de l'Environnement, intimé.  
*Gauley & Company*, Saskatoon (Saskatchewan) et Saskatchewan Water Corporation pour Saskatchewan Water Corporation, intervenante.

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

LE JUGE MULDOON: Les présents motifs complètent ceux qui ont été rendus en l'espèce, le 1<sup>er</sup> février 1991, au sujet de la qualité pour agir de Saskatchewan Water Corporation (Sask. Water).

Les motifs rendus le 1<sup>er</sup> février 1991 ne faisaient pas référence à l'arrêt effectivement unanime de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et autre c. Association of Parents for Fairness in Educa-*

*Education et al.*, [1986] 1 S.C.R. 549. The matter of inherent jurisdiction to grant leave to appeal to a non-party was fully analyzed and the inherent jurisdiction found by La Forest J.A., as he then was, in the New Brunswick Court of Appeal [(1984), 54 N.B.R. (2d) 198], upheld and confirmed unanimously by the Supreme Court of Canada. Naturally, it is not a perfect mesh with this case, for those are extremely rare, but it gives a lively sense of the law.

A brief quotation from the headnote of the *Société des Acadiens* case will serve to focus on the issue [at pages 550-551]:

(1) *The Jurisdictional Issue*

*Per curiam*: There is no basis for this Court to interfere with the Court of Appeal's decision to grant respondent's applications for leave to appeal and for an extension of time for appealing. The New Brunswick Court of Appeal had inherent jurisdiction under s. 8(2) of the *Judicature Act* to grant leave to appeal to a non-party. The jurisdiction of the Court of Appeal with respect to practice and procedure is except as modified by legislation, essentially that exercised by the High Court of Chancery in England. A review of the cases of that Court indicates that in a proper case the practice of the Court was to permit a grant of leave to appeal to a person not a party to an action. The Court of Appeal, under its Rules of Court, also had jurisdiction to grant the application for an extension of time. Such jurisdiction was also present in the earlier chancery practice in the case of an application for leave to appeal brought by a non-party and the present rules did not affect that jurisdiction. No one factor or group of factors was determinative of how the Chancery Court would exercise its discretion in a given situation; rather, it was a combination of the relevant factors. In the present case, the Court of Appeal, acting within its jurisdiction, took into consideration all the relevant factors and granted the applications. It exercised its discretion in a judicial manner and its decision is not subject to appeal for error. [Emphasis not in original text.]

The High Court of Chancery exercised a pre-eminently equitable jurisdiction, and it was no less the antecedent of the Exchequer Court and the Federal Court duly created by Parliament pursuant to section 101 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]], than it was the antecedent of the provincial superior courts created by the respective pro-

*tion et autres*, [1986] 1 R.C.S. 549. La question de la compétence inhérente d'accorder la permission d'en appeler à une personne qui n'est pas partie a été entièrement analysée et la compétence inhérente déterminée par le juge d'appel La Forest (ce qu'il était alors) dans la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick [(1984), 54 N.B.R. (2d) 198], a été maintenue et confirmée à l'unanimité par la Cour suprême du Canada. Naturellement, il ne s'agit pas de la même situation qu'en l'espèce, puisque ces cas sont extrêmement rares, mais on y trouve une impression vivante du droit.

Une brève citation de la rubrique de l'arrêt *Société des Acadiens* aidera à bien cerner la question en litige [aux pages 550 et 551]:

1) *La question de la compétence*

*La Cour*: Rien ne justifie la Cour à intervenir dans la décision de la Cour d'appel de faire droit aux demandes de l'intimée visant à obtenir l'autorisation d'appel et la prorogation du délai d'appel. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick possède une compétence inhérente en vertu du par. 8(2) de la *Loi sur l'organisation judiciaire* pour accorder l'autorisation d'appel à une personne non partie à l'instance. La compétence de la Cour d'appel en matière de pratique et de procédure est, sauf dans les cas où elle a été modifiée par voie législative, essentiellement celle qu'exerçait la High Court of Chancery d'Angleterre. À l'examen de sa jurisprudence, on constate que, chaque fois que cela était approprié, cette dernière cour accordait l'autorisation d'appel à une personne qui n'avait pas été partie à l'action. Les Règles de procédure de la Cour d'appel l'autorisent aussi à faire droit à une demande de prorogation de délai. Cette compétence, qui existait très tôt dans la pratique des cours de chancellerie pour les demandes d'autorisation d'appel présentées par des personnes non parties à l'instance, n'a pas été modifiée par les règles actuelles. La manière dont la cour de chancellerie allait exercer son pouvoir discrétionnaire dans une situation donnée ne tenait pas à un facteur en particulier ni à un groupe de facteurs; cela dépendait plutôt d'une combinaison des facteurs pertinents. En l'espèce, la Cour d'appel, agissant dans les limites de sa compétence, a pris en considération tous les facteurs pertinents et a fait droit aux demandes. Elle a exercé judiciairement son pouvoir discrétionnaire et sa décision ne saurait faire l'objet d'un pourvoi pour cause d'erreur. [Le texte original n'était pas souligné.]

La High Court of Chancery exerçait essentiellement une compétence en *equity*, et elle était tout autant l'ancêtre de la Cour de l'Échiquier et de la Cour fédérale, dûment créées par le Parlement, conformément à l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]], qu'elle était l'ancêtre des cours supérieures

vincial legislatures pursuant to section 92, head 14 of the same constitutional Act.

Sections 3 and 4 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 and amendments thereto validly enact:

3. The court of law, equity and admiralty in and for Canada now existing under the name of the Federal Court of Canada is hereby continued as an additional court for the better administration of the laws of Canada and shall continue to be a superior court of record having civil and criminal jurisdiction.

4. The Court shall consist of two divisions, called the Federal Court — Appeal Division (which may be referred to as the Court of Appeal or Federal Court of Appeal) and the Federal Court — Trial Division.

Thus the Act establishes one Federal Court with two divisions, successor to the Exchequer Court of Canada and by historical roots also a successor to the High Court of Chancery. It hardly bears repetition that section 101 conferred on Parliament not only the jurisdiction to establish the Supreme Court of Canada but also the Federal Court in two divisions “for the better administration of the laws of Canada”, and notwithstanding anything in this (constitutional) Act. It is rewarding in this regard to revisit the judgment of the Judicial Committee of the Privy Council in *Attorney-General for Ontario and Others v. Attorney-General for Canada and Others and Attorney-General for Quebec*, [1947] A.C. 127; *Olmsted*, vol. 3, at page 508, the judgment whereby the overriding power of Parliament, pursuant to the same section 101, to abolish appeals to the Privy Council was interpreted to be valid and supreme. The effect of that “notwithstanding” clause in section 101 was definitively stated by Lord Jowitt, Lord Chancellor, and reported at pages 153 A.C.; 535 *Olmsted*. Of further note are these words of the Board written by the Lord Chancellor (at pages 151 A.C.; 533 *Olmsted*):

The judicial and legislative spheres are not coterminous, provincial courts determining all questions, except those for which a special court is set up under s. 101, whether the rights of the parties spring from the common law or Dominion or provincial statutes. [Emphasis not in original text.]

On this basis, it is logical that the inherited antecedent jurisdiction, especially in procedural issues, of so-called section 96 courts and section 101 courts is to be determined on the same basis. Courts in

provinciales créées par les assemblées législatives provinciales respectives conformément à l'article 92, rubrique 14 de cette même Loi constitutionnelle.

<sup>a</sup> Les articles 3 et 4 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, et ses modifications, disposent de façon valide:

<sup>b</sup> 3. Tribunal de droit, d'équité et d'amirauté du Canada, la Cour fédérale du Canada est maintenue à titre de tribunal additionnel propre à améliorer l'application du droit canadien. Elle continue d'être une cour supérieure d'archives ayant compétence en matière civile et pénale.

<sup>c</sup> 4. La Cour est formée de la Section d'appel, aussi dénommée la Cour d'appel ou la Cour d'appel fédérale, et de la Section de première instance.

Aussi la Loi établit une Cour fédérale composée de deux sections, successeur de la Cour de l'Échiquier du Canada, et de par ses racines historiques, aussi successeur de la High Court of Chancery. Point n'est besoin de rappeler que l'article 101 a conféré au Parlement, non seulement la compétence d'établir la Cour suprême du Canada, mais aussi de scinder la Cour fédérale en deux sections «pour la meilleure administration des lois du Canada» et «nonobstant toute disposition de cette Loi» (constitutionnelle). Il est utile à cet égard de réexaminer le jugement du Comité judiciaire du Conseil privé dans l'affaire *Attorney-General for Ontario and Others v. Attorney-General for Canada and Others and Attorney-General for Quebec*, [1947] A.C. 127; *Olmsted* vol. 3, à la page 508, décision dans laquelle le pouvoir prépondérant du Parlement, en vertu du même article 101, d'abolir les appels devant le Conseil privé a été interprété comme étant valide et suprême. L'effet de cette clause «nonobstant» à l'article 101 a été défini par lord Jowitt L.C., et rapporté aux pages 153 A.C.; 535 *Olmsted*. À noter aussi ces termes du lord chancelier au nom du Comité (aux pages 151 A.C.; 533 *Olmsted*):

<sup>d</sup> Les domaines du judiciaire et du législatif ne se confondent pas, les tribunaux provinciaux réglant toutes les questions, en dehors de celles pour lesquelles on a établi une cour spéciale en vertu de l'article 101, que les droits des parties procèdent de la common law, des lois du Dominion ou de celles de la province. [Le texte original n'est pas souligné.]

<sup>e</sup> Sur cette base, il est logique que le pouvoir précédent, dont ont hérité des tribunaux appelés «tribunaux de l'article 96» et «de l'article 101», soit aussi déterminé de cette manière, surtout dans les ques-

Canada have, by their nature, inherent jurisdiction to control their own process, unless forbidden by statute, and *a fortiori* so do so-called statutory courts. Such basis was determined in regard to courts created for and with section 96 judges by Madame Justice Wilson for herself and Dickson C.J., McIntyre and Lamer JJ. in *Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans and Labour Standards Tribunal (N.S.)*, [1989] 1 S.C.R. 238 where it is shown how to access those English antecedents, as was done in the *Société des Acadiens* case.

Accordingly, the Court concludes that the common law inherent jurisdiction (sometimes also called implied jurisdiction, even though nothing detracts from its true inherence) over this Court's process and parties may be exercised fully and fairly by judicial discretion, unless forbidden by statute. This Court is no more bereft of ancestors or equitable jurisdiction than the provincial superior courts, which are all statutory courts, too. The extent of permissible jurisdiction is to be determined according, respectively, to section 92, head 14, with section 96's jurisprudential gloss; or according to section 101 with its particular but more restrictive gloss; and their respective "genetic" faculties as determined in *Société des Acadiens* and *Sobeys Stores*, both above cited.

In the *Société des Acadiens* case, it is reported (at page 586), that Mr. Justice La Forest had noted that in part of the New Brunswick rules the word "court", as there defined, referred only to the Queen's Bench and not to the Court of Appeal. In the Rules of this Court [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663], however, «Court» means the Federal Court of Canada and, according to the context, shall be taken as referring to the Trial Division or the Court of Appeal, or both. Here, Rule 5 may clearly be invoked by both divisions; and Rule 1010, with which this judge made the analogy to define Sask. Water's right to appeal, in taking part in these proceedings as an intervenor, although an admiralty Rule for actions *in rem*, could be so

tions de procédure. Les tribunaux au Canada ont, de par leur nature, un pouvoir inhérent de contrôle sur leur propre procédure, sauf interdiction par la loi et, *a fortiori*, les tribunaux créés en vertu de la loi. Ce fondement a été déterminé à l'égard des tribunaux créés pour et avec des juges nommés en vertu de l'article 96 par Madame le juge Wilson pour elle-même et par le juge en chef Dickson, le juge McIntyre et le juge Lamer dans l'affaire *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans et Labour Standards Tribunal (N.-É.)*, [1989] 1 R.C.S. 238, où il est expliqué comment remonter à ces organismes antérieurs anglais, à l'instar de ce qui a été fait dans l'affaire *Société des Acadiens*.

En conséquence, la Cour conclut que la compétence inhérente en common law (parfois aussi appelé compétence implicite, bien que rien ne gêne son caractère véritablement inhérent) sur cette procédure de la Cour et les parties peut être exercée entièrement et équitablement en vertu du pouvoir discrétionnaire judiciaire, sauf interdiction légale. La présente Cour ne manque pas plus d'ancêtres ou de compétence en *equity* que les cours supérieures provinciales qui sont toutes aussi des tribunaux créés en vertu de la loi. L'étendue de la compétence autorisée peut être déterminée, de façon respective, en fonction de l'article 92, rubrique 14, à la lumière de l'interprétation jurisprudentielle afférente à l'article 96; ou d'après l'article 101, avec son interprétation plus restrictive, et leurs facultés «génétiques» respectives, selon les arrêts *Société des Acadiens* et *Sobeys Stores* susmentionnés.

Dans l'affaire *Société des Acadiens*, il est rapporté (à la page 586) que M. le juge La Forest a noté que, dans une partie des règles du Nouveau-Brunswick, le mot «cour», comme il y est défini, ne désigne que la Cour du Banc de la Reine et non pas la Cour d'appel. Dans les règles de la présente Cour [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663], cependant, «Cour» désigne la Cour fédérale du Canada et, selon le contexte, doit s'entendre soit de la Section de première instance, soit de la Cour d'appel, soit de l'une et l'autre. En l'espèce, la Règle 5 peut clairement être invoquée par les deux sections et la Règle 1010, avec laquelle le juge a dressé une analogie pour définir le droit d'appel de Sask. Water, pour prendre part à l'ins-

invoked by the Appeal Division in a variety of situations.

In summation, the Court, exercises its discretion on both common law and equitable principles to do justice pursuant to Rule 5, by analogy, in exercising the power accorded by Rule 1010(3). Although relegated to the status of intervenor, Sask. Water's rights in taking part in this proceeding are defined to include a right of appeal. The above cited jurisprudence, especially the *Société des Acadiens* judgment, give the rational basis for this conclusion. The only permission which the Court cannot accord is to permit that creature of provincial legislation, Sask. Water, to be a respondent in this section 18 proceeding, for that is expressly forbidden by the very definition of a "federal board, commission or other tribunal" in section 2 of the *Federal Court Act*.

In all other respects the Court's reasons rendered on February 1, 1991, in this matter of standing, are hereby confirmed. These reasons ought to be read along with those reasons. The consequential order made also on February 1, 1991, is also confirmed, unamended.

tance en tant qu'intervenante, bien qu'elle soit une règle en matière d'amirauté pour les actions *in rem*, pourrait aussi être invoquée par la Section d'appel dans différents cas.

<sup>a</sup> En somme, la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire sur des principes à la fois de common law et d'*equity* pour rendre la justice conformément à la Règle 5, par analogie, en exerçant le pouvoir prévu à la Règle 1010(3). Bien que reléguée dans un rôle d'intervenante, Sask. Water voit ses droits de participation à l'instance définis de façon à inclure le droit d'appel. La jurisprudence susmentionnée, en particulier la décision *Société des Acadiens*, permet de fonder rationnellement cette conclusion. La seule permission que la Cour ne peut pas accorder est celle qui autoriserait un organisme constitué sous le régime d'une loi provinciale, Sask. Water, à ester en qualité d'intimée dans cette instance fondée sur l'article 18, vu que la définition même d'«office fédéral» à l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* l'interdit.

<sup>e</sup> À tous les autres égards, les motifs de la Cour rendus le 1<sup>er</sup> février 1991, dans cette instance, sont confirmés par les présentes. Ces motifs doivent être rapprochés des présents motifs. L'ordonnance prononcée en conséquence le 1<sup>er</sup> février 1991 est aussi confirmée, sans modification.

T-2230-89

T-2230-89

**Edelbert Tetzlaff and Harold Tetzlaff** (*Applicants*)

**Edelbert Tetzlaff et Harold Tetzlaff** (*requérants*)

v.

a c.

**Minister of the Environment and Saskatchewan Water Corporation** (*Respondents*)

**Ministre de l'Environnement et Saskatchewan Water Corporation** (*intimés*)

INDEXED AS: TETZLAFF v. CANADA (MINISTER OF THE ENVIRONMENT) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: TETZLAFF c. CANADA (MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT) (1<sup>re</sup> INST.)

Trial Division, Muldoon J.—Winnipeg, January 23; Ottawa, February 1, 1991.

Section de première instance, juge Muldoon—Winnipeg, 23 janvier; Ottawa, 1<sup>er</sup> février 1991.

*Practice — Parties — Intervention — Trial Division Judge striking out Sask. Water as respondent as Federal Court Act, s. 2 excluding provincially constituted bodies from definition of "federal board, commission or other tribunal" — Court of Appeal restoring respondent status — Cases upon which Court of Appeal relied distinguished, not followed — Sask. Water again granted intervenor status to defend federal licence — Intervention herein defined to include right of appeal — Necessity for legislative change — Directions for future proceedings, absent amendments to Federal Court Act, where federal licensee immunized from s. 18 proceedings.*

*Pratique — Parties — Intervention — Le juge de première instance a rayé Sask. Water à titre d'intimée puisque l'art. 2 de la Loi sur la Cour fédérale excluait les organismes provinciaux de la définition d'«office fédéral» — La Cour d'appel l'a réintégrée dans sa qualité d'intimée — Une distinction a été faite avec la jurisprudence sur laquelle s'est appuyée la Cour d'appel, si bien que cette jurisprudence n'a pas été suivie — Sask. Water s'est encore une fois vu accorder la qualité d'intervenante pour défendre sa licence fédérale — En l'espace, l'intervention a été définie de manière à inclure le droit d'appel — Nécessité de modifier les textes législatifs — La Cour donne des directives sur la manière d'instruire les instances intentées à l'avenir si aucune modification n'est apportée à la Loi sur la Cour fédérale, lorsqu'un titulaire d'une licence fédérale est à l'abri des procédures fondées sur l'art. 18.*

*Practice — Parties — Joinder — Where federal licensee precluded from respondent status by Federal Court Act, s. 2 because provincially constituted body, R. 1716 not applicable by analogy according to R. 5 as R. 1716 applies only to actions.*

*Pratique — Parties — Jonction — Lorsque l'art. 2 de la Loi sur la Cour fédérale empêche le titulaire d'une licence fédérale d'être poursuivi en qualité d'intimé parce qu'il s'agit d'un organisme provincial, la Règle 1716 ne s'applique pas par analogie aux termes de la Règle 5 puisque la Règle 1716 s'applique seulement à des actions.*

*Practice — "Gap" Rule — Court of Appeal restoring Sask. Water's respondent status after struck as respondent because provincially constituted bodies excepted from definition of "federal board, commission or other tribunal" in Federal Court Act, s. 2 — Cannot invoke R. 5 where matter otherwise provided for by any provision in any Act of Parliament — S. 2 providing Sask. Water cannot be sued pursuant to s. 18.*

*Pratique — Règle des «lacunes» — La Cour d'appel a réintégré Sask. Water dans sa qualité d'intimée après qu'elle ait été rayée à ce titre pour le motif que les organismes provinciaux sont exclus de la définition d'«office fédéral» à l'art. 2 de la Loi sur la Cour fédérale — La Règle 5 ne peut pas être invoquée lorsqu'une question est réglée par ailleurs dans une disposition d'une loi du Parlement — L'art. 2 prévoit que Sask. Water ne peut être poursuivie conformément à l'art. 18.*

*Judges and Courts — Stare decisis — Trial Division Judge, ex mero motu, striking out respondent as provincial creature, not "federal board, commission or other tribunal" (Federal Court Act, s. 2) — Appeal Division restoring respondent status — Trial Division Judge again ordering intervenor status only — Trial Division Judge in invidious position of not following F.C.A. decision or disregarding federal statute which judges of both divisions sworn to uphold — Court of Appeal basing decision on earlier F.C.A. case decided per incuriam — Cases relied on by Court of Appeal not followed, distinguished.*

*Juges et tribunaux — Stare decisis — Le juge de première instance a rayé de son propre chef l'intimée pour le motif qu'il s'agissait d'un organisme provincial et non d'un «office fédéral» visé par l'art. 2 de la Loi sur la Cour fédérale — La Section d'appel l'a réintégrée dans sa qualité d'intimée — Le juge de première instance a une fois de plus ordonné que l'intimée putative soit autorisée à se joindre à l'action à titre d'intervenante seulement — Le juge de première instance était dans la position désagréable où il devait, soit ne pas tenir compte d'un arrêt de la C.A.F., soit ne pas tenir compte d'une loi fédérale que les juges des deux sections sont assermentés pour maintenir — La Cour d'appel a fondé sa décision sur un arrêt antérieur de la C.A.F. prononcé per incuriam — Une distinction a été faite avec la jurisprudence sur laquelle s'est appuyée la Cour d'appel, si bien que cette jurisprudence n'a pas été suivie.*

In November, 1989 the Court, *ex mero motu*, struck out as a respondent Saskatchewan Water Corporation (Sask. Water), which held a federal licence from the respondent Minister, because *Federal Court Act*, section 2 specifically excludes "any body constituted or established by or under a law of a province" from the definition of "federal board, commission or other tribunal". It was given intervenor status. In December 1990, the Court of Appeal restored Sask. Water as a respondent, relying upon *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1990] 2 F.C. 18 (C.A.) and *Adidas (Can.) Ltd. v. Skoro Enterprises Ltd.*, [1971] F.C. 382 (C.A.). The latter case was interpreted to mean that any person who might be adversely affected by an order may be joined as a party to the proceeding so that it can pursue whatever remedy may be open to it by way of appeal therefrom. The Court was thus put in the invidious position of having to disregard either a unanimous panel of the Appeal Division or an unambiguous Act of Parliament which Judges of both divisions are sworn to uphold.

*Held*, Sask. Water should be granted intervenor status.

*Oldman River* was distinguished. There the Court was dealing with the jurisdiction over the Crown in right of Alberta, which is not an entity created by or under any provincial legislation, but by the Constitution concurrently with the creation of the province of Alberta. *Federal Court Act*, section 25 could be invoked in the case of the provincial Crown, but nothing in that section or elsewhere overrides the clear exception in section 2 to what is a "federal board, commission or other tribunal" for purposes of being a respondent in proceedings brought under section 18.

The *Adidas* case appears to have been decided *per incuriam*. The Federal Court of Appeal made no reference to the section 2 definition and exception to "federal board, commission or other tribunal". In any event, it should be distinguished because the putative respondent was not a body like a "federal board, commission or other tribunal". Furthermore, the Court indicated that the principles for joinder of parties which Rule 1716 prescribes should be applied by analogy according to Rule 5. Rule 5 cannot, however, be invoked where any matter arises which is otherwise provided for by any provision in any Act of Parliament. *Federal Court Act*, section 2 provides that a body such as Sask. Water cannot be sued under section 18. Rule 1716 did not apply because it applies only to actions, not to motions or other proceedings. A person or corporation over whom the Court could not have exercised jurisdiction *ab initio* cannot be added as a party respondent.

Sask. Water should be permitted to join in these proceedings as an intervenor to defend its federal licence and so that it might appeal against any order which impinges upon its rights under the licence. Sask. Water has undertaken to pay any costs awarded against it. In the absence of any specific rule that the applicants should be liable to pay costs to Sask. Water, the applicants shall not be liable to pay any of Sask. Water's costs. Rule 5 permits the Court in a situation of intervention by necessity to determine the practice and procedure by analogy to

En novembre 1989, la Cour a rayé de son propre chef Saskatchewan Water Corporation (Sask. Water) à titre d'intimée, laquelle était titulaire d'une licence fédérale du ministre intimé, du fait que l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* excluait de façon spécifique «un organisme constitué en vertu d'une loi provinciale» de la définition d'office fédéral. Sask. Water s'est vu accorder la qualité d'intervenante. En décembre 1990, la Cour d'appel a réintégré Sask. Water dans sa qualité d'intimée, en s'appuyant sur les arrêts *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1990] 2 C.F. 18 (C.A.) et *Adidas (Can.) Ltd. c. Skoro Enterprises Ltd.*, [1971] C.F. 382 (C.A.). Ce dernier arrêt a été interprété comme signifiant que toute personne à qui une ordonnance risque d'être défavorable peut être jointe comme partie à l'instance de manière à lui permettre d'obtenir toute réparation pouvant s'offrir à elle par voie d'appel de cette ordonnance. La Cour a donc été placée dans la position désagréable où elle devait, soit ne pas tenir compte d'une décision unanime de la Section d'appel, soit ne pas tenir compte d'une loi du Parlement, laquelle est dénuée d'ambiguïté, alors que les juges des deux sections sont assermentés pour la maintenir.

*Jugement*: Sask. Water devrait se voir accorder la qualité d'intervenante.

Distinction a été faite avec l'arrêt *Oldman River*. Dans cette affaire, la Cour devait statuer sur la compétence à l'égard de la Couronne du chef de l'Alberta, laquelle n'est pas une entité créée par une loi provinciale mais plutôt une entité créée par la Constitution de façon concurrente avec la création de la province de l'Alberta. L'article 25 de la *Loi sur la Cour fédérale* pourrait être invoqué dans le cas de la Couronne provinciale, mais rien dans cet article ni ailleurs ne déroge à l'exception claire prévue à l'article 2 de ce qu'est un office fédéral, aux fins d'avoir qualité d'intimé dans une action intentée en vertu de l'article 18.

L'affaire *Adidas* semble avoir été tranchée *per incuriam*. La Cour d'appel fédérale n'a pas mentionné la définition prévue à l'article 2 d'un «office fédéral» et ses exceptions. Quoi qu'il en soit, une distinction devrait être faite avec cet arrêt car l'intimé putatif n'était pas un organisme comme un «office fédéral». En outre, la Cour a indiqué que les principes pour la jonction de parties que la Règle 1716 prescrit devraient être appliqués par analogie, conformément à la Règle 5. Cependant, la Règle 5 ne peut pas être invoquée lorsque la question est réglée par ailleurs dans une disposition d'une loi du Parlement. L'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* prévoit qu'un organisme comme Sask. Water ne peut pas être poursuivi conformément à l'article 18. La Règle 1716 ne s'appliquait pas puisqu'elle vise seulement les actions et non pas les requêtes ou autres instances. Une personne physique ou morale sur laquelle la Cour ne pouvait pas exercer sa compétence dès le départ ne peut être mise en cause à titre d'intimée.

Sask. Water devrait être autorisée à se joindre à l'action à titre d'intervenante afin de défendre sa licence fédérale et de faire appel de toute ordonnance limitant ses droits en vertu de cette licence. Sask. Water a accepté de payer les dépens que la Cour pourra lui imposer. À défaut de règle particulière voulant que les requérants doivent payer les dépens à Sask. Water, ces derniers ne sauraient être tenus de payer les dépens de celle-ci. La Règle 5 permet à la Cour, dans cette situation d'intervention par nécessité, de déterminer la pratique et la procédure par



the other provisions of these Rules, or to the Saskatchewan practice. The only case law cited dealt with control of the Court's own process. Rule 1010, an admiralty rule permitting intervention in an action *in rem*, requires the Court to define the intervenor's rights. That Rule, by an invocation of Rule 5, would be applied herein such that, in addition to permitting the intervention on the same terms as in the original section 18 proceedings, Sask. Water is given the right to appeal an adverse order impinging upon its rights as a federal licensee.

The *ad hoc* nature of this disposition which circumvented the Court's statutory absence of jurisdiction and the need for legislation to solve the problem which is likely to arise again in this new field of cross-jurisdictional, federal environmental law was recognized. The Court should never again exercise its discretion in this *ad hoc* manner. In future, absent amendments to the *Federal Court Act*, where a federal licensee is immunized from section 18 proceedings, the applicants ought to serve the licensee with copies of their section 18 process in a timely fashion. The licensee could then commence a parallel section 18 proceeding claiming prerogative relief against the federal authority, seeking simultaneously to have its section 18 application heard at the same time as the applicants' motion. The immune licensee would then be an original full party.

#### 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. 101.
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 41(a), 45.
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2, 18, 19, 25.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### NOT FOLLOWED:

*Adidas (Can.) Ltd. v. Skoro Enterprises Ltd.*, [1971] F.C. 382; (1971), 12 C.P.R. (2d) 67 (C.A.).

##### DISTINGUISHED:

*Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1990] 2 F.C. 18; (1990), 68 D.L.R. (4th) 375 (C.A.).

##### CONSIDERED:

*Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*, [1990] 1 F.C. 595; (1989), 32 F.T.R. 81 (T.D.); *Canadian Wildlife Federation Inc. et al. v. Canada (Minister of the Environment) and Saskatchewan Water Corp.* (1989), 31 F.T.R. 1 (F.C.T.D.);

analogie avec les autres dispositions de ces règles ou avec la pratique en Saskatchewan. La seule jurisprudence citée portait sur le contrôle par la Cour sur ses propres instances. La Règle 1010, une règle en matière d'amirauté qui permet l'intervention dans une action *in rem* oblige la Cour à définir les droits de l'intervenante. Cette Règle, par le biais de la Règle 5, s'appliquerait en l'espèce de manière à permettre à Sask. Water d'en appeler d'une ordonnance défavorable qui porterait atteinte à ses droits en tant que titulaire d'une licence fédérale, en plus d'intervenir aux mêmes conditions que l'action initiale en vertu de l'article 18.

La Cour a reconnu la nature *ad hoc* de cette disposition, qui pallie l'absence de compétence légale de la Cour ainsi que la nécessité de régler par voie législative le problème qui risque probablement de se reproduire dans ce nouveau domaine du droit fédéral de l'environnement qui fait intervenir différents ressorts. La Cour ne devrait jamais plus exercer son pouvoir discrétionnaire de cette façon *ad hoc*. À l'avenir, si aucune modification n'est apportée à la *Loi sur la Cour fédérale*, lorsqu'un titulaire d'une licence fédérale est à l'abri des procédures fondées sur l'article 18, les requérants devraient signifier au titulaire de licence des copies de leur procédure en vertu de l'article 18, en temps opportun. Le titulaire de licence pourrait ensuite intenter une action parallèle en vertu de l'article 18 en vue d'obtenir un bref de prérogative à l'encontre de l'autorité fédérale et chercher en même temps à faire entendre sa demande fondée sur l'article 18 en parallèle avec la requête des requérants. Le titulaire de licence à l'abri serait alors une partie originale de plein droit.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 101.
- Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 41a), 45.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 2, 18, 19, 25.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION NON SUIVIE:

*Adidas (Can.) Ltd. c. Skoro Enterprises Ltd.*, [1971] C.F. 382; (1971), 12 C.P.R. (2d) 67 (C.A.).

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1990] 2 C.F. 18; (1990), 68 D.L.R. (4th) 375 (C.A.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'environnement)*, [1990] 1 C.F. 595; (1989), 32 F.T.R. 81 (1<sup>re</sup> inst.); *Fédération canadienne de la faune Inc. et autres c. Canada (Ministre de l'environnement) et Saskatchewan Water Corp.* (1989), 31 F.T.R. 1

*Carruthers v. Therapeutic Abortion Committees*, [1983] 2 F.C. 581; (1983), 1 Admin. L.R. 266 (T.D.); affd. (1983), 6 D.L.R. (4th) 57; 4 Admin. L.R. 51; 50 N.R. 373 (F.C.A.); *Halco Inc. v. Sandrin Brothers (1968) Ltd.*, A-582-85, F.C.A., Hugessen J.A., judgment dated 17-2-86, not reported; *Fishing Vessel Owners' Assn. of B.C. v. A.G. Can.* (1985), 1 C.P.C. (2d) 312; 57 N.R. 376 (F.C.A.).

## REFERRED TO:

*Union Oil Co. of Canada Ltd. v. The Queen*, [1976] 1 F.C. 74; (1975), 72 D.L.R. (3d) 81 (C.A.); affd. [1976] 2 S.C.R. v; *Martinoff v. Gossen*, [1978] 2 F.C. 537; (1978), 46 C.C.C. (2d) 368 (T.D.); *Canadian Red Cross Society v. Simpsons Limited*, [1983] 2 F.C. 372; (1983), 70 C.P.R. (2d) 19 (T.D.); *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1986] 2 F.C. 233; (1986), 1 C.I.P.R. 53; 9 C.P.R. (3d) 193; 1 F.T.R. 310 (T.D.); *Corporation of the City of Toronto v. Morencie*, [1989] 1 S.C.R. vii; (1989), 104 N.R. 298.

## AUTHORS CITED

Sgayias, David et al. *Federal Court Practice 1990*, Toronto: Carswell, 1990.

## COUNSEL:

*Allan W. Scarth, Q.C.*, and *Gordon H. A. Mackintosh* for applicants.  
*Craig J. Henderson* for respondent Minister of the Environment.  
*D. E. Gauley, Q.C.*, *C. Wheatley* and *R. G. Kennedy* for intervenor Saskatchewan Water Corporation.

## SOLICITORS:

*Thompson, Dorfman & Sweatman*, Winnipeg, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent Minister of the Environment.  
*Gauley & Company*, Saskatoon, Saskatchewan and Saskatchewan Water Corporation, Moose Jaw, Saskatchewan, for intervenor Saskatchewan Water Corporation.

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

MULDOON J.: At the earlier convocation of the hearing of this matter, on November 30, 1989 [*sub nom. Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*], [1990] 1 F.C. 595], the Court *ex mero motu* struck out the Saskatchewan Water Corporation (hereinafter

(C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Carruthers c. Comités de l'avortement thérapeutique*, [1983] 2 C.F. 581; (1983), 1 Admin. L.R. 266 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par (1983), 6 D.L.R. (4th) 57; 4 Admin. L.R. 51; 50 N.R. 373 (C.A.F.); *Halco Inc. c. Sandrin Brothers (1968) Ltd.*, A-582-85, C.A.F., juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 17/2/86, non publié; *Fishing Vessel Owners' Assn. of B.C. c. P.G. Can.* (1985), 1 C.P.C. (2d) 312; 57 N.R. 376 (C.A.F.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Union Oil Co. of Canada Ltd. c. La Reine*, [1976] 1 C.F. 74; (1975), 72 D.L.R. (3d) 81 (C.A.); conf. par [1976] 2 R.C.S. v; *Martinoff c. Gossen*, [1978] 2 C.F. 537; (1978), 46 C.C.C. (2d) 368 (1<sup>re</sup> inst.); *Société canadienne de la Croix-Rouge c. Simpsons Limited*, [1983] 2 C.F. 372; (1983), 70 C.P.R. (2d) 19 (1<sup>re</sup> inst.); *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1986] 2 C.F. 233; (1986), 1 C.I.P.R. 53; 9 C.P.R. (3d) 193; 1 F.T.R. 310 (1<sup>re</sup> inst.); *Corporation of the City of Toronto c. Morencie*, [1989] 1 R.C.S. vii; (1989), 104 N.R. 298.

## DOCTRINE

Sgayias, David et al. *Federal Court Practice 1990*, Toronto: Carswell, 1990.

## AVOCATS:

*Allan W. Scarth, c.r.*, et *Gordon H. A. Mackintosh* pour les requérants.  
*Craig J. Henderson* pour le ministre de l'Environnement, intimé.  
*D. E. Gauley, c.r.*, *C. Wheatley* et *R. G. Kennedy* pour Saskatchewan Water Corporation, intervenante.

## PROCUREURS:

*Thompson, Dorfman & Sweatman*, Winnipeg, pour les requérants.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le ministre de l'Environnement, intimé.  
*Gauley & Company*, Saskatoon (Saskatchewan) et Saskatchewan Water Corporation, Moose Jaw (Saskatchewan), pour Saskatchewan Water Corporation, intervenante.

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

LE JUGE MULDOON: À la convocation précédente de l'audience sur cette affaire, le 30 novembre 1989 [*sub nom. Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*], [1990] 1 C.F. 595], la Cour a rayé de son propre chef la Saskatchewan Water Corporation

Sask. Water) in the capacity of respondent, and, with the consent of the other parties, and upon the application of Sask. Water, accorded it the status of an intervenor. The reason for that order, altering Sask. Water's status, was based on the specific exclusion of the creature of a province from the designation of "federal board, commission or other tribunal" effected in section 2 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7. There the Court noted that, were it not for that specific exclusion, Sask. Water, as the holder of a federal licence from the respondent Minister which has undertaken to obey and observe all the relevant laws of Canada, could well evince the status of a federal board, commission or other tribunal, for the purpose of being impleaded as a respondent pursuant to section 18 of the *Federal Court Act*. However, because Sask. Water is a "body constituted by or under a law of a province", it is specifically excluded from the designation of "federal board, commission or other tribunal" which otherwise broadly is the sole object of both paragraphs (a) and (b) of section 18 of the *Federal Court Act*.

Upon appeal against the Court's substantive order pronounced on December 28, 1989 [(1989), 31 F.T.R. 1 (F.C.T.D.)], the particular division of the Appeal Division which heard the appeal unanimously restored Sask. Water to the status of respondent, according to footnote 10 of its unanimous reasons for judgment (A-48-90) rendered on December 21, 1990 [[1991] 1 F.C. 641]. This the Appeal Division did, not of its own motion, but on the application of Sask. Water. It was an extremely practical gesture by that panel of the Appeal Division and one for which the law should long have made provision "for the better administration of the laws of Canada" pursuant to section 101 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]].

Although section 19 of the *Federal Court Act* comes to mind because, according to counsel for Sask. Water, the Legislature of Saskatchewan has passed an Act to comply with the terms of paragraph 19(a), if not also (b), those provisions do not apply to the present case. This case would, however, fit classically into section 25 of the *Federal*

(ci-après désignée «Sask. Water») à titre d'intimée et, avec le consentement des autres parties et à la demande de Sask. Water, elle lui a accordé la qualité d'intervenante. Cette ordonnance, qui modifiait la qualité de Sask. Water, était fondée sur l'exclusion spécifique d'un organisme provincial de toute désignation à titre d'«office fédéral», en vertu de l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7. La Cour a alors fait remarquer que, n'eût été cette exclusion spécifique, Sask. Water, en tant que détentrice d'une licence fédérale du ministre intimé qui avait accepté d'obéir à toutes les lois pertinentes du Canada, pouvait très bien faire la preuve de son statut d'«office fédéral», afin d'être mise en cause comme intimée, conformément à l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Cependant, comme Sask. Water est «un organisme constitué en vertu d'une loi provinciale», elle est exclue de façon spécifique de la désignation à titre d'«office fédéral» qui fait autrement et en grande partie l'objet unique des alinéas a) et b) de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Vu l'appel à l'encontre de l'ordonnance sur le fond prononcée par la Cour, le 28 décembre 1989 [(1989), 31 F.T.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)], la formation particulière de la Section d'appel qui a entendu l'appel a réintégré Sask. Water à l'unanimité dans sa qualité d'intimée, d'après la note 10 de ses motifs de jugement unanimes (A-48-90), prononcés le 21 décembre 1990 [[1991] 1 C.F. 641]. La Section d'appel a ainsi procédé, non pas à sa propre initiative, mais à la demande de Sask. Water. C'était un geste extrêmement pratique de la part de cette formation de la Section d'appel et que le droit aurait dû prévoir depuis longtemps pour «la meilleure administration des lois du Canada», conformément à l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]].

Bien que l'article 19 de la *Loi sur la Cour fédérale* vienne à l'esprit parce que, de l'avis de l'avocat de Sask. Water, la législature de la Saskatchewan a adopté une loi pour respecter les termes de l'alinéa 19a), si ce n'est aussi de 19b), ces dispositions ne s'appliquent pas en l'espèce. La présente affaire se rattacherait, cependant, de

*Court Act*, were it not for the absolutely clear and imperative words of exclusion of Sask. Water from proceedings pursuant to section 18, as mandated by the designation of a “federal board, commission or other tribunal”, which is restrictively sculpted in section 2.

The disposition of the Court of Appeal in the Tetzlaff brothers’ appeal above noted, puts this Court in the invidious position of either disregarding the unanimous panel of the Appeal Division or disregarding the unambiguous Act of Parliament. The footnote by which the panel reported its restoration of the respondent status to Sask. Water runs as follows [at page 649]:

<sup>10</sup>By order made *ex mero motu*, dated November 30, 1989 [[1990] 1 F.C. 595 (T.D.)], Muldoon J. struck out Sask. Water as a respondent for want of jurisdiction in this Court but allowed Sask. Water to participate as an intervenor and amended the style of cause accordingly. See Appeal Book, Tab 4 Sask. Water by notice of motion, dated November 19, 1990, sought an order adding Sask. Water as a party respondent/cross-appellant in these proceedings and this Court granted the order requested relying on *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1990] 2 F.C. 18 (C.A.), at p. 52, and ordered the style of cause to be so amended. Sask. Water also sought to adduce additional evidence pursuant to Rule 1102 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] but this was denied.

The passage referred to in the unanimous *Oldman River [Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)]*, [1990] 2 F.C. 18 (C.A.) reasons for judgment, at page 52, runs thus:

#### THE PROVINCIAL CROWN

Two questions need be discussed at this point, namely, the jurisdiction of the Court over Her Majesty in right of Alberta as a party respondent and, secondly, whether that party is immune from the provisions of the *Navigable Waters Protection Act*.

#### Jurisdiction

The issue was raised before us but not in the Court below, and derives from the decision of the Trial Division of November 30, 1989 in the *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*, [[1990] 1 F.C. 595 (T.D.)], matter. It was there held the Court lacked jurisdiction over one of the respondents because, as a body constituted and established by the laws of Saskatchewan, it was not a “federal board, commission or other tribunal” as defined in section 2 of the *Federal Court Act*. The question here is whether Her Majesty the Queen in right of Alberta is to be similarly viewed

façon classique, à l’article 25 de la *Loi sur la Cour fédérale*, s’il n’y avait pas ces termes absolument clairs et impératifs d’exclusion de Sask. Water de l’instance, conformément à l’article 18, comme l’impose la désignation d’un «office fédéral», formulée de façon restrictive à l’article 2.

La décision de la Cour d’appel dans l’appel des frères Tetzlaff susmentionné place la présente Cour dans la position désagréable où elle peut, soit ne pas tenir compte du tribunal unanime de la Section d’appel, soit ne pas tenir compte de la loi du Parlement, laquelle est dénuée d’ambiguïté. Le renvoi par lequel le tribunal a énoncé la réintégration de Sask. Water dans sa qualité d’intimée est libellé comme suit [à la page 649]:

<sup>10</sup>Par ordonnance rendue de son propre chef le 30 novembre 1989 [[1990] 1 C.F. 595 (1<sup>re</sup> inst.)], le juge Muldoon a rayé Sask. Water à titre d’intimée pour cause de défaut de compétence de la Cour, mais lui a permis de participer à titre d’intervenante et a modifié l’intitulé de la cause en conséquence. Voir le Dossier d’appel, étiquette 4. Par avis de requête en date du 19 novembre 1990, Sask. Water a demandé à être partie à l’instance à titre d’intimée/appelante reconventionnelle; la Cour a fait droit à la requête en s’appuyant sur *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1990] 2 C.F. 18 (C.A.); à la p. 52, et ordonné la modification de l’intitulé de la cause en conséquence. Sask. Water a également demandé à produire de nouvelles preuves sous le régime de la Règle 1102 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663], mais cette demande a été rejetée.

Le passage mentionné dans les motifs de jugement unanimes de *Oldman River [Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)]*, [1990] 2 C.F. 18 (C.A.), à la page 52, est formulé comme suit:

#### LA COURONNE PROVINCIALE

Deux questions doivent maintenant être discutées: celle de savoir si la Cour est compétente à l’égard de Sa Majesté la Reine du chef de l’Alberta en qualité d’intimée; et, en second lieu, celle de savoir si cette partie est à l’abri des dispositions de la *Loi sur la protection des eaux navigables*.

#### La compétence

Cette question a été soulevée devant notre Cour sans l’avoir été devant la Section de première instance. Elle découle de la décision prononcée par la Section de première instance le 30 novembre 1989 dans l’affaire *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l’Environnement)*, [[1990] 1 C.F. 595 (1<sup>re</sup> inst.)]. Il y a été conclu que la Cour n’était pas compétente à l’égard d’un des intimés parce que, en qualité d’organisme constitué et établi par les lois de la Saskatchewan, elle ne constituait pas un «office fédéral» au sens de la définition de l’article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*. La question en l’espèce consiste à savoir si Sa Majesté la Reine du chef de l’Alberta doit être considérée de la même façon, et si, en

and, accordingly, whether we should find that the Court is without jurisdiction over this party.

It seems to me that the point was settled by this Court in *Adidas (Can.) Ltd. v. Skoro Enterprises Ltd.*, [1971] F.C. 382, which I interpret as holding that any person who might be adversely affected by an order such as the one here sought may be joined as a party to the proceeding "so that it can pursue whatever remedy may be open to it by way of appeal therefrom". In my opinion, the party in question is properly before us as a party respondent.

First of all, it must be noted, and not as a mere technicality, that the Crown in right of Alberta is not an entity created by or under any provincial legislation whatever, but rather created by the Constitution concurrently with the creation, in 1905, of the province of Alberta. Each province has the power to amend its own constitution (now section 45 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]) except as regards the office of Lieutenant Governor (now section 41, paragraph (a)), that is to say, the Queen's representative. Such a distinction between the Crown in right of a province, and a body such as Sask. Water, created by provincial legislation is so marked that in the case of the provincial Crown, it is quite probable that section 25 of the *Federal Court Act* could be invoked. Alas, nothing in section 25, or elsewhere, proclaims that it overrides the clear exception to what is a federal board, commission or other tribunal for purposes of being a respondent in proceedings brought pursuant to section 18 of the *Federal Court Act*.

Next, the decision announced in footnote 10 must be traced back for its basis to *Adidas (Can.) Ltd. v. Skoro Enterprises Ltd.*, [1971] F.C. 382 (C.A.), since the judgment in the *Oldman River* case, at page 52, does not deal with the status of a body created by provincial legislation, as is Sask. Water. In the *Adidas* case, above noted, the Appeal Division characterized the proceedings as having been brought by Skoro for a *mandamus* directing the Deputy Minister of National Revenue to admit into Canada certain shoes belonging to Skoro and held by customs officials. The Court there noted that [at page 383]:

conséquence, nous devrions conclure que notre Cour est sans compétence en ce qui concerne cette partie.

Ce point me semble avoir été réglé par cette Cour dans l'arrêt *Adidas (Can.) Ltd. c. Skoro Enterprises Ltd.*, [1971] C.F. 382, que j'interprète comme concluant que toute personne à qui une ordonnance comme celle demandée en l'espèce risque d'être défavorable peut être jointe comme partie à l'instance «de manière à lui permettre d'obtenir toute réparation pouvant s'offrir à elle par voie d'appel de cette ordonnance». À mon avis, Sa Majesté du chef de l'Alberta comparait régulièrement devant notre Cour en qualité de partie intimée.

Tout d'abord, il faut noter, et ceci n'est pas une simple technicalité, que la Couronne du chef de l'Alberta n'est pas une entité créée par une loi provinciale, quelle qu'elle soit, mais plutôt créée par la Constitution de façon concurrente avec la création, en 1905, de la province de l'Alberta. Chaque province a le pouvoir de modifier sa propre constitution (conformément à l'article 45 actuel de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11* (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]), sauf en ce qui concerne la charge de lieutenant gouverneur (conformément à l'alinéa 41a) actuel), c'est-à-dire, l'agent de la Couronne. Une telle distinction entre la Couronne, du chef de la province, et un organisme comme Sask. Water, créé par une législation provinciale, est si marquée que, dans le cas de la Couronne provinciale, il est tout à fait probable que l'article 25 de la *Loi sur la Cour fédérale* pourrait être invoqué. Hélas, rien dans l'article 25, ni ailleurs, ne proclame qu'il déroge à l'exception claire de ce qu'est un office fédéral, pour avoir qualité d'intimé dans une action intentée en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Ensuite, la décision annoncée au renvoi 10 doit être rapprochée de l'affaire *Adidas (Can.) Ltd. c. Skoro Enterprises Ltd.*, [1971] C.F. 382 (C.A.), puisque le jugement dans l'affaire *Oldman River*, à la page 52, ne traite pas de la qualité pour agir d'un organisme créé par la législation provinciale, comme c'est le cas de Sask. Water. Dans l'affaire *Adidas* (précitée), la Section d'appel a déclaré que l'instance avait été intentée par Skoro en vue d'un *mandamus* ordonnant au sous-ministre du Revenu national d'admettre au Canada des chaussures appartenant à Skoro et détenues par des fonctionnaires des douanes. La Cour a alors fait remarquer [à la page 383] que:

Jurisdiction to entertain such a proceeding is conferred on the Trial Division by section 18 of the *Federal Court Act* and the procedure for its exercise is prescribed by Rule 603.

One will search in vain for any sign that the Court in the *Adidas* case ever adverted to the definition and its exception in section 2 of a “federal board, commission or other tribunal” which is the specific target for relief in section 18 proceedings, according to that very section. One must wonder what section 18 relief in the nature of *mandamus* could be accorded against the applicant’s competitor, Adidas, and to what claim for relief it could be called upon to respond in addition to the direct response of the properly impleaded deputy minister. With utmost respect to the learned Judges who composed that division of the Federal Court of Appeal, the *Adidas* case appears to have been decided *per incuriam*. In any event the putative respondent was not a body like a “federal board, commission or other tribunal”, nor yet Sask. Water.

Indeed at page 385, the Court indicated that the particular “principles for joinder of parties which [Rule 1716] prescribes should be applied by analogy pursuant to Rule 5”. That Rule is thereupon recited:

Rule 5. In any proceeding in the Court where any matter arises not otherwise provided for by any provision in any Act of the Parliament of Canada or by any general rule or order of the Court (except this rule), the practice and procedure shall be determined by the Court (either on a preliminary motion for directions, or after the event if no such motion has been made) for the particular matter by analogy

- (a) to the other provisions of these Rules, or
- (b) to the practice and procedure in force for similar proceedings in the courts of that province to which the subject matter of the proceedings most particularly relates,

whichever is, in the opinion of the Court, most appropriate in the circumstances. [Emphasis not in original text.]

Clearly, as Rule 5 itself states, it cannot be invoked where any matter arises which is otherwise provided for by any provision in any Act of Parliament. That Sask. Water cannot be sued pursuant to section 18 is indeed provided in section 2 of the *Federal Court Act*, a genuine Act of Parliament. It needs no great elaboration to assert that any rule of Court which is, operates or is interpreted to be, repugnant or otherwise contra-

L'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* confère à la Division de première instance la compétence d'entendre une telle demande et la Règle 603 . . . en donne la procédure.

On peut chercher en vain des indices selon lesquels la Cour, dans l'affaire *Adidas*, a invoqué la définition et ses exceptions dans l'article 2 d'un «office fédéral» qui est l'objectif particulier de la réparation dans une action en vertu de l'article 18, d'après cet article même. On peut se demander quelle réparation en vertu de l'article 18, de la nature d'un *mandamus*, pourrait être accordée à l'encontre du concurrent du requérant, Adidas, et à quelle demande de réparation il faudrait faire appel pour répondre, en outre, à la réaction directe du sous-ministre mis en cause à bon droit. Avec le plus grand respect pour les juges qui composaient cette formation de la Cour d'appel fédérale, l'affaire *Adidas* semble avoir été tranchée *per incuriam*. Quoi qu'il en soit, l'intimé putatif n'était pas un organisme comme un «office fédéral» ni même encore Sask. Water.

En réalité, à la page 385, la Cour a indiqué que les principes particuliers pour la constitution de parties que la (Règle 1716) prescrit devraient être appliqués par analogie, conformément à la Règle 5. Cette Règle est présentée ci-après:

Règle 5. Dans toute procédure devant la Cour, lorsque se pose une question non autrement visée par une disposition d'une Loi du Parlement du Canada ni par une règle ou ordonnance générale de la Cour (hormis la présente règle), la Cour déterminera (soit sur requête préliminaire sollicitant des instructions, soit après la survenance de l'événement si aucune requête de ce genre n'a été formulée) la pratique et la procédure à suivre pour cette question par analogie

- (a) avec les autres dispositions des présentes Règles, ou
- (b) avec la pratique et la procédure en vigueur pour des procédures semblables devant les tribunaux de la province à laquelle se rapporte plus particulièrement l'objet des procédures,

selon ce qui, de l'avis de la Cour, convient le mieux en l'espèce. [Non souligné dans le texte original.]

Il est clair, comme le dit la Règle 5, qu'il ne peut pas être invoqué lorsque la question est déjà réglée par ailleurs dans une disposition d'une loi du Parlement. Le fait que Sask. Water ne puisse pas être poursuivie conformément à l'article 18 est effectivement prévu à l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, une loi authentique du Parlement. Il n'est pas nécessaire de beaucoup élaborer pour dire qu'une règle de la Cour qui déroge dans sa

dictory to an Act of Parliament is, to such extent, an *ultra vires* rule of Court.

As for Rule 1716, it provides for the joinder of parties in an action, as noted at page 734 of *Federal Court Practice 1990*, Sgayias, Kinneer, Rennie & Saunders (Carswell) and it "applies only to actions and not to motions or other proceedings." Cited in support are: *Canadian Red Cross Society v. Simpsons Limited*, [1983] 2 F.C. 372 (T.D.) (Mahoney J. [as he then was]); *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1986] 2 F.C. 233 (T.D.) (Walsh J.), upheld unanimously without written reasons by the Appeal Division (Heald, Urie & Mahoney J.J.A.), (1986), 10 C.P.R. (3d) 288. Rule 1716 has no application in these proceedings pursuant to section 18 of the *Federal Court Act*.

There is a copious jurisprudence in this Court to the effect that no person can be added as a party respondent over whom the Court could have exercised no jurisdiction in the first place. That proposition seems to be abundantly obvious, for if the Court could not exercise jurisdiction over a person or corporation *ab initio* and therefore could not give an appropriate remedy in favour of the applicant, the proposed respondent can hardly be winked or wished under the Court's jurisdiction even if it asks to be impleaded as a respondent as does Sask. Water in this instance.

The obvious consequence of attempting to implead a party over whom the Court can exercise no jurisdiction can be seen in *Union Oil Co. of Canada Ltd. v. The Queen*, [1976] 1 F.C. 74 (C.A.) which the Supreme Court of Canada upheld with costs [1976] 2 S.C.R. v. So also was the result in the section 18 application of *Carruthers v. Therapeutic Abortion Committees*, [1983] 2 F.C. 581 (T.D.) (Collier J.), upheld unanimously on appeal, (1983), 6 D.L.R. (4th) 57, where Mr. Justice Heald wrote (at pages 63-64):

It is clear from the record that the entity which created the T.A.C. is the board of directors of the hospital through a resolution of the board. The board of directors derives its

nature, dans son fonctionnement ou dans son interprétation ou autrement contradictoire, à une loi du Parlement est, dans cette mesure, une règle *ultra vires*.

<sup>a</sup> Quant à la Règle 1716, il est prévu une jonction des parties à l'action, comme il est noté à la page 734 de *Federal Court Practice 1990* de Sgayias, Kinneer, Rennie & Saunders (Carswell) et cette <sup>b</sup> jonction ne s'applique qu'[TRADUCTION] «à des actions et non pas à des requêtes ou autres instances». Ont été citées à l'appui les affaires *Société canadienne de la Croix-Rouge c. Simpsons Limited*, [1983] 2 C.F. 372 (1<sup>re</sup> inst.) (juge <sup>c</sup> Mahoney [tel était alors son titre]); *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1986] 2 C.F. 233 (1<sup>re</sup> inst.) (juge Walsh), maintenue à l'unanimité sans motifs écrits par la Section d'appel (les juges d'appel Heald, Urie et Mahoney), (1986), 10 <sup>d</sup> C.P.R. (3d) 288. La Règle 1716 n'a pas d'application en l'instance, conformément à l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

<sup>e</sup> Il existe une jurisprudence abondante dans la présente Cour pour dire que nul ne peut être ajouté à titre de partie intimée si la Cour n'est pas compétente en ce qui le concerne. Cette proposition semble être largement évidente car si la Cour ne peut pas exercer sa compétence sur une personne physique ou morale dès le départ et, par conséquent, ne peut pas donner une réparation appropriée au requérant, l'intimé proposé ne peut pas être accueilli par la Cour, même s'il demande d'être mis en cause à titre d'intimé, comme le fait <sup>f</sup> Sask. Water en l'instance.

La conséquence évidente de toute tentative de mise en cause d'une partie sur laquelle la Cour ne peut pas exercer sa compétence ressort de la décision *Union Oil Co. of Canada Ltd. c. La Reine*, [1976] 1 C.F. 74 (C.A.) que la Cour suprême a maintenue avec les dépens [1976] 2 R.C.S. v. Tel était aussi le résultat obtenu par la demande fondée sur l'article 18 dans l'affaire *Carruthers c. Comités de l'avortement thérapeutique*, [1983] 2 <sup>i</sup> C.F. 581 (1<sup>re</sup> inst.) (juge Collier), maintenu à l'unanimité en appel, (1983), 6 D.L.R. (4th) 57, dans laquelle M. le juge Heald a écrit (aux pages 63 et 64):

<sup>j</sup> Il ressort clairement du dossier que l'entité qui a créé le C.A.T. est le conseil d'administration de l'hôpital qui a adopté une résolution à cet effet. Le conseil d'administration tire ses

overall authority from the provincial legislation and its resolutions are authorized by the general law governing societies. Thus, I agree with the trial judge when he said that: "The authority, under which the therapeutic abortion committee acts and the mechanisms of setting it up, comes from provincial law." I also agree with counsel for the respondent that when one is considering the exception to the definition of "federal board, commission or other tribunal" in s. 2 of the *Federal Court Act*, the question of the powers of the tribunal are not in issue since to bring the subject tribunal within that definition initially, the exercise or purported exercise of federal powers is a condition precedent. I have therefore concluded that the appellants' submissions on this issue must be rejected.

I find no substance in [counsel's further constitutional] submission. The T.A.C. is constituted, established and functions under the law of the Province of British Columbia and more specifically, pursuant to provisions in two provincial statutes, the *Societies Act* and the *Hospitals Act*. The regulation and control of hospitals is clearly a provincial matter. The general subject of the performing of abortions is also a provincial matter subject to any prohibitions of the criminal law. Accordingly, I find no constitutional impediment to the appointment of therapeutic abortion committees by the boards of directors of hospitals in a province.

For all of the above reasons, I have concluded that the appeal should be dismissed with costs.

There that committee, and here Sask. Water, are not federal boards, commissions or other tribunals because they are specifically exempted from the definition of such, by unambiguous words in section 2 of the *Federal Court Act*.

The same consequence came about in *Martinoff v. Gossen*, [1978] 2 F.C. 537 (T.D.), (Collier J.), affirmed without written reasons by the Appeal Division as reported at (1979), 46 C.C.C. (2d) 368n. And so it was similarly in *Halco Inc. v. Sandrin Brothers (1968) Ltd.*, A-582-85 (February 17, 1986) where Mr. Justice Hugessen said for the unanimous Court, in an action where the same principle emerged [at pages 1-2]:

Respondent has sued for damages resulting from a fire occurring during certain repair work carried out by appellant on respondent's ship. Appellant alleges that the damage was due to a faulty fire extinguisher supplied to the ship by Toronto Fire Control Company Limited. The Trial Division refused appellant's application to have Toronto Fire Control joined as a party defendant, hence the present appeal.

Appellant applied to add Toronto Fire Control as a defendant pursuant to Rule 1716 because, according to counsel, there

pouvoirs généraux des dispositions législatives provinciales et il est autorisé à adopter des résolutions par le droit général régissant les sociétés. Par conséquent, je partage l'avis du juge de première instance lorsqu'il dit: «Le pouvoir en vertu duquel le comité de l'avortement thérapeutique est créé et agit est attribué par une loi provinciale». Comme l'avocat des intimés, j'estime que lorsqu'on examine l'exception à la définition de «office, commission ou autre tribunal fédéral» contenue à l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, les pouvoirs du tribunal ne sont pas en cause car pour que ledit tribunal soit visé par cette définition, l'exercice ou l'exercice présumé de pouvoirs conférés par des lois fédérales est une condition préalable. Je conclus, par conséquent, que les arguments des appelants sur ce point doivent être rejetés.

J'estime que cet argument n'est pas fondé. Le C.A.T. est constitué et établi sous le régime de la loi de la Colombie-Britannique et, plus particulièrement, conformément aux dispositions de deux lois provinciales, la *Societies Act* et la *Hospitals Act*. La réglementation et le contrôle des hôpitaux est manifestement une question de compétence provinciale. Le fait de procurer des avortements est aussi une question qui relève des provinces et est soumise aux prohibitions prévues par le droit pénal. Par conséquent, j'estime qu'il n'existe aucun obstacle d'ordre constitutionnel à la nomination de comités de l'avortement thérapeutique par les conseils d'administration des hôpitaux dans une province.

Par ces motifs, je conclus que l'appel devrait être rejeté avec dépens.

Dans cette affaire, le comité et, ici, Sask. Water, ne sont pas des commissions fédérales ou autres tribunaux fédéraux parce qu'ils sont spécifiquement exclus de la définition de ceux-ci, en des termes dénués de toute ambiguïté à l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

La même conséquence est survenue dans l'affaire *Martinoff c. Gossen*, [1978] 2 C.F. 537 (1<sup>re</sup> inst.), (juge Collier), confirmée sans motifs écrits par la Section d'appel, comme il est rapporté au (1979), 46 C.C.C. (2d) 368n. Il en a été de même dans l'affaire *Halco Inc. c. Sandrin Brothers (1968) Ltd.*, A-582-85 (17 février 1986), là où M. le juge Hugessen a déclaré, au nom de la Cour unanime, dans une action où le même principe s'est présenté [aux pages 1 et 2]:

L'intimé a intenté une action en dommages-intérêts par suite d'un incendie survenu pendant que l'appelante effectuait certains travaux de réparation sur son navire. L'appelante soutient que les dommages sont imputables à un extincteur défectueux sur le navire, extincteur fourni par Toronto Fire Control Company Limited. La Division de première instance a rejeté la demande présentée par l'appelante en vue de constituer Toronto Fire Control partie défenderesse, d'où le présent appel.

L'appelante a demandé que Toronto Fire Control soit constituée défenderesse conformément à l'article 1716 des Règles



might be a jurisdictional problem, in proceeding in the more usual way and taking third party proceedings against that company pursuant to Rule 1726.

We cannot agree with this reasoning. If indeed there is a jurisdictional problem as between defendant and Toronto Fire Control such as to prevent third party proceedings being taken in this Court, exactly the same problem would prevent Toronto Fire Control from being added as a defendant. The form of proceedings cannot cure perceived defects of jurisdiction.

So one is left in a situation where the law, section 2 of the Act, is crystal clear, but it does not do justice to the true holder of a federal licence, Sask. Water, because the latter is excluded as a respondent by that crystal clear law.

Sask. Water should be permitted to join in these proceedings in order to defend its federal licence, and to appeal if it be so inclined, against any order which impinges upon the rights accorded to it under its federal licence. It would attorn to the jurisdiction of this Court, if only the very words of the Act of Parliament did not specifically forbid it and exclude it. Although the *Federal Court Act* has recently been before Parliament for consideration, the situation presented here in the burgeoning field of federal environmental law, could perhaps merit special and immediate further consideration.

In this situation the Court will once again accord intervenor status to Sask. Water. Sask. Water has, by counsel, undertaken to pay any costs awarded against it. This much was concluded at the outset of the hearing.

In the absence of any specific rule, however, that the applicants should be liable to pay costs to Sask. Water, when their section 18 application is properly framed only against the Minister, and it is only as against the Minister that they could be accorded section-18-type relief, the Tetzlaff brothers shall not be liable to pay any of Sask. Water's costs. This is a makeshift situation.

Rule 5 permits the Court in such a situation of intervention by necessity (but not otherwise, by section 2's exclusion provided in the Act), to deter-

parce que, selon son avocate, un problème de compétence était susceptible de se poser si l'on procédait suivant la manière plus habituelle, c'est-à-dire en intentant des procédures relatives à tierce partie contre cette compagnie conformément à la Règle 1726.

<sup>a</sup> Nous ne pouvons souscrire à ce raisonnement. Si effectivement il se pose, entre la défenderesse et Toronto Fire Control, un problème de compétence tel que des procédures relatives à tierce partie ne puissent être intentées devant cette Cour, ce même problème empêcherait tout autant Toronto Fire Control d'être constituée défenderesse. La forme de procédures ne peut remédier aux prétendus défauts de compétence.

Il s'agit donc d'une situation où la règle de droit, c'est-à-dire, l'article 2 de la Loi, est tout à fait claire mais ne rend pas justice au juste détenteur d'une licence fédérale, Sask. Water, parce que cette dernière se voit privée de la qualité pour agir à titre d'intimée aux termes de cette règle de droit dénuée de toute ambiguïté.

<sup>d</sup> Sask. Water devrait être autorisée à se joindre à l'action afin de défendre sa licence fédérale et de faire appel, si elle le juge bon, de toute ordonnance limitant ses droits en vertu de la licence fédérale. Cette Cour serait compétente à cet égard, si seulement les termes mêmes de la loi du Parlement ne l'interdisaient pas de façon spécifique et ne l'excluaient pas. Bien que la *Loi sur la Cour fédérale* ait récemment fait l'objet d'un examen du Parlement, la situation présentée ici dans le domaine du droit fédéral de l'environnement qui connaît une expansion pourrait peut-être mériter une considération spéciale et immédiate.

<sup>g</sup> Dans ce cas, la Cour accordera une fois encore à Sask. Water la qualité pour agir à titre d'intervenante. Sask. Water a, par le biais de son avocat, accepté de payer les dépens que la Cour pourra lui imposer. Ceci a été conclu au début de l'audience.

<sup>h</sup> À défaut de règle particulière, cependant, voulant que les requérants doivent payer les dépens à Sask. Water, lorsque leur demande fondée sur l'article 18 est convenablement formulée seulement à l'encontre du ministre, et ce n'est qu'à l'encontre du ministre qu'elle pourrait se voir accorder une réparation du type prévu à l'article 18, les frères Tetzlaff ne sauraient être tenus de payer les dépens de Sask. Water. Il s'agit d'un pis-aller.

<sup>j</sup> La Règle 5 permet à la Cour dans cette situation d'intervention par nécessité (mais pas autrement, par l'exclusion de l'article 2 prévue dans la

mine the practice and procedure by analogy to the other provisions of these Rules or, here, to the Saskatchewan practice. Although asked by the Court to do so, counsel has not directed the Court's attention to the analogous practice and procedure in force in Saskatchewan, but indicates that no specific jurisprudence was found except on control of the Court's own process.

In *Fishing Vessel Owners' Assn. of B.C. v. A.G. Can.* (1985), 1 C.P.C. (2d) 312, Mr. Justice Addy, on motion to the Appeal Division of this Court, invoked Rule 5 to permit the Pacific Gillnetters Association to intervene for the purposes of an appeal from an interlocutory order. Addy J. made the analogy with Rule 1010, an admiralty rule permitting intervention in an action *in rem*.

Paragraph (3) provides:

*Rule 1010.* . . .

(3) By an order under this Rule, or a subsequent order adding to or changing the directions therein, the Court shall define the intervenor's rights to take part in the action.

In addition to the intervention on the same terms as in the original section 18 proceedings in November, 1989, the Court now, by a subsequent order, will define Sask. Water's rights to take part in these proceedings by adding the right to appeal an adverse order impinging upon its rights accorded by its federal licence.

The Court fully recognizes the *ad hoc* nature of this disposition which in effect circumvents (at Sask. Water's request, of course) the Court's clear, specific, statutory absence of jurisdiction to countenance the impleading of Sask. Water, a "body constituted or established by or under a law of a province", in these section 18 proceedings where no relief can be claimed from or accorded against Sask. Water. This sort of problem should be solved by legislation. In any event, unless this definition of Sask. Water's rights to take part in this litigation be struck down by the Appeal Division, which, after all has defied the provision defining "federal board, commission or other tribunal" already on behalf of this intervenor, then Sask. Water's extraordinary difficulty with Parliament's

Loi), de déterminer la pratique et la procédure par analogie avec les autres dispositions de ces Règles ou, en l'espèce, avec la pratique en Saskatchewan. Bien que la Cour l'ait prié de le faire, l'avocat n'a pas attiré l'attention de la Cour sur la pratique et la procédure analogues en vigueur en Saskatchewan, mais il indique qu'aucune jurisprudence particulière n'a été trouvée, si ce n'est sur le contrôle par la Cour sur ses propres instances.

Dans l'affaire *Fishing Vessel Owners' Assn. of B.C. c. P.G. Can.* (1985), 1 C.P.C. (2d) 312, M. le juge Addy, sur une requête présentée devant la Section d'appel de la présente Cour, a invoqué la Règle 5 pour permettre à la Pacific Gillnetters Association d'intervenir aux fins d'un appel à l'encontre d'une ordonnance interlocutoire. Le juge Addy a fait l'analogie avec la Règle 1010, une règle en matière d'amirauté qui permet l'intervention dans une action *in rem*.

L'alinéa (3) prévoit que:

*Règle 1010.* . . .

(3) Par ordonnance rendue en vertu de la présente Règle, ou par ordonnance subséquente contenant des ajoutés ou modifications aux instructions de cette ordonnance, la Cour devra définir quels sont, pour l'intervenant, les droits de participation à l'action.

Outre l'intervention aux mêmes conditions que l'action initiale en vertu de l'article 18 en novembre 1989, la Cour maintenant, par une ordonnance subséquente, définira le droit de Sask. Water de prendre part à l'instance en y ajoutant le droit d'appel d'une ordonnance défavorable qui viole ses droits prévus par sa licence fédérale.

La Cour reconnaît tout à fait la nature *ad hoc* de cette disposition qui, en fait, pallie (à la demande de Sask. Water, évidemment), l'absence de compétence légale claire et particulière de la Cour pour contrer l'intervention de Sask. Water, un «organisme constitué sous le régime d'une loi provinciale» dans cette instance fondée sur l'article 18, où aucune réparation ne peut être réclamée à l'encontre de Sask. Water, ni lui être accordée. Ce type de problème devrait être réglé par voie législative. Quoi qu'il en soit, à moins que cette définition des droits de Sask. Water à prendre part au présent litige ne soit radiée par la Section d'appel qui, après tout, a défié la disposition définissant l'«office fédéral» déjà pour le compte de cette intervenante, alors les difficultés extraordinaires

clear unambiguous legislative text will be assuaged for this present litigation. This disposition will not necessarily avail should Sask. Water seek further leave to appeal to the Supreme Court of Canada: *Corporation of the City of Toronto v. Morencie*, [1989] 1 S.C.R. vii.

The above disposition may seem, to some, a distinction without a difference. In some sense it is a semantic solution, but semantic or not all judges of both divisions of the Court are sworn to uphold the rule of law, and that means that the judges cannot simply defy a statutory imperative which they think inconvenient, even if it is inconvenient, and in the circumstances, productive of unfortunate consequences.

In exercising its inherent jurisdiction to control its own discretionary process and proceedings here, the Court recognizes that there are few, if any, precedents in this particular field of cross-jurisdictional, federal environmental law. Yet, even if the *Federal Court Act* be not amended to regulate the problem identified here, which the applicants do not recognize as such, this should be the last occasion on which the Court's discretion ought to be exercised in this *ad hoc* manner. What ought to transpire in future matters in which the federal licensee is immunized from section 18 proceedings, as is Sask. Water here, is what follows. The applicants either spontaneously, or upon direction by the Court, ought to serve the licensee with copies of their section 18 process in a timely fashion. Then the licensee, if so advised, could itself commence a parallel section 18 proceeding against the federal authority for, say, *mandamus* or prohibition composed or configured in an appropriate formulation limited only by the gifts of imagination, resilience and resourcefulness of the licensee's counsel. The licensee would simultaneously seek to have its section 18 application heard at the same time as the applicants' motion. In such circumstances, the immune licensee would be an original full party, an applicant, in its own right and the problem identified here would be obviated. Does that seem awkward and circuitous? It is: but

posées à Sask. Water à cause du texte législatif clair et dénué de toute ambiguïté seront résolues dans le présent litige. Cette disposition ne sera pas nécessairement valable si Sask. Water demande une autre autorisation de se pourvoir devant la Cour suprême du Canada: *Corporation of the City of Toronto c. Morencie*, [1989] 1 R.C.S. vii.

La disposition ci-dessus peut sembler être, pour certains, une distinction futile. Dans un sens, il s'agit d'une solution sémantique, mais, quoi qu'il en soit, tous les juges des deux sections de la Cour sont assermentés pour maintenir le principe de primauté du droit, et cela signifie que les juges ne peuvent simplement défier un impératif de la loi qu'ils jugent peu pratique, même si tel est le cas, et, dans les circonstances, que ce soit la source de conséquences malheureuses.

La Cour, quand elle a exercé son pouvoir inhérent de contrôler sa propre procédure et ses propres instances, en l'espèce, admet qu'il n'existe que peu de précédents, si tant est qu'il y en ait, dans le domaine particulier du droit fédéral de l'environnement qui fait intervenir différents ressorts. Cependant, même si la *Loi sur la Cour fédérale* n'était pas modifiée pour régler le problème mis en évidence en l'espèce, ce que les requérants ne reconnaissent pas comme tel, il devrait s'agir là de la dernière occasion où la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de cette façon *ad hoc*. Voici ce qui devrait transpirer dans les questions à venir où le titulaire d'une licence fédérale est à l'abri des procédures fondées sur l'article 18, comme Sask. Water en l'espèce. Les requérants, soit spontanément, soit à la demande de la Cour, devraient signifier au titulaire de licence des copies de leur procédure en vertu de l'article 18, en temps opportun. Puis, le titulaire de licence, s'il en est avisé, pourrait lui-même intenter une action parallèle en vertu de l'article 18 à l'encontre de l'autorité fédérale, pour obtenir, disons, un *mandamus* ou une prohibition composé ou configuré selon une formulation convenable qui ne soit limitée que par l'imagination, la résistance et la débrouillardise de l'avocat du titulaire de licence. Ce dernier chercherait, en même temps, à faire entendre sa demande fondée sur l'article 18 en parallèle avec la requête des requérants. Dans de telles circonstances, le titulaire de licence à l'abri serait une partie originale de plein droit, un requérant, à part entière, et

unless the Act be reformed it is better to light a candle than to curse the darkness.

le problème identifié ici serait réglé. Cela, semble-t-il maladroit et filandreux? C'est vrai; mais, sauf si la Loi est modifiée, il vaut mieux allumer une chandelle que de maudir les ténèbres.

A-490-89

A-490-89

**Letraset Canada Limited (Appellant)**

v.

**W.H. Brady (Respondent)***INDEXED AS: W.H. BRADY CO. v. LETRASET CANADA LTD. (C.A.)*

Court of Appeal, Marceau, MacGuigan and Décary JJ.A.—Ottawa, December 12 and 21, 1990.

*Practice — Costs — Entitlement to costs based on party's liability to solicitor — Liability of party to solicitor not affected by arrangement third party assume expense of litigation.*

*Practice — Judgments and orders — Reversal or variation — Judge reviewing prothonotary's taxation — Judge empowered only to make order prothonotary could make — Prothonotary cannot make order inconsistent with Court decision — Nil taxation inconsistent with Trial Judge's award of costs to successful party — Remedy to move under R. 1733 for variation of judgment on ground of matter subsequently discovered.*

The appellant was successful in its defense, in the principal action, against a claim for patent infringement. The trial ended with the claim being dismissed, and the counter-claim allowed. The Trial Judge awarded appellant party and party costs. On the taxation, the Prothonotary rejected the respondent's general objection to taxation, and taxed and awarded costs at \$64,051.94.

The respondent moved under Rule 346(2) for a review by the Court, not as to the amount, but as to the appellant's entitlement to costs. Before the Motions Judge, the respondent raised the same objection it had before the Prothonotary, namely that the appellant had incurred no liability for costs towards its own solicitors. This was based on an allegation that the appellant's parent company, Letraset U.K., had directed the conduct of the litigation and paid the solicitors' bills. The Motions Judge set aside the Prothonotary's certificate and ordered that the costs of the appellant be taxed and allowed at nil. This is an appeal from that order.

*Held*, the appeal should be allowed, and the certificate of the Prothonotary reinstated.

Under Rule 346(2) a judge sitting in review of a taxation can only make an order which the taxing officer could make. Rule 336(1)(b)(i) prevents a prothonotary from making any order inconsistent with an order previously made by the Court or a judge. Here, a taxation of nil is inconsistent with the Trial Judge's order that costs be awarded and taxed. The respondent's remedy, rather, was under Rule 1733, which provides for

**Letraset Canada Limited (appelante)**

c.

**W.H. Brady (intimée)***RÉPERTORIÉ: W.H. BRADY CO. c. LETRASET CANADA LTD. (C.A.)*

*b* Cour d'appel, juges Marceau, MacGuigan et Décary, J.C.A.—Ottawa, 12 et 21 décembre 1990.

*Pratique — Frais et dépens — Le droit aux dépens est fondé sur l'obligation qu'a une partie envers son procureur — L'obligation qu'a une partie envers son procureur n'est pas modifiée par le fait qu'une tierce partie assume les dépenses reliées au litige.*

*Pratique — Jugements et ordonnances — Annulation ou modification — Le juge a révisé la taxation établie par le protonotaire — Le juge pouvait uniquement rendre l'ordonnance que le protonotaire pouvait lui-même rendre — Le protonotaire ne peut rendre une ordonnance incompatible avec une décision de la Cour — La taxation des dépens à rien est incompatible avec l'adjudication des dépens par le juge de première instance à la partie qui a obtenu gain de cause — Recours à la Règle 1733 qui permet de demander la modification d'un jugement en s'appuyant sur des faits survenus postérieurement.*

L'appelante a obtenu gain de cause dans sa défense à l'action principale en contrefaçon de brevet intentée contre elle. À l'issue du procès, l'action a été rejetée et la demande reconventionnelle a été accueillie. Le juge du procès a accordé les dépens entre parties à l'appelante. Lors de la taxation, le protonotaire a rejeté l'objection générale à la taxation des dépens soulevée par l'intimée, et a taxé les dépens au montant de 64 051,94 \$.

L'intimée a demandé à la Cour une révision de la taxation en vertu de la Règle 346(2). Elle contestait le droit de l'appelante avec dépens, plutôt que le montant accordé. Devant le juge des requêtes, l'intimée a soulevé la même objection que celle qu'elle avait soulevée devant le protonotaire, à savoir que l'appelante n'était pas tenue de payer les frais de l'action à ses propres procureurs. Cette objection était fondée sur l'argument voulant que la société mère de l'appelante, Letraset R.-U., ait dirigé la conduite du litige et payé les mémoires de frais des procureurs. Le juge des requêtes a annulé le certificat décerné par le protonotaire et a ordonné que les dépens de l'appelante soient taxés et adjugés à rien. C'est cette ordonnance qui est portée en appel.

*Jugement*: l'appel devrait être accueilli, et le certificat du protonotaire devrait être rétabli.

Aux termes de la Règle 346(2), le juge saisi d'une demande de révision d'une taxation peut uniquement rendre l'ordonnance que l'officier taxateur pouvait lui-même rendre. La Règle 336(1)(b)(i) interdit à un protonotaire de rendre une ordonnance incompatible avec une ordonnance précédemment rendue par la Cour ou un juge. En l'espèce, la taxation des dépens à rien est incompatible avec l'ordonnance du juge de première

an application to reverse or vary an order on the grounds, *inter alia*, of new evidence.

A successful party litigant can recover costs from the other party only if it is liable to pay its solicitors. That liability is the legal obligation to pay for the services rendered by the solicitor, which can be enforced by the solicitor against the party. The client's obligation is not affected by the undertaking of a third party, either to the party litigant or to the solicitors, to assume the expense of the suit — any such arrangement is *res inter alios acta*. Here, the fact that the parent company may have directed the action and paid the bills does not displace the solicitors' legal entitlement to look to the appellant for their fees.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 336(1)(b)(i), 346(2) (as am. by SOR/87-221, s. 3), 1733.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### REVERSED:

*W.H. Brady Co. v. Letraset Canada Ltd.*, [1990] 1 F.C. 51; (1989), 28 C.P.R. (3d) 167; 30 F.T.R. 153 (T.D.) revg *W.H. Brady Co. v. Letraset Canada Ltd.*, [1990] 1 F.C. 46 (T.D.).

##### DISTINGUISHED:

*Simpson v. Local Board of Health of Belleville* (1917), 41 O.L.R. 320 (H.C.).

##### REFERRED TO:

*W.H. Brady Co. v. Letraset Canada Ltd.* (1985), 7 C.P.R. (3d) 82; 7 C.I.P.R. 1; *Adams v. London Improved Motor Coach Builders*, [1921] 1 K.B. 495 (C.A.); *Armand v. Carr*, [1927] S.C.R. 348; *Broderick v. Fierro*, [1933] 1 D.L.R. 476 (Ont. S.C.).

#### COUNSEL:

*Gordon F. Henderson, Q.C.*, and *Neil R. Belmore* for appellant.  
*A. David Morrow* for respondent.

#### SOLICITORS:

*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, for appellant. *Smart & Biggar*, Ottawa, for respondent.

instance portant que les dépens soient adjugés et taxés. L'intimée aurait dû plutôt se fonder sur la Règle 1733 qui autorise une partie à demander l'annulation ou la modification d'une ordonnance en s'appuyant notamment sur de nouveaux éléments de preuve.

La partie au litige qui a eu gain de cause peut recouvrer de la partie adverse les frais dans l'action seulement si elle est tenue de les payer à ses procureurs. Cette obligation est l'obligation légale qu'a une partie de payer les services fournis par le procureur, et que celui-ci peut faire exécuter contre elle. L'obligation du client n'est pas modifiée par l'engagement pris par une tierce partie, soit envers la partie au litige, soit envers les procureurs, de payer les dépenses reliées au litige: pareille entente est *res inter alios acta*. En l'espèce, le fait que la société mère puisse avoir dirigé la conduite de l'action et payé les mémoires de frais ne change rien au fait que les procureurs ont le droit de réclamer leur dû à l'appelante.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663, Règles 336(1)(b)(i), 346(2) (mod. par DORS/87-221, art. 3), 1733.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION INFIRMÉE:

*W.H. Brady Co. c. Letraset Canada Ltd.*, [1990] 1 C.F. 51; (1989), 28 C.P.R. (3d) 167; 30 F.T.R. 153 (1<sup>re</sup> inst.) inf. *W.H. Brady Co. c. Letraset Canada Ltd.*, [1990] 1 C.F. (1<sup>re</sup> inst.).

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Simpson v. Local Board of Health of Belleville* (1917), 41 O.L.R. 320 (H.C.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*W.H. Brady Co. c. Letraset Canada Ltd.* (1985), 7 C.P.R. (3d) 82; 7 C.I.P.R. 1; *Adams v. London Improved Motor Coach Builders*, [1921] 1 K.B. 495 (C.A.); *Armand v. Carr*, [1927] R.C.S. 348; *Broderick v. Fierro*, [1933] 1 D.L.R. 476 (C.S. Ont.).

#### AVOCATS:

*Gordon F. Henderson, c.r.*, et *Neil R. Belmore* pour l'appelante.  
*A. David Morrow* pour l'intimée.

#### PROCUREURS:

*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, pour l'appelante.  
*Smart & Biggar*, Ottawa, pour l'intimée.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

MARCEAU J.A.: This appeal is taken against a decision of a judge of the Trial Division [[1990] 1 F.C. 51] who, on a motion for review made pursuant to Rule 346(2) [*Federal Court Rules, C.R.C., c. 663* (as am. by SOR/87-221, s. 3)] as it existed in 1989,<sup>1</sup> set aside a certificate of costs that had been issued by the Prothonotary [[1990] 1 F.C. 46 (T.D.)].

The parties had been involved in a long litigation involving a patent. The appellant, Letraset Canada Limited, had successfully defended the infringement action brought against it and, by counterclaim, succeeded in invalidating the respondent's patent. In the judgment [(1985), 7 C.P.R. (3d) 82 (F.C.T.D.)], the appellant had been awarded party and party costs.

At the taxation hearing before the Prothonotary, the respondent, through its counsel, raised a general objection to the taxation of costs, an objection said to be based on information gathered in the cross-examination of the deponent on the affidavit filed in support of counsel for the appellant's bill of costs. It was submitted that, even though the appellant had been awarded costs in the action, no costs should be forthcoming since it was not the appellant itself but rather its parent company, Letraset U.K., which had in fact directed the conduct of the litigation and paid all of the expenses generated by it. The objection was rejected by the Prothonotary who proceeded to tax the appellant's costs in the amount of \$64,051.94. The respondent asked for a review of the taxation, not as to the actual amount awarded, which it did not dispute, but as to the denial of its general objection. The Motions Judge agreed with the respondent.

<sup>1</sup> When it read:

*Rule 346. . . .*

(2) Costs shall be taxed by

(a) a prothonotary, each of whom is a taxing officer, or

(b) an officer of the Registry designated by order of the Court as a taxing officer,

subject to review by the Court on application, within 14 days after a taxation, of any party dissatisfied with the taxation.

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

LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: Appel est interjeté d'une décision d'un juge de la Section de première instance [[1990] 1 C.F. 51] qui, saisi d'une requête en révision présentée conformément à la Règle 346(2) [*Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663* (mod. par DORS/87-221, art. 3)] telle qu'elle existait en 1989<sup>1</sup>, a annulé un certificat de taxation décerné par le protonotaire [[1990] 1 C.F. 46 (1<sup>re</sup> inst.)].

Les parties se sont opposées dans un long litige relatif à un brevet. L'appelante, Letraset Canada Limited, a obtenu gain de cause dans la poursuite en contrefaçon qui avait été intentée contre elle et, par voie de demande reconventionnelle, a réussi à faire invalider le brevet de l'intimée. Dans le jugement [(1985), 7 C.P.R. (3d) 82 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)], les dépens entre parties ont été accordés à l'appelante.

Lors de l'audition de la taxation devant le protonotaire, l'avocat de l'intimée a soulevé une objection générale à la taxation des dépens, objection qu'il a déclaré fondée sur des renseignements recueillis au cours du contre-interrogatoire de l'auteur de l'affidavit déposé à l'appui du mémoire de frais de l'avocat de l'appelante. Il a été soutenu que, bien que l'appelante ait eu droit à ses frais dans l'action, elle ne devrait rien pouvoir recouvrer parce que, en réalité, ce n'est pas l'appelante, mais la société mère, Letraset R.-U., qui a dirigé la conduite du litige et payé toutes les dépenses qui s'y rapportaient. L'objection a été rejetée par le protonotaire, qui a procédé à la taxation des dépens de l'appelante au montant de 64 051,94 \$. L'intimée a demandé une révision de la taxation, non pas à cause du montant accordé, qu'elle n'a pas contesté, mais à cause du rejet de son objection générale. Le juge des requêtes a souscrit à la thèse

<sup>1</sup> Elle était ainsi libellée:

*Règle 346. . . .*

(2) Les dépens sont taxés par:

a) un protonotaire, qui est également officier taxateur, ou

b) un officier du greffe désigné par ordonnance de la Cour à titre d'officier taxateur,

sous réserve d'être révisés par la Cour sur demande présentée dans les 14 jours suivant la taxation par une partie qui en est insatisfaite.

ent's contention and, setting aside the Prothonotary's certificate, declared [at page 63] that the "costs recoverable by the defendant from the plaintiff [were] to be taxed and allowed at nil." This is the decision here under appeal.

There is a preliminary question not raised by either counsel but which the Court cannot avoid addressing, it being of a jurisdictional nature: was the Prothonotary empowered to give effect to this contention that the appellant was not entitled to costs because it was its parent company which had directed the proceedings and paid the solicitors' bills? The question here is vital because, in allowing the motion for review, the judge could only give the decision that the Prothonotary could himself render. I will simply say here that it appears to me difficult to give the question a positive answer in view of the provisions of Rule 336(1) of the Rules of the Court and of the Directions issued pursuant to it. It is in these provisions that the powers of the prothonotaries are defined, and they read in part as follows:

*Rule 336.* (1) Notwithstanding Rule 326(1), a prothonotary shall have power

(a) to do anything that he is by these Rules authorized to do,  
(b) if he is satisfied that all parties affected have consented thereto, to make any order that the Trial Division may make other than

(i) an order that is inconsistent with an order previously made by the Court or a judge, or

(g) to dispose of any interlocutory application assigned to him specially or to any prothonotary, by special or general direction of the Chief Justice or of the Associate Chief Justice, [Emphasis added.]

General Direction under  
Rule 336(1)(g)

Under Rule 336(1)(g) the Senior Prothonotary and the Associate Senior Prothonotary are empowered to hear and dispose of any interlocutory application in the Trial Division other than the following, that is to say:

5. any application to vary or discharge an order of a Judge of the Court. [Emphasis added.]

It is clear to me that the contention of the respondent, as it attacked the very entitlement of the appellant to any costs, was seeking a decision which was inconsistent with an order previously

de l'intimée et a annulé le certificat décerné par le protonotaire, en disant [à la page 63] que «les dépens que la défenderesse peut recouvrer de la demanderesse [étaient] taxés et arrêtés à un montant nul». C'est cette décision qui est portée en appel en l'espèce.

Il y a une question préliminaire que ni l'un ni l'autre avocat n'a soulevée, mais que la Cour se doit d'examiner parce qu'elle concerne la compétence: le protonotaire avait-il le pouvoir de souscrire à la thèse selon laquelle l'appelante n'avait pas droit aux dépens parce que c'est la société mère qui a dirigé l'action et payé les mémoires de frais des procureurs? Cette question est primordiale, car, en accueillant la requête en révision, le juge pouvait uniquement rendre la décision que le protonotaire pouvait lui-même rendre. Je dirai simplement ici qu'il me semble difficile de répondre par l'affirmative à cette question, vu les dispositions de la Règle 336(1) des Règles de la Cour et les directives prises aux termes de cette Règle. Ces dispositions définissent les pouvoirs des protonotaires et elles sont en partie rédigées ainsi qu'il suit:

*Règle 336.* (1) Nonobstant la Règle 326(1), un protonotaire a le pouvoir

(a) de faire toute chose autorisée par les présentes Règles,  
(b) s'il est convaincu que toutes les parties concernées y ont consenti, de rendre toute ordonnance pouvant être rendue par la Division de première instance à l'exception

(i) d'une ordonnance incompatible avec une ordonnance précédemment rendue par la Cour ou un juge, et

(g) de statuer sur toute demande interlocutoire qui lui a été nommément confiée ou qui a été confiée à l'un quelconque des protonotaires sur directive spéciale ou générale du juge en chef ou du juge en chef adjoint. [C'est moi qui souligne.]

Directive générale  
en vertu de la Règle 336(1)g)

Suivant la Règle 336(1)g), le protonotaire en chef et le protonotaire en chef adjoint ont le pouvoir d'instruire et de juger toute demande interlocutoire portée devant la Division de première instance à l'exception de:

5. toute demande faite en vue d'obtenir une modification ou l'annulation d'une ordonnance rendue par un juge de la Cour. [C'est moi qui souligne.]

Il me semble clair que l'intimée, dont la thèse consistait à nier le droit même de l'appelante à des dépens, demandait que soit rendue une décision incompatible avec une ordonnance ayant été



made by the Court, namely the judgment in the action, and as such was beyond the powers of the Prothonotary. The respondent argues that the facts giving rise to the objection only became known to it after judgment had been rendered in the action, but that, of course, could not be a source of authority for the Prothonotary. And, in any event, there is a special Rule which allows a party to seek a variation of a judgment upon the ground of matter subsequently discovered, Rule 1733, which provides:

*Rule 1733.* A party entitled to maintain an action for the reversal or variation of a judgment or order upon the ground of matter arising subsequent to the making thereof or subsequently discovered, or to impeach a judgment or order on the ground of fraud, may make an application in the action or other proceeding in which such judgment or order was delivered or made for the relief claimed.

The respondent also argues that the judge who was assigned to hear the motion to review and who made the impugned order was the one who had presided over the trial and had signed the judgment. Here again there is a short answer: the coincidence could not extend the judge's options on such a motion to review. Besides, it would be wrong to see the difficulty as limited to a question of procedure in the narrow sense of the word: on a motion to reconsider under Rule 1733, a new hearing is ordered and evidence is adduced before the judge in the normal manner and by all the parties concerned; whereas on a simple motion to review, like the one here involved, the only material that can be relied on is that which was before the Prothonotary, in this case the affidavit filed in support of the bill of costs and the transcript of the cross-examination of the deponent thereon, quite tenuous as a source of evidence.

The jurisdiction of the Prothonotary, and therefore of the judge, to give effect to the objection by rendering the decision here under attack appears to me extremely doubtful. I hesitate, however, to dispose of the appeal on that basis: on the one hand, this jurisdictional issue may have been incompletely canvassed, counsel having become aware of it only at the hearing, and no prior cases, even those where a similar objection as to entitle-

rendue par la Cour, à savoir le jugement rendu dans l'action, ce qui excédait la compétence du protonotaire. L'intimée prétend que les faits qui ont donné lieu à l'objection ont été connus seulement après que le jugement a été rendu dans l'action, mais cela ne saurait évidemment pas être une source de pouvoir pour le protonotaire. De toute façon il y a une Règle spéciale qui permet à une partie de demander la modification d'un jugement en s'appuyant sur des faits découverts postérieurement. Il s'agit de la Règle 1733, qui dispose:

*Règle 1733.* Une partie qui a droit de demander en justice l'annulation ou la modification d'un jugement ou d'une ordonnance en s'appuyant sur des faits survenus postérieurement à ce jugement ou à cette ordonnance ou qui ont été découverts par la suite, ou qui a droit d'attaquer un jugement ou une ordonnance pour fraude, peut le faire, sans intenter d'action, par simple demande à cet effet dans l'action ou autre procédure dans laquelle a été rendu ce jugement ou cette ordonnance.

L'intimée prétend aussi que le juge à qui a été confiée l'audition de la requête en révision et qui a rendu l'ordonnance contestée est celui-là même qui a présidé le procès et signé le jugement. Là encore, il y a une réponse toute simple: cette coïncidence ne pouvait pas avoir pour effet de donner d'autres options au juge saisi de cette requête en révision. Du reste, il serait erroné de croire que la difficulté réside seulement dans une question de procédure au sens strict du terme. En effet, lorsqu'une requête en réexamen est présentée aux termes de la Règle 1733, la tenue d'une nouvelle audience est ordonnée et toutes les parties concernées produisent des éléments de preuve comme cela se fait d'ordinaire. Par contre, lorsqu'il s'agit simplement d'une requête en révision, comme celle dont il est question en l'espèce, la seule preuve qui peut être utilisée est celle dont le protonotaire a été saisi. En l'espèce, il s'agit de l'affidavit joint au mémoire de frais et de la transcription du contre-interrogatoire de l'auteur de l'affidavit, ce qui est plutôt mince comme source de preuve.

Le pouvoir du protonotaire et, partant, du juge, d'accueillir l'objection en rendant la décision contestée en l'espèce me paraît extrêmement douteux. J'hésite cependant à me fonder là-dessus pour trancher l'appel. D'une part, la question de la compétence n'a peut-être pas été très bien fouillée, car l'avocat n'en a été averti qu'à l'audience, et aucune cause antérieure, même parmi celles dans lesquelles on a soulevé une objection semblable au

ment had been made only before the taxing officer, having even alluded to it; on the other hand, the most sensitive aspect is, as I just said, in relation to the evidence, and I happen to believe that the disposition of the substantive issue in this case does not depend on the weight of the evidence adduced as much as it could in other cases. So, I will deal with the substantive issue.

The objection of the respondent, as upheld by the Motions Judge, is based on a reasoning made up of two propositions. Counsel first repeats the well established jurisprudential rule that a successful party litigant can recover costs from the other party in a particular case only if he is liable to pay them to his solicitors, and, like the Motions Judge in his judgment, he refers as authority for that first general proposition to the old case of *Simpson v. Local Board of Health of Belleville* (1917), 41 O.L.R. 320 (H.C.). Counsel then looks to the particular facts of the present case and argues that the appellant here was not liable for costs, the evidence having established that it was its parent company which had, in fact, taken direction of the proceedings and assumed payment of the solicitors' fees. For counsel, the conclusion that the appellant is not entitled to costs follows irresistibly.

It will readily be seen that there is a very basic condition for the conclusion to follow, as suggested by counsel: the liability referred to must be the same in the two propositions. This, in my judgment, is simply not the case.

The general proposition that, to be entitled to recover costs, a litigant must be liable to pay them to his solicitors is based on the principle that party and party costs are given as an indemnity, as a compensation for the expense to which a successful litigant has been put by reason of the litigation. The payment of costs to a party is not to be a gift. It would be unacceptable to let a party collect costs — which, for the most part, relate to professional services — if the solicitor who has rendered the services is not legally in a position to claim them from him. The liability required to satisfy the principle involved is easy to define: it is the legal obligation to pay for the services rendered to him which a litigant assumes towards his solicitor and which can be enforced by the solicitor at any

sujet du droit aux dépens devant l'officier taxateur seulement, n'y fait même allusion. D'autre part, l'aspect le plus délicat de cette affaire concerne la preuve, comme je viens de le mentionner, et il se trouve que, à mon avis, le règlement de la question de fond en l'espèce ne dépend pas autant que dans d'autres litiges du poids de la preuve produite. Je traiterai donc de la question de fond.

L'objection de l'intimée, qu'a maintenue le juge des requêtes, repose sur un raisonnement comprenant deux propositions. L'avocat de l'intimée réaffirme d'abord la règle jurisprudentielle bien établie voulant que la partie au litige qui a eu gain de cause peut recouvrer de la partie adverse les frais dans l'action seulement si elle est tenue de les payer à ses procureurs et, à l'instar du juge des requêtes dans son jugement, il cite à l'appui de cette première proposition générale l'ancienne affaire *Simpson v. Local Board of Health of Belleville* (1917), 41 O.L.R. 320 (H.C.). Il s'attache ensuite aux faits propres à la présente espèce et soutient que l'appelante dans la cause n'était pas tenue aux dépens, puisque la preuve a permis d'établir que, en réalité, c'est la société mère qui a dirigé l'action et payé les honoraires des procureurs. Selon lui, il s'ensuit nécessairement que l'appelante n'a pas droit aux dépens.

On comprendra aisément qu'une condition très fondamentale doit être remplie pour qu'on puisse tirer cette conclusion préconisée par l'avocat de l'intimée: il faut que l'obligation dont on parle soit la même dans les deux propositions. À mon sens, ce n'est pas du tout le cas en l'espèce.

La proposition générale voulant qu'une partie ait le droit de recouvrer ses frais à condition d'être tenue de les payer à ses procureurs repose sur le principe selon lequel les dépens entre parties constituent une indemnité ou un dédommagement pour les dépenses qu'a dû subir la partie qui a eu gain de cause dans le litige. Le paiement des dépens à une partie ne doit pas être un cadeau. Il serait inacceptable de laisser une partie percevoir des dépens — qui se rapportent, pour la plupart, à la prestation de services professionnels — si l'avocat qui a fourni ces services n'est pas légalement en mesure de demander à cette partie de lui verser son dû. Il est facile de définir l'obligation qui doit exister pour respecter le principe en cause: c'est l'obligation légale qu'une partie a envers son pro-

time. Is this the type of liability that counsel refers to when he claims that the appellant was not here liable for costs? Obviously not.

It is clear that the solicitors here have acted for the appellant in the proceedings. There are equivocal comments in that respect in the reasons of the Motions Judge, but counsel for the respondent has readily acknowledged that they should be overlooked. One would wonder what the solicitors were doing if they were not representing the defendant in the action, and no one has suggested that they could have become so involved without the knowledge and the assent of the defendant. On the other hand, it is equally clear that there has never been any agreement between the appellant and its solicitors which could have the effect of limiting the right of the latter to claim their normal due from the former. The statement of the Motions Judge on this point is quite unequivocal (at page 60):

The plaintiff would be hard pressed to find an agreement between Gowling & Henderson and the defendant company, that Gowling & Henderson would not look to the defendant company for its costs — because I'm satisfied that none exists.

It is therefore undeniable that the solicitors have acquired a right to be paid by the appellant for their professional services and can enforce that right at any time by an action in court which could never be defeated by whatever agreement the appellant — or the solicitors themselves for that matter — may have entered into with a third party (*res inter alios acta*). The liability of the appellant towards its solicitors within the meaning of the principle certainly exists.

When counsel claims that the appellant was not liable for costs, he means that the appellant was not supposed to finally assume the expense in practice, because it could count on another party to pay the debt or it had the right to recover from or be indemnified by that other party if it was forced to pay it itself. Liability in that sense is not the liability within the meaning of the principle; its absence, in my view, cannot disentitle a successful party from its right to party and party costs (see *Adams v. London Improved Motor Coach Build-*

cureur de payer les services qu'elle a obtenus, et que le procureur peut faire exécuter à tout moment. Est-ce le genre d'obligation dont parle l'avocat de l'intimée lorsqu'il prétend que l'appelante n'était pas tenue aux dépens en l'espèce? Bien sûr que non.

Il est indéniable que les procureurs en l'espèce ont agi pour le compte de l'appelante dans cette affaire. Le juge des requêtes a fait des remarques équivoques à cet égard dans ses motifs, mais l'avocat de l'intimée a facilement reconnu qu'il ne fallait pas en tenir compte. On peut se demander ce que les procureurs faisaient s'ils ne représentaient pas la défenderesse dans l'action, et personne n'a semblé dire qu'ils ont pu s'engager à ce point dans le litige sans la connaissance et le consentement de l'intimée. En revanche, il est également indéniable que l'appelante et ses procureurs n'ont jamais conclu d'entente susceptible de restreindre le droit de ceux-ci de réclamer leur dû à l'appelante. La déclaration du juge des requêtes sur cette question est sans équivoque (à la page 60):

La demanderesse éprouverait les plus grandes difficultés à trouver entre le Cabinet Gowling & Henderson et la défenderesse une entente en vertu de laquelle ce cabinet ne compterait pas sur la société défenderesse pour ses frais — parce que je suis convaincu qu'il n'en existe aucune.

L'on ne saurait donc nier que les procureurs ont acquis le droit d'être payés par l'appelante en contrepartie de la prestation de leurs services professionnels et qu'ils peuvent exercer ce droit en tout temps au moyen d'une action en justice, que ne pourrait jamais faire échouer une entente que l'appelante — ou les procureurs eux-mêmes d'ailleurs — pourrait avoir conclue avec une tierce partie (*res inter alios acta*). L'obligation qu'a l'appelante envers ses procureurs au sens du principe existe certainement.

Lorsque l'avocat de l'intimée prétend que l'appelante n'était pas tenue aux dépens, il veut dire que l'appelante n'était pas censée les payer dans les faits, soit parce qu'elle pouvait compter sur une autre partie pour le faire, soit parce qu'elle avait le droit de les réclamer à cette autre partie ou d'être indemnisée par celle-ci si elle était contrainte de les payer elle-même. Cette obligation n'est pas celle qui est visée par le principe; à mon avis, son absence ne saurait empêcher une partie qui a eu gain de cause d'avoir droit aux dépens entre par-

ers, [1921] 1 K.B. 495 (C.A.); *Armand v. Carr*, [1927] S.C.R. 348, at page 350; *Broderick v. Fierro*, [1933] 1 D.L.R. 476 (Ont. S.C.)). The fact that the U.K. company here actually called the shots and paid the bills is, as I see it, totally irrelevant.

The objection of the respondent, in my judgment, was based on a misconception of the liability required to entitle a party to its costs. It was clearly not founded. The appeal should therefore be granted, the impugned order of the Trial Division set aside and the certificate of the Prothonotary dated August 1, 1989 reinstated.

MACGUIGAN J.A.: I concur.

DÉCARY J.A.: I concur.

ties. (Voir: *Adams v. London Improved Motor Coach Builders*, [1921] 1 K.B. 495 (C.A.); *Armand v. Carr*, [1927] R.C.S. 348, à la page 350; *Broderick v. Fierro*, [1933] 1 D.L.R. 476 (C.S. Ont.)). Le fait que la société britannique ait mené la barque dans les faits et ait payé les mémoires de frais n'a, à mon sens, aucune espèce d'importance.

Selon moi, l'objection de l'intimée reposait sur une interprétation erronée de l'obligation qui doit exister pour qu'une partie ait droit à ses frais. Elle n'était manifestement pas fondée. Je suis donc d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler l'ordonnance contestée rendue par la Section de première instance et de rétablir le certificat du protonotaire en date du 1<sup>er</sup> août 1989.

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

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



T-2081-89

T-2081-89

**Carlos Cabalfin and Cynthia Cabalfin (Plaintiffs)****Carlos Cabalfin et Cynthia Cabalfin (demandeurs)**

v.

c.

**Minister of Employment and Immigration (Defendant)****a**  
**Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (défendeur)****INDEXED AS: CABALFIN v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: CABALFIN c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, Joyal J.—Vancouver, May 29 and 30 and November 27; Ottawa, December 19, 1990.

**b**  
Section de première instance, juge Joyal—Vancouver, 29 et 30 mai et 27 novembre; Ottawa, 19 décembre 1990.

*Immigration — Application for permanent residency made within Canada — Humanitarian or compassionate considerations — Backlog clearance program — Policy of excluding illegal residents present through organized plan or certain contraventions — Policy invalid as preventing consideration of all relevant factors — Immigration officer to look at overall picture, not just at contraventions inherent in illegal residency.*

**c**  
*Immigration — Demande de résidence permanente présentée au Canada — Motifs d'ordre humanitaire — Programme d'élimination de l'arriéré — Politique d'exclusion de résidents en situation administrative irrégulière entrés grâce à un plan organisé ou par suite de la commission de certaines infractions — La politique est sans effet parce qu'elle ne permet pas de prendre en considération tous les facteurs pertinents — L'agent d'immigration doit examiner la situation, pas seulement les infractions inhérentes à la situation administrative irrégulière.*

*Judicial review — Equitable remedies — Declarations — Immigration — Policy guidelines excluding those who entered by organized plan and certain illegal means from consideration on humanitarian grounds — Policy fettering unduly exercise of discretion granted by statute.*

**d**  
*Contrôle judiciaire — Recours en equity — Jugements déclaratoires — Immigration — La politique contenue dans les lignes directrices exclut la prise en considération de motifs d'ordre humanitaire dans le cas des personnes entrées grâce à un plan organisé et par certains moyens illégaux — Cette politique restreint indûment l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par la Loi.*

This was an application for declaratory relief with respect to the refusal of an immigration officer to deal with applications for permanent residency made from within Canada.

**f**  
Il s'agit d'une demande en vue d'obtenir un jugement déclaratoire par suite du refus d'un agent d'immigration de traiter des demandes de résidence permanente présentées au Canada.

Carlos Cabalfin, a citizen of the Philippines, came to Canada in 1985 on a three-month visitor's visa. He overstayed and obtained employment using a Canadian brother's SIN card. In 1986, his wife, Cynthia Cabalfin came to Canada, with their children, on a visitor's visa to attend Expo 86. She told the visa officer in Manila that her husband was working in Saudi Arabia. Availing themselves of the strong support of relatives already established in Vancouver, the family went underground. By October 1988, Mr. Cabalfin was working with his father, the family was involved with church and community groups, and the children were doing well in school. Cabalfin turned himself in and, on behalf of himself and family, applied for landed immigrant status while continuing to reside in Canada.

**g**  
Carlos Cabalfin est un citoyen des Philippines qui est arrivé au Canada en 1985 muni d'un visa de visiteur d'une durée de trois mois. Il a excédé la durée fixée de son visa et a obtenu un emploi en utilisant la carte d'assurance sociale d'un frère canadien. En 1986, sa femme, Cynthia Cabalfin, et leurs deux enfants sont venus au Canada après avoir obtenu un visa de visiteur pour se rendre à Expo 86. Celle-ci a déclaré à l'agent des visas à Manille que son mari travaillait en Arabie saoudite. Bénéficiant de l'appui solide de membres de leur famille déjà établis à Vancouver, les Cabalfin sont entrés dans la clandestinité. En octobre 1988, M. Cabalfin travaillait avec son père, la famille participait aux activités de groupes religieux et communautaires, et les enfants obtenaient de bons résultats scolaires. M. Cabalfin s'est livré aux autorités et a demandé, en son nom et au nom de sa famille, le statut d'immigrant ayant reçu le droit d'établissement tout en continuant de résider au Canada.

At that time, there was in place a backlog clearance program specifically aimed at illegal immigrants *de facto* residing in Canada. Under the program, the requirement that immigrants apply for admission from abroad was dispensed with. The program was based on the power, granted to the Governor in Council by the *Immigration Act*, subsection 114(2), to confer exemptions because of compassionate or humanitarian considerations.

**h**  
À l'époque, il y avait un programme d'élimination de l'arriéré conçu expressément pour les immigrants de fait en situation administrative irrégulière qui résidaient au Canada. Ce programme dispensait les immigrants de l'obligation de présenter une demande d'admission à l'étranger. Il était fondé sur le pouvoir, conféré au gouverneur en conseil par le paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration*, d'accorder des dispenses pour des motifs d'ordre humanitaire.

The guidelines issued to immigration officers indicated that the program applied to persons who have no legal status in Canada, have not yet come to the attention of the Department, are resident in fact in Canada and not abroad, have severed their ties with their home country, and would undergo hardship if required to leave Canada to apply as permanent residents in the normal course. Excluded from this quick-fix process were those who had entered and remained in Canada illegally through an organized plan, or to whom certain statutory proscriptions applied, including that of being in Canada by reason of a material misrepresentation, contrary to paragraph 27(2)(g). In 1990, subsequent to the *Yhap* case (which dealt with the undue fettering of the discretion conferred by subsection 114(4)) and to the decision sought to be quashed, new guidelines were issued removing misrepresentation and an organized plan as bars to relief on humanitarian grounds.

The immigration officer refused to process plaintiffs' application on the grounds that the family had entered and remained in Canada through an organized plan and that Cynthia Cabalfin had gotten into Canada by the misrepresentation of a material fact.

*Held*, the application should be allowed.

The immigration officer failed to exercise the discretion conferred by the statute. He believed himself bound, once he concluded that the applicants were present in Canada because of an organized plan, to refuse to consider their application. He failed to consider other facts relevant to the existence of compassionate or humanitarian considerations, and thereby made an error going to jurisdiction. The discretion granted by subsection 114(2) is broad enough to be exercised notwithstanding the existence of an organized plan. Because it prevented consideration of all relevant considerations, the policy was invalid.

Although the phrase "organized plan" evokes an image of third party entrepreneurs arranging, for profit, the movement of large numbers of illegals into Canada, it was open to the officer to interpret it as including more private arrangements such as those made by the plaintiffs. To use that as a reason to exclude the Cabalfins, however, conflicts with another directive which recognizes that *de facto* illegals commonly utilize illegal methods to enter Canada and encourages officers to look at the overall picture, in reaching a "decision which is fair and humane". Accordingly, the immigration officer's decision should be quashed and a declaration granted that applicants are entitled to a new hearing before a different officer.

Les lignes directrices auxquelles devaient se conformer les agents d'immigration précisaient que le programme s'appliquait aux personnes qui n'avaient aucun statut légal au Canada, qui avaient échappé à l'attention du Ministère, qui avaient, de fait, leur résidence au Canada et non à l'étranger, qui avaient rompu les liens avec leur pays d'origine et qui feraient face à des difficultés si elles devaient quitter le Canada pour présenter une demande de résidence permanente par la voie normale. Ce traitement expéditif ne s'appliquait pas aux personnes entrées et demeurées au Canada illégalement grâce à un plan organisé ou auxquelles s'appliquaient certaines prohibitions prévues par la loi, comme le fait d'être entrées au Canada par suite d'une fausse déclaration sur un fait important, en contravention de l'alinéa 27(2)g). En 1990, après le prononcé du jugement *Yhap* (qui portait sur la restriction incluse du pouvoir discrétionnaire conféré par le paragraphe 114(4)) et après la décision dont on demande l'annulation en l'espèce, on a publié de nouvelles lignes directrices aux termes desquelles l'existence d'une fausse déclaration et d'un plan organisé cessaient de faire obstacle à l'obtention d'une dispense pour des motifs d'ordre humanitaire.

L'agent d'immigration a refusé de traiter la demande des demandeurs parce que la famille était entrée et demeurée au Canada grâce à un plan organisé, et parce que Cynthia Cabalfin était venue au Canada par suite d'une fausse déclaration sur un fait important.

*Arrêt*: la demande devrait être accueillie.

L'agent d'immigration a omis d'exercer le pouvoir discrétionnaire conféré par la loi. Après avoir conclu que les demandeurs étaient entrés au Canada grâce à un plan organisé, il s'est cru obligé de refuser d'examiner leur demande. Il a omis de tenir compte d'autres faits pertinents pour établir l'existence de motifs d'ordre humanitaire et a, de ce fait, commis une erreur de compétence. Le pouvoir discrétionnaire conféré par le paragraphe 114(2) est suffisamment étendu pour être exercé en dépit de l'existence d'un plan organisé. La mesure d'exclusion était sans effet parce qu'elle empêchait l'examen de tous les facteurs pertinents.

Bien que l'expression «plan organisé» évoque les agissements de tierces personnes qui, moyennant rémunération, s'organisent pour faire entrer en grand nombre des immigrants illégaux au Canada, l'agent pouvait tout aussi bien considérer qu'elle incluait des dispositions de nature plus privée, comme celles prises par les demandeurs. Toutefois, invoquer ce motif-là pour ne pas traiter la demande des Cabalfin va à l'encontre d'une autre directive qui reconnaît que les résidents de fait en situation administrative irrégulière emploient souvent des méthodes illégales pour entrer au Canada, et qui encourage les agents à avoir une vue d'ensemble de la situation afin d'en venir à une «décision qui soit juste et humaine». Par conséquent, la décision de l'agent d'immigration devrait être annulée et un jugement déclaratoire portant que les demandeurs ont droit à une nouvelle audition devant un autre agent d'immigration devrait être rendu.

#### 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].

#### 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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 3 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 2), 27(2)(g), 38, 82.1 (as enacted *idem*, s. 19), 94 (as am. *idem*, s. 24), 114(2).

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 3 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 2), 27(2)g, 38, 82.1 (ajouté, *idem*, art. 19), 94 (mod., *idem*, art. 24), 114(2).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Hui v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 2 F.C. 96; (1986), 18 Admin. L.R. 264; 65 N.R. 69 (C.A.); *Johal v. Minister of Employment and Immigration* (1987), 15 F.T.R. 164; 4 Imm. L.R. (2d) 105 (F.C.T.D.); *Yhap v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 1 F.C. 722; (1990), 9 Imm. L.R. (2d) 69; 29 F.T.R. 223 (T.D.).

## CONSIDERED:

*Associated Provincial Picture Houses, Ltd. v. Wednesbury Corporations*, [1948] 1 K.B. 233 (C.A.); *Gaffney v. Minister of Employment and Immigration* (1989), 27 F.T.R. 234; 8 Imm. L.R. (2d) 273 (F.C.T.D.); *Hajariwala v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 79; (1988), 34 Admin. L.R. 206; 23 F.T.R. 241; 6 Imm. L.R. (2d) 222 (T.D.); *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.); *Robins v. Minister of Employment and Immigration et al.* (1987), 15 F.T.R. 97; 8 Imm. L.R. (2d) 8 (F.C.T.D.).

## REFERRED TO:

*Minister of Employment and Immigration et al. v. Jimenez-Perez et al.*, [1984] 2 S.C.R. 565; (1984), 14 D.L.R. (4th) 609; [1985] 1 W.W.R. 577; 9 Admin. L.R. 280; 56 N.R. 215; *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Sobrie v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1987), 3 Imm. L.R. (2d) 81 (F.C.T.D.).

## AUTHORS CITED

*Black's Law Dictionary*, 6th ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, "organization".

## COUNSEL:

*R. Glen Sherman* for plaintiffs.  
*Mitchell Taylor* for defendant.

## SOLICITORS:

*Macintosh, Mair, Riecken & Sherman*, Vancouver, for plaintiffs.  
*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

## a JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Hui c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 2 C.F. 96; (1986), 18 Admin. L.R. 264; 65 N.R. 69 (C.A.); *Johal c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1987), 15 F.T.R. 164; 4 Imm. L.R. (2d) 105 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Yhap c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 1 C.F. 722; (1990), 9 Imm. L.R. (2d) 69; 29 F.T.R. 223 (1<sup>re</sup> inst.).

## c

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Associated Provincial Picture Houses, Ltd. v. Wednesbury Corporations*, [1948] 1 K.B. 233 (C.A.); *Gaffney c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1989), 27 F.T.R. 234; 8 Imm. L.R. (2d) 273 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Hajariwala c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 79; (1988), 34 Admin. L.R. 206; 23 F.T.R. 241; 6 Imm. L.R. (2d) 222 (1<sup>re</sup> inst.); *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.); *Robins c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration et autres* (1987), 15 F.T.R. 97; 8 Imm. L.R. (2d) 8 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## d

## e

## DÉCISIONS CITÉES:

*Ministre de l'Emploi et de l'Immigration et autres c. Jimenez-Perez et autres*, [1984] 2 R.C.S. 565; (1984), 14 D.L.R. (4th) 609; [1985] 1 W.W.R. 577; 9 Admin. L.R. 280; 56 N.R. 215; *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Sobrie c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1987), 3 Imm. L.R. (2d) 81 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DOCTRINE

*Black's Law Dictionary*, 6th ed., St-Paul, Minn., West Publishing Co., 1979, «organization».

## AVOCATS:

*R. Glen Sherman* pour les demandeurs.  
*Mitchell Taylor* pour le défendeur.

## PROCUREURS:

*Macintosh, Mair, Riecken & Sherman*, Vancouver, pour les demandeurs.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.



*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

JOYAL J.: The Court is seized of an action for declaratory relief to have a ministerial decision quashed. This is a decision in which the defendant Minister refused to process the plaintiffs' applications for permanent landing while they continue to reside in Canada.

The action was instituted shortly after leave to file an application for prerogative relief was granted by my colleague, Teitelbaum J., pursuant to section 82.1 of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2 (as enacted by R.S.C., 1985, (4th Supp.), c. 28, s. 19)].

The plaintiffs' applications were founded on subsection 114(2) of the Act. This is the section which deals with compassionate or humanitarian considerations as grounds to depart from the usual immigration rules and procedures. Subsection 114(2) is an exceptional remedy which authorizes the Governor in Council to process permanent visa applications made by illegal *de facto* residents, such as the applicants, without requiring them to return to their country of origin to obtain immigrant status in the normal way.

Although provisions involving humanitarian or compassionate considerations have been historically recognized in our immigration laws, residual or executive discretion exercisable thereunder has become much more a current practice in recent years. This is by reason of specific administrative programs undertaken by the defendant Minister to clear the ever-accumulating backlog of illegal *de facto* residents in Canada whose status has remained uncertain over a number of years. During this time, these illegal residents have often become established in Canada, have married Canadian citizens, or have had Canadian children born to them. Administrative expediency as well as plainly humane considerations created a need to set up what has often been called a "quick-fix" program. That is, if an applicant satisfies an immigration officer that he has become well established in Canada, that in fact if not in law, his residence is no longer abroad and that he would suffer hardship if he were required to leave Canada in

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

LE JUGE JOYAL: La Cour est saisie d'une action déclaratoire visant l'annulation d'une décision ministérielle par laquelle le ministre défendeur a refusé de traiter les demandes de droit d'établissement des demandeurs pendant qu'ils continuaient de résider au Canada.

L'action a été intentée peu de temps après que mon collègue, le juge Teitelbaum, eut accordé l'autorisation de présenter une demande de redressement en vertu de la prérogative, conformément à l'article 82.1 de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), chap. I-2 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.) chap. 28, art. 19)].

Les demandes présentées par les demandeurs étaient fondées sur le paragraphe 114(2) de la Loi, dont les dispositions prévoient qu'il est possible de déroger aux règles et aux procédures ordinaires en matière d'immigration pour des motifs d'ordre humanitaire. Cette mesure exceptionnelle permet au gouverneur en conseil de traiter les demandes de visa présentées par des résidents de fait en situation administrative irrégulière comme les demandeurs, sans contraindre ceux-ci à retourner dans leur pays d'origine pour y obtenir le statut d'immigrant par la voie normale.

Bien que les lois canadiennes sur l'immigration aient toujours contenu des dispositions prévoyant la prise en considération de motifs d'ordre humanitaire, c'est au cours des dernières années seulement qu'il est vraiment devenu pratique courante d'exercer le pouvoir discrétionnaire de nature résiduelle ou exécutive conféré par ces dispositions. Ce revirement est attribuable aux programmes administratifs mis sur pied par le ministre défendeur pour supprimer l'arriéré sans cesse croissant des demandes des résidents de fait en situation administrative irrégulière qui sont au Canada, mais dont le statut est incertain depuis plusieurs années. En effet, au fil des ans, ces personnes se sont souvent installées au Canada, ont épousé des citoyens canadiens ou ont eu des enfants nés au Canada. C'est d'un souci d'efficacité administrative, de même que de considérations purement humaines, qu'est parti le besoin de créer un programme «expéditif», comme on l'a souvent qualifié. Donc, si un requérant convainc un agent d'immigration qu'il est désor-

order to seek a visa to return to Canada as a legal permanent resident, his application for permanent landing while in Canada may be authorized. Such was the claim of the plaintiffs before an immigration officer appointed for that purpose.

#### THE FACTS

The applicants, who are husband and wife, are both citizens of the Philippines. Carlos Cabalfin is now 40 years old and his wife is 34 years old. They have two children, a son of 14 years and a daughter of 12 years.

The applicant Carlos Cabalfin came to Canada in October 1985 on a three-month visitor's visa. The stated purpose of his visit was to accompany his ailing father who was returning to Vancouver after a visit to his homeland. The husband overstayed his leave, did not report to the authorities and, in the context of immigration rules and procedures, went underground. In so doing, he availed himself of strong family support. Many members of his family were already established in Vancouver and enjoyed Canadian citizenship. These included his father and mother, two brothers, two sisters, a sister-in-law and a brother-in-law. He duly obtained employment and, in the absence of a ministerial work permit, saw fit to use his brother's SIN card. His earlier jobs were pretty menial but by sharing expenses with his family, he was well able to look after himself and his family. He has continued to do so to this date.

His wife Cynthia and their two children joined him in Vancouver in June of 1986. The wife had applied for a visitor's visa for the stated purpose of visiting Expo 86. In her visa application, she stated that her husband was residing and employed in Saudi Arabia. A few weeks after her arrival in Vancouver and with the assistance of her sister-in-law, she caused her children to be enrolled in school for the fall term. And so it happened that thereafter, the family of four lived together with

mais bien établi au Canada, que de fait sinon de droit, il n'a plus sa résidence à l'étranger et qu'il ferait face à des difficultés excessives s'il devait quitter le Canada afin d'obtenir un visa pour y revenir, légalement, à titre de résident permanent, le traitement au Canada de sa demande de droit d'établissement peut être autorisé. C'est ce qu'ont fait valoir les demandeurs à l'agent d'immigration saisi de leur cas.

#### LES FAITS

Les requérants, qui sont mari et femme, sont tous deux des citoyens des Philippines. Carlos Cabalfin est maintenant âgé de 40 ans et sa femme a 34 ans. Ils ont deux enfants, un fils âgé de 14 ans et une fille âgée de 12 ans.

Le requérant Carlos Cabalfin est arrivé au Canada au mois d'octobre 1985, muni d'un visa de visiteur d'une durée de trois mois. Le but déclaré de sa visite était de raccompagner à Vancouver son père, qui était de santé précaire et s'était rendu dans son pays natal. Le requérant a excédé la durée fixée de son visa, ne s'est pas présenté aux autorités et, dans le langage des règles et des procédures d'immigration, est entré dans la clandestinité. En agissant ainsi, il savait qu'il bénéficierait de l'appui indéfectible de sa famille. Plusieurs membres de sa famille étaient déjà établis à Vancouver et avaient la citoyenneté canadienne. Parmi ceux-ci, il y avait son père et sa mère, deux frères, deux sœurs, une belle-sœur et un beau-frère. Il a réussi à trouver du travail, mais, comme il n'avait pas de permis de travail ministériel, il a jugé bon d'utiliser la carte d'assurance sociale de son frère. Ses premiers emplois n'étaient pas très bien rémunérés, mais, en partageant les dépenses avec sa famille, il était parfaitement capable de subvenir à ses besoins et à ceux de sa famille. C'est ce qu'il a continué de faire jusqu'à ce jour.

Sa femme Cynthia et leurs deux enfants sont venus le retrouver à Vancouver en juin 1986. La requérante avait demandé un visa de visiteur en disant qu'elle voulait aller visiter Expo 86. Dans sa demande de visa, elle déclarait que son mari résidait et travaillait en Arabie saoudite. Quelques semaines après son arrivée à Vancouver, elle a fait inscrire, avec l'aide de sa belle-sœur, ses enfants dans une école pour le trimestre d'automne. C'est donc de cette façon que les quatre membres de la

the husband's father and mother in the latter's home. The fathers worked, the children attended school and the wife stayed at home looking after her mother-in-law who suffers from a diabetic condition and poor eyesight.

It was early in October 1988, after Carlos Cabalfin had been a *de facto* resident in Canada for some three years, that he reported to the Vancouver Immigration Centre. He turned himself in, as it were. His applications, on behalf of himself and his family, were to be granted landed immigrant status while continuing to reside in Canada. He had reason to believe that he came within the ministerial guidelines set up under the program and that the record of his residency in Canada indicated that he and his family had become firmly established here and that compassionate and humanitarian grounds should apply.

The particular facts in this respect, which are not disputed, were that all but two of Carlos Cabalfin's family were permanently established in Vancouver. Of the two remaining brothers, one was in the United States and the other in the Philippines. The children were enrolled and doing well in school. The family had participated in church and community groups. The applicants enjoyed the strong support of other family members. Mr. Cabalfin was working with his father and doing well. The family had few, if any, remaining roots left in the Philippines. In fact, their roots were now firmly planted in Canadian soil.

It therefore appeared to the applicants that notwithstanding their illegal status in Canada, they could subscribe to the Minister's "quick-fix" program and remain in Canada pending the processing of their immigration applications.

The immigration officer, Mr. Paul Banns, before whom the original disclosure of the plaintiffs' status was made on October 4, 1988, took note of the representation of facts submitted by Mr. Cabalfin in an affidavit dated that same day. The immigration officer requested additional documents relating to passports, report cards on the children's schooling, tax returns, the family tree and submissions in support of the applications. These were filed by the applicants' counsel on

famille en sont venus à vivre avec les parents du mari dans la maison de ces derniers. Le père travaillait, les enfants fréquentaient l'école et la mère restait à la maison pour s'occuper de sa belle-mère, qui est diabétique et a une mauvaise vue.

C'est au début d'octobre 1988 que Carlos Cabalfin, qui était un résident de fait en situation administrative irrégulière depuis environ trois ans, s'est présenté au Centre d'immigration de Vancouver. Il s'est livré aux autorités, pour ainsi dire. Il a présenté des demandes en son nom et au nom de sa famille afin d'obtenir le statut d'immigrant ayant reçu le droit d'établissement sans avoir à quitter le Canada. Il croyait que les lignes directrices ministérielles adoptées dans le cadre du programme s'appliquaient à lui, que la durée de sa résidence au Canada montrait que sa famille et lui-même s'étaient solidement établis ici et que des motifs d'ordre humanitaire devraient s'appliquer.

Les faits particuliers à cet égard ne sont pas contestés: tous les membres de la famille de Carlos Cabalfin, sauf deux de ses frères, dont l'un vivait aux États-Unis et l'autre aux Philippines, étaient établis en permanence à Vancouver. Les enfants allaient à l'école et obtenaient de bons résultats. La famille participait aux activités de groupes religieux et communautaires. Les requérants jouissaient de l'appui solide des autres membres de leur famille. M. Cabalfin travaillait avec son père et se tirait bien d'affaire. La famille n'avait plus ou presque plus d'attaches aux Philippines. En fait, elle était désormais bien enracinée en sol canadien.

Les requérants ont donc cru que, même s'ils n'avaient pas de statut légal au Canada, ils pourraient bénéficier du programme «expéditif» du ministre et demeurer au Canada durant le traitement de leurs demandes d'immigration.

L'agent d'immigration, Paul Banns, à qui a été révélé pour la première fois le statut des demandeurs le 4 octobre 1988, a pris note de la déclaration de faits présentée par M. Cabalfin dans un affidavit en date du même jour. Il a demandé à obtenir d'autres documents comme les passeports, les bulletins scolaires des enfants, les déclarations d'impôt, l'arbre généalogique de la famille et des observations à l'appui des demandes. Ces documents ont été déposés par l'avocat des demandeurs

October 14, 1988 and listed some nine salient points to warrant a favourable consideration of the applications on humanitarian and compassionate grounds.

The applications were left in abeyance for many months to enable the immigration officer to request from his colleagues in Manila all the information pertaining to the plaintiffs' original applications for visitors' visas. When this information was received, Mr. Banns reconvened the enquiry for June 8, 1989 and interviewed both Mr. and Mrs. Cabalfin. Mrs. Cabalfin was faced with the misrepresentation made in her Manila application to the effect that her husband at that time was employed in Saudi Arabia. She admitted to this misrepresentation. She explained that she acted out of fear. She felt that disclosure of her husband's presence in Vancouver would have seriously prejudiced her visa application.

At that enquiry, Mr. Banns apparently indicated to the plaintiffs' counsel that he regarded the Cabalfins as persons "who entered Canada and remained in Canada illegally through an organized plan" and purportedly stated that they were thereby excluded from consideration under the illegal resident policy.

The whole matter came to a head on July 12, 1989, when Mr. Banns, in deciding not to process the applications, wrote to the plaintiffs as follows:

July 12, 1989

Mr. & Mrs. Carlos Cabalfin  
2376 E. 49th Avenue  
Vancouver, B.C.  
V5X 1JL

Dear Mr. & Mrs. Cabalfin:

Re: Your Request for Permanent Residence in Canada

This letter refers to your request to have your application for permanent residence processed from within Canada.

After a careful and sympathetic review of all the circumstances in your case, a decision has been made not to process your request. It is felt that insufficient compassionate and humanitarian grounds exist to warrant special consideration under illegal defacto resident criteria. The reason for this is that we are of the opinion that you, your wife and children entered and remained in Canada illegally through an organized plan and in addition to your and your children's violations of the Immigra-

le 14 octobre 1988 et faisaient état de neuf grandes raisons d'accueillir favorablement les demandes pour des motifs d'ordre humanitaire.

<sup>a</sup> Les demandes sont restées en suspens pendant de nombreux mois pour permettre à l'agent d'immigration de demander à ses collègues à Manille de lui faire parvenir tous les renseignements se rapportant aux demandes de visa de visiteur qu'avaient présentées les demandeurs là-bas. Lorsqu'il a reçu ces renseignements, M. Banns a de nouveau convoqué une enquête pour le 8 juin 1989 et a interrogé M. et Mme Cabalfin. Il a confronté cette dernière à la fausse déclaration qu'elle avait faite dans sa demande à Manille à propos de l'emploi que son mari était censé occuper à l'époque en Arabie saoudite. Elle a reconnu avoir fait cette fausse déclaration, mais a expliqué qu'elle avait agi sous l'effet de la peur. Elle pensait qu'elle aurait beaucoup de mal à obtenir un visa si elle révélait la présence de son mari à Vancouver.

Lors de l'enquête, M. Banns aurait indiqué à l'avocat des demandeurs qu'il considérait les Cabalfin comme des personnes [TRADUCTION] «qui sont entrées et demeurées au Canada illégalement grâce à un plan organisé» et aurait ajouté qu'ils ne pourraient pas se prévaloir de la politique concernant les résidents de fait en situation administrative irrégulière pour cette raison.

Les choses en sont arrivées à un point tournant le 12 juillet 1989 lorsque M. Banns a écrit aux demandeurs pour leur annoncer qu'il ne traiterai pas leurs demandes. La lettre disait ceci:

[TRADUCTION] Le 12 juillet 1989

M. et Mme Carlos Cabalfin  
2376 est, 49<sup>e</sup> avenue  
Vancouver (C.-B.)

<sup>h</sup> V5X 1JL

Objet: Votre demande de résidence permanente au Canada

Monsieur et Madame,

<sup>i</sup> La présente lettre fait suite à la demande dans laquelle vous sollicitiez que le traitement de votre demande de résidence permanente se fasse au Canada.

Après avoir analysé avec attention et bienveillance toutes les circonstances de votre cas, nous avons décidé de ne pas traiter votre demande. Nous estimons qu'il n'y a pas suffisamment de motifs d'ordre humanitaire pour justifier l'examen de votre cas au regard des critères applicables aux résidents de fait en situation administrative irrégulière. Nous avons pris cette décision parce que nous sommes d'avis que votre femme, vos enfants et vous-même êtes entrés et demeurés illégalement au

tion Act your wife is reportable under Subsection 27(2)(g), which states: "a person who came into Canada or remains therein with a false or improperly obtained passport, visa or other document pertaining to his/her admission or by reason of any fraudulent or improper means or misrepresentation of any material fact, whether exercised or made by that person or by any other person". [Underlining mine.]

Because of this opinion I am required by law to forthwith submit a report to the Deputy Minister of Immigration or his delegated representative. This could result in your arrest, an immigration inquiry and your deportation from Canada.

Should you and your family decide to depart Canada voluntarily on or before 12 August 1989, it will be in your best interest to confirm departure by giving this letter to the Canadian Immigration Authorities at the port of departure who will inform me that you and your family have departed Canada.

Immigration Legislation requires that an application for permanent residence be submitted by the prospective immigrant at a post abroad. Our refusal to process your application from within Canada does not affect your right to apply abroad.

It is essential that you submit an application for permanent residence to a post abroad, failing which we must consider the matter closed.

Yours truly,

For Area Manager  
Metro Vancouver

Counsel for the plaintiffs later applied for administrative review of the immigration officer's decision but was unsuccessful. Hence the issue before me.

#### THE ISSUE

The basic issue as alleged by plaintiffs' counsel is that the immigration officer failed to exercise his discretion in a proper manner and, in particular, that the immigration officer:

(1) concluded that the plaintiffs entered and remained in Canada pursuant to an organized plan in the complete absence of evidence which directly or inferentially supported the said conclusion;

(2) unreasonably interpreted the defendant's policy governing illegal *de facto* immigrants contrary to the plain meaning of the words of the policy;

(3) improperly applied the policy by considering irrelevant factors in priority to the compassionate

Canada grâce à un plan organisé et que, outre les infractions à la Loi sur l'immigration commises par vos enfants et vous-même, votre femme peut faire l'objet d'un rapport aux termes de l'alinéa 27(2)g) de la Loi, qui dit ceci: «[une personne qui] est entrée au Canada ou [qui] y demeure soit sur la foi d'un passeport, visa — ou autre document relatif à son admission — faux ou obtenu irrégulièrement, soit par des moyens frauduleux ou irréguliers ou encore par suite d'une fausse indication sur un fait important, même si ces moyens ou déclarations sont le fait d'un tiers». [C'est moi qui souligne.]

Pour cette raison, je suis tenu par la loi de soumettre sur-le-champ un rapport au sous-ministre de l'Immigration ou à son représentant délégué. Ce rapport pourrait entraîner votre arrestation, la tenue d'une enquête et votre expulsion du Canada.

Si votre famille et vous-même décidez de quitter le Canada de votre plein gré au plus tard le 12 août 1989, il sera sans conteste dans votre intérêt de confirmer votre départ en remettant la présente lettre aux autorités canadiennes de l'Immigration au point de départ. Celles-ci m'informeront que votre famille et vous-même avez quitté le Canada.

Conformément aux dispositions législatives sur l'immigration, l'immigrant éventuel doit présenter sa demande de résidence permanente à un bureau à l'étranger. Le fait que nous ayons refusé de traiter votre demande au Canada ne modifie en rien votre droit de présenter une demande à l'étranger.

Il est essentiel que vous présentiez une demande de résidence permanente à une mission à l'étranger, sans quoi nous considérerons que l'affaire est close.

Veuillez recevoir, Monsieur et Madame, mes salutations distinguées.

Pour le gestionnaire régional  
Vancouver métropolitain

L'avocat des demandeurs a ensuite demandé que la décision de l'agent d'immigration fasse l'objet d'un contrôle administratif, mais il s'est heurté à un refus. Voilà donc pourquoi je suis saisi de l'affaire.

#### LA QUESTION EN LITIGE

Le principal argument que l'avocat des demandeurs a fait valoir est que l'agent d'immigration n'a pas exercé correctement son pouvoir discrétionnaire et, en particulier, qu'il a:

(1) conclu que les demandeurs sont entrés et demeurés au Canada grâce à un plan organisé même si cette conclusion ne s'appuyait sur aucune preuve directe ou indirecte;

(2) interprété la politique du défendeur régissant les résidents de fait en situation administrative irrégulière de façon déraisonnable et contraire au sens ordinaire des mots employés dans la politique;

(3) appliqué incorrectement la politique en attachant plus d'importance à des facteurs sans intérêt

and humanitarian circumstances of the plaintiffs' case;

(4) fettered his discretion by rigidly adopting a narrow aspect of the said policy to the exclusion of other relevant factors.

#### THE PLAINTIFFS' CASE

On the basis of the facts before the Court, none of which are in dispute, plaintiffs' counsel reviewed at length the judicial principles applicable to the exercise of statutory discretion.

The first test, counsel submitted, is one of reasonableness and he quoted in support the decision in *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. v. Wednesbury Corporations*, [1948] 1 K.B. 223 (C.A.).

Counsel for the plaintiffs further submitted that the lawful exercise of statutory discretion must be determined by reference to the enabling statute and its object and scope in conferring discretionary authority. Counsel referred in this respect to the celebrated case of *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.).

The third argument was that the defendant Minister's guidelines, referred to in the Immigration Manual as IE 9 (Ex. D-7), have created an arbitrary and unreasonable distinction between excluded persons who are in Canada pursuant to an organized plan and all other kinds of illegal *de facto* residents.

As a corollary to the foregoing, counsel argued that the discretion may be exercised on the basis of the sufficiency of compassionate or humanitarian factors but must not be exercised on the basis of other considerations which have nothing to do with compassion or humanity.

Other variations of the main theme were argued by plaintiffs' counsel dealing with the vague and uncertain expression of "organized plan"; with the obligation on a decision maker to exclude all irrelevant considerations in his decision-making process; and with the immigration officer's adoption of a particularly narrow interpretation of the Minister's guidelines, thereby excluding a more

qu'aux circonstances humanitaires invoquées par les demandeurs;

(4) indûment restreint l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en observant rigide-ment un aspect particulier de cette politique et en ne tenant pas compte d'autres facteurs pertinents.

#### LES ARGUMENTS DES DEMANDEURS

S'appuyant sur les faits soumis à la Cour, qui ne sont pas contestés, l'avocat des demandeurs a longuement examiné les principes juridiques qui régissent l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par une loi.

Il a soutenu que le premier critère applicable est celui du caractère raisonnable, et il s'est appuyé sur la décision rendue dans l'affaire *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporations*, [1948] 1 K.B. 223 (C.A.).

Il a également soutenu que c'est au regard de la loi habilitante, ainsi que de son objet et de l'étendue de la discrétion qu'elle confère, que doit être établie la légalité de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Il a cité à cet égard le célèbre arrêt *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.).

Le troisième argument de l'avocat des demandeurs a consisté à dire que les lignes directrices du ministre défendeur, appelées IE 9 dans le Guide de l'immigration (pièce D-7), ont créé une distinction arbitraire et déraisonnable entre les personnes exclues qui sont au Canada grâce à un plan organisé et toutes les autres catégories de résidents de fait en situation administrative irrégulière.

À son avis, il découle de ce qui précède que l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire peut être fonction de l'importance des facteurs d'ordre humanitaire, mais qu'il ne saurait dépendre d'autres considérations qui n'ont rien à voir avec la compassion.

L'avocat des demandeurs a plaidé d'autres variations du thème principal, notamment le caractère vague et incertain de l'expression [TRA-DUCTION] «plan organisé»; l'obligation qu'a un décideur d'exclure du processus décisionnel tous les facteurs qui sont sans importance; et la façon particulièrement stricte dont l'agent d'immigration a interprété les lignes directrices du ministre, écar-

generic approach to the humanitarian and compassionate principles expressed in subsection 114(2) of the *Immigration Act*.

#### THE DEFENDANT'S CASE

The basic position taken by defendant's counsel was that the impugned decision contains no jurisdictional errors, that the immigration officer considered all relevant facts, that he discounted irrelevant ones and that his decision was made in accordance with the facts and the law.

Counsel for the defendant suggested that the decision is one with which the plaintiffs simply disagree. This is of course no ground to quash it and indeed the immigration officer had ample evidence before him to conclude that there were insufficient compassionate or humanitarian grounds to warrant exemption from the usual immigration process. In arriving at this conclusion, said counsel, there is no doubt that the immigration officer considered all material facts, including the plaintiffs' social and economic ties in Canada, the presence in Canada of family members, the children's enrolment in a Canadian school and similar factors.

Furthermore, the immigration officer had a perfect right to consider the element of deception which surrounded the plaintiffs' entry into Canada and their presence here and to conclude that this was accomplished through an "organized plan", as that term is used in the guidelines. He was entitled, according to counsel, to treat the plaintiffs' obvious intent to circumvent the law and normal immigration procedure as material to the compassionate or humanitarian issue before him.

Finally, argued defendant's counsel, the exercise of a statutory discretion which is vested in the immigration officer should not be subject to judicial intervention except in the clearest of cases. Counsel cited in support the decision of this Court in *Robins v. Minister of Employment and Immigration et al.* (1987), 15 F.T.R. 97 (F.C.T.D.); *Hajariwala v. Canada (Minister of Employment*

tant ainsi le sens plus général des principes humanitaires énoncés au paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration*.

#### LES ARGUMENTS DU DÉFENDEUR

L'avocat du défendeur a surtout fait valoir que la décision attaquée ne contient aucune erreur de compétence, que l'agent d'immigration a pris en considération tous les facteurs pertinents, qu'il a fait abstraction de ceux qui étaient sans importance et qu'il a pris une décision conforme aux faits et au droit.

Il a laissé entendre que cette décision était une décision avec laquelle les demandeurs n'étaient tout simplement pas d'accord. Ce n'est certainement pas un motif d'annulation, et l'agent d'immigration possédait, du reste, assez d'éléments de preuve pour conclure qu'il n'y avait pas suffisamment de motifs d'ordre humanitaire pour dispenser les demandeurs du processus d'immigration habituel. De l'avis de l'avocat du défendeur, il ne fait aucun doute que l'agent d'immigration est arrivé à cette conclusion après avoir analysé tous les faits pertinents, notamment les liens sociaux et économiques qu'avaient établis les demandeurs au Canada, la présence au Canada de membres de leur famille, la fréquentation d'une école canadienne par les enfants des demandeurs et d'autres facteurs semblables.

D'autre part, l'agent d'immigration avait parfaitement le droit de tenir compte de l'élément de tromperie qui a entouré l'entrée des demandeurs au Canada et leur présence ici, et de conclure qu'il y a eu un [TRADUCTION] «plan organisé», au sens où l'on emploie cette expression dans les lignes directrices. De l'avis de l'avocat du défendeur, l'agent d'immigration avait le droit de juger que l'intention manifeste des demandeurs de contourner la loi et la procédure d'immigration habituelle était pertinente en ce qui a trait à la question d'ordre humanitaire dont il était saisi.

En dernier lieu, l'avocat du défendeur a fait valoir que l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par la loi à un agent d'immigration ne doit être soumis à aucune intervention judiciaire, sauf dans les cas les plus patents. Il a cité à cet égard la décision rendue par cette Cour dans l'arrêt *Robins c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration et autres* (1987), 15 F.T.R. 97 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); l'arrêt

*and Immigration*), [1989] 2 F.C. 79 (T.D.); and in particular, the following comments of the Associate Chief Justice in *Gaffney v. Minister of Employment and Immigration* (1989), 27 F.T.R. 234 (F.C.T.D.), at page 240:

Whether I would have reached the same result or not is irrelevant. Section 18 application are not an appellate review and in the absence of a denial of natural justice or an error of law, I cannot interfere with the visa officer's decision.

There was evidence to support the visa officer's assessment, and I am not satisfied that there was an error of law, of jurisdiction or a denial of natural justice.

#### THE GUIDELINES

The guidelines at issue are contained in a document of some 25 closely typed pages. Until recently, they formed part of the Standard Immigration Manual and were commonly known as IE 9. I think it can safely be said from the outset that no reasonable person would cast a critical eye on the basic need for guidelines of this nature, which are meant to assist immigration staff in the exercise of their discretion. These guidelines help to ensure some semblance of uniformity and conformity in the way with which thousands of cases are dealt and to provide ostensible evidence that a particularly harsh or a particularly generous exercise of discretion in any given case is avoided. They are intended, as in the application of equitable principles, to fix to some extent "the length of the Chancellor's foot".

The guidance this document provides to immigration officers, however, is not without its risks. There is always the possibility that the wording or the sense which may be given to any particular guideline will be of a nature to fetter one's discretion or to invite one to consider extraneous elements or to discard more material ones or to be misdirected by a particular provision of the guidelines. In such a case, the application of the guidelines may be successfully challenged, as we shall see.

The provisions of the guidelines pertinent to this case are those dealing with so-called illegal *de facto* residents. Article 9.26 1)a) of the guidelines defines the term as follows:

*Hajariwala c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 79 (1<sup>re</sup> inst.); et, en particulier, les remarques suivantes qu'a faites le juge en chef adjoint dans l'arrêt *Gaffney c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1989), 27 F.T.R. 234 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 240:

La question de savoir si j'en serais arrivé à la même conclusion n'est pas pertinente. La révision effectuée à l'occasion d'une demande fondée sur l'article 18 est différente de celle à laquelle l'on procède dans le cadre d'un appel et en l'absence d'un déni de justice naturelle ou d'une erreur de droit, je ne peux pas modifier la décision de l'agent des visas.

La preuve justifiait l'évaluation de l'agent des visas, et je ne suis pas convaincu qu'il y a eu une erreur de droit ou de compétence ou un déni de justice naturelle.

#### LES LIGNES DIRECTRICES

Les lignes directrices litigieuses figurent dans un document de 25 pages écrit en petits caractères. Jusqu'à tout récemment, elles faisaient partie du Guide de l'immigration et étaient communément appelées IE 9. À mon sens, on peut tout de suite affirmer sans risque d'erreur qu'aucune personne raisonnable n'oserait contester l'utilité de telles lignes directrices, qui sont destinées à guider les agents d'immigration dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire. Elles contribuent à garantir un certain degré d'uniformité et de concordance dans la façon dont sont traités des milliers de cas et à montrer clairement que, dans un cas donné, on s'abstient d'exercer ce pouvoir discrétionnaire avec une rigueur ou une indulgence excessive. Tout comme dans l'application des principes d'*equity*, ces lignes directrices sont là pour établir dans une certaine mesure «la longueur du pas du Chancelier».

Les conseils que ce document donne aux agents d'immigration comportent toutefois une part de risque. En effet, il peut arriver que le libellé d'une ligne directrice ou le sens pouvant lui être attribué amène le titulaire du pouvoir discrétionnaire à restreindre l'exercice de ce pouvoir, à tenir compte de facteurs superflus ou à faire abstraction de facteurs plus importants, ou bien l'entraîne dans une mauvaise direction. Dans un tel cas, il est possible de contester avec succès l'application des lignes directrices, comme nous le verrons plus loin.

Les lignes directrices qui nous intéressent en l'espèce sont celles qui s'appliquent aux personnes qu'on appelle résidents de fait en situation administrative irrégulière. Cette expression est définie à l'article 9.26 1)a) des lignes directrices.



9.26 1)a) Illegal de facto residents are administratively defined as those persons who have not previously come to our attention and who, although they have no legal status in Canada, have been here so long and are so established that, in fact if not in law, they have their residence in Canada and not abroad. Such persons would have severed their ties with their home country and would undergo hardship if they were required to leave Canada in order to seek a visa to return (legally) as permanent residents;

The guidelines then set out three eligibility criteria: such persons must be "underground", there must be a degree of social, financial and cultural establishment in Canada to the point that Canada is now their real home, and finally, undue hardship would be imposed on them or on their families if they were compelled to leave Canada and to seek permanent landing in the normal manner.

However, the guidelines then proceed to exclude certain classes of persons from the benefit of the quick-fix process. In coming to terms with the plaintiffs' applications in the present case, the immigration officer had to contend with article 9.26 3)a) which states that:

9.26 3)a) Persons who entered and remained in Canada illegally through an organized plan and/or who are reportable under A27(2)(f), (g)(h)(i) or (k) will be excluded from consideration under these guidelines. Officers should, however, consider whether the person is described in other parts of IE 9, e.g. is the person married to a Canadian resident or is he/she a last remaining family member, before recommending a direction for inquiry; [Underlining mine.]

This exclusion provision forms the crux of the present application for prerogative relief and, according to plaintiffs' counsel, warrants judicial intervention. To determine whether this is indeed the case, it is appropriate to first examine current case law on the subject.

#### THE CASE LAW

In the case of *Hui v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 2 F.C. 96, the Federal Court of Appeal had to deal with a refusal by a visa officer to allow the plaintiff's application for permanent residence under the "entrepreneur" category. The visa officer, in his decision, had stated at page 101 that:

[TRADUCTION] 9.26 1)a) Du point de vue administratif, les résidents de fait en situation administrative irrégulière sont des personnes qui ont auparavant échappé à l'attention des autorités canadiennes et qui, même si elles n'ont pas de statut légal au Canada, sont ici depuis si longtemps et y sont si bien établies que, de fait sinon de droit, elles ont leur résidence au Canada et non à l'étranger. Ces personnes ont rompu les liens avec leur pays d'origine et feraient face à des difficultés si elles devaient quitter le Canada afin d'obtenir un visa pour y revenir (légalement) à titre de résidents permanents.

b On énumère ensuite trois critères d'admissibilité: ces personnes doivent vivre dans la «clandestinité»; elles doivent être bien établies au Canada sur les plans social, financier et culturel, de sorte que le Canada est désormais leur véritable pays de résidence, et, en dernier lieu, ces personnes et les membres de leur famille feraient face à des difficultés excessives si elles devaient quitter le Canada et obtenir le droit d'établissement de la manière habituelle.

d Les lignes directrices précisent ensuite que certaines catégories de personnes ne peuvent profiter de ce traitement expéditif. Lorsque l'agent d'immigration a examiné les demandes des demandeurs en l'espèce, il a dû tenir compte de l'article 9.26 3)a), qui est ainsi conçu:

[TRADUCTION] 9.26 3)a) Le cas des personnes qui sont entrées et demeurées au Canada illégalement grâce à un plan organisé et(ou) qui peuvent faire l'objet d'un rapport aux termes des alinéas L27(2)(f),(g),(h),(i) ou (k) ne sera pas étudié d'après ces lignes directrices. Toutefois, avant de recommander la tenue d'une enquête, les agents doivent se demander si le cas de la personne est visé ailleurs dans le document IE 9, p. ex., est-elle mariée à un résident canadien ou est-elle le dernier parent demeurant à l'étranger; [C'est moi qui souligne.]

g Cette mesure d'exclusion constitue le nœud de la présente demande de redressement en vertu de la prerogative et, selon l'avocat des demandeurs, elle justifie l'intervention des tribunaux. Afin d'établir si tel est effectivement le cas, il me paraît utile de commencer par analyser la jurisprudence portant sur la question.

#### LA JURISPRUDENCE

i Dans l'arrêt *Hui c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 2 C.F. 96, la Cour d'appel fédérale devait examiner la décision prise par un agent d'immigration de rejeter la demande de résidence permanente présentée par le demandeur dans la catégorie «entrepreneur». Dans sa décision, l'agent des visas avait déclaré, à la page 101:

Your background and employment history have been evaluated and unfortunately you do not meet immigration selection criteria as an entrepreneur. This determination is based in part by [sic] the fact that you have always been an employee and have never owned, established or operated your own business. The Minister responsible for Immigration has stated that only applicants with a proven track record in business are eligible for selection in this category.

After reviewing the Regulations pertaining to the entrepreneurial class of immigrants, Stone J.A., on behalf of the Court, quashed the visa officer's decision. Relying on the cases of *Baldwin & Francis Ltd. v. Patents Appeal Tribunal*, [1959] A.C. 663 (H.L.) and of *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147 (H.L.), His Lordship found that "a proven track record" expressed as ministerial policy was not a criterion established under the pertinent Regulations. In subscribing to that policy, the visa officer exceeded his jurisdiction. He was not entitled to introduce into his decision a requirement not authorized by the language of the Regulations.

Similarly in *Johal v. Minister of Employment and Immigration* (1987), 15 F.T.R. 164 (F.C.T.D.), my colleague Cullen J. also found grounds to intervene and to quash a decision refusing to process a permanent landing application under the De Facto Illegal Residents Program. His Lordship found in that case that ministerial guidelines must be read liberally and generously in the recognition that applicants have been on the run for some time and live in constant fear of being apprehended.

Cullen J. found support for his approach in a ministerial directive identified as NHQ HULL CONCERN, dated January 31, 1986 which, on the subject of misrepresentations, reads as follows [at page 166]:

«It is also recognized that most persons who are in Canada illegally have come to this country with the intention of remaining permanently, whether they admit it or not. In addition, a certain amount of illegal activity, such as obtaining a SIN card, almost always accompanies the attempts of illegals to establish themselves in Canada. Officers are therefore encouraged to look at the overall picture when assessing evidence of misrepresentations.

[TRADUCTION] Vos antécédents et votre dossier en matière d'emploi ont fait l'objet d'une évaluation; vous ne répondez malheureusement pas aux critères de sélection qui définissent l'entrepreneur pour fins d'immigration. Cette conclusion se fonde en partie sur le fait que vous avez toujours été un employé et que vous n'avez jamais possédé, mis sur pied ou exploité votre propre entreprise. Le ministre responsable de l'immigration a établi que seuls les requérants ayant démontré qu'ils possédaient des antécédents en affaires peuvent être choisis pour faire partie de cette catégorie.

b Après avoir analysé le règlement applicable aux immigrants de la catégorie «entrepreneur», le juge Stone de la Cour d'appel a annulé au nom de la Cour la décision prise par l'agent des visas. S'appuyant sur les arrêts *Baldwin & Francis Ltd. v. Patents Appeal Tribunal*, [1959] A.C. 663 (H.L.) et *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147 (H.L.), il a conclu que l'exigence relative aux «antécédents en affaires» prévue dans la politique ministérielle n'était pas un critère dont le Règlement en question exigeait qu'on tienne compte. En appliquant cette politique, l'agent des visas a outrepassé sa compétence. Il n'avait pas le droit d'introduire dans sa décision une exigence que ne justifiait pas le libellé du c Règlement.

De même, dans l'arrêt *Johal c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1987), 15 F.T.R. 164 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), mon collègue, le juge Cullen, a lui aussi conclu qu'il y avait des raisons d'intervenir et d'annuler une décision refusant le traitement d'une demande de droit d'établissement dans le cadre du Programme concernant les résidents de fait en situation administrative irrégulière. Dans cette affaire, le juge Cullen a conclu que les lignes directrices ministérielles devaient être interprétées de manière libérale et généreuse parce que les requérants étaient en fuite depuis un certain temps et avaient constamment vécu dans la crainte d'être h arrêtés.

Le juge Cullen a trouvé la corroboration de son point de vue dans une directive ministérielle en date du 31 janvier 1986, appelée NHQ HULL CONCERN, qui disait ceci à propos des fausses déclarations [à la page 166]:

On reconnaît également le fait que la plupart des personnes qui se trouvent illégalement au Canada y sont venues dans l'intention d'y demeurer de façon permanente, qu'elles le reconnaissent ou non. En outre, une certaine quantité d'activités illégales, comme l'obtention d'une carte d'assurance sociale, accompagne presque toujours les tentatives que font les illégaux en vue de s'établir au Canada. Nous encourageons donc les agents à avoir

sentations in order to reach a decision that is fair and humane." [Cullen J.'s emphasis.]

Another relevant and well-known case is that of *Yhap v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 1 F.C. 722 (T.D.), which dealt with the undue fettering of administrative discretion accorded by subsection 114(2) of the *Immigration Act*. It appeared to Associate Chief Justice Jerome that, notwithstanding any policy directives or guidelines with respect to any kind of exemption under section 114 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 29; *idem*, c. 29, s. 14] of the Act, the applicant, one of several Chinese citizens, was entitled to a full and fair review to determine the existence of humanitarian or compassionate considerations. After citing the Supreme Court of Canada decision in *Minister of Employment and Immigration et al. v. Jimenez-Perez et al.*, [1984] 2 S.C.R. 565 and after referring to his own decision in *Sobrie v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1987), 3 Imm. L.R. (2d) 81 (F.C.T.D.), the Associate Chief Justice concluded at page 738:

Even in a case, therefore, where it is evident that all other claims and applications advanced by the applicant are doomed to failure, the applicant's right to consideration on humanitarian and compassionate grounds may not be unduly restricted.

Quoting from the *Sobrie* case, the Associate Chief Justice added [at page 738]:

Obviously, the purpose behind s. 115(2)[<sup>1</sup>] of the Act is not merely to repeat the procedure of evaluating an immigrant on the usual grounds specified in the Act. The intention is to provide a fresh view of the immigrant's situation from a new perspective. It follows that for the Minister to fairly consider an application under this section, he must be able to direct his mind to what the applicant feels are his humanitarian and compassionate circumstances. These may have nothing to do with the facts contained in the file of his previous immigration proceedings.

As a result of the *Yhap* judgment, *supra*, the defendant Minister immediately brought forward new guidelines, which were issued on March 20, 1990. They are found in a communiqué from the

<sup>1</sup> New s. 114(2).

une vue d'ensemble de la situation lorsqu'ils examinent les preuves relatives aux fausses déclarations, afin d'en venir à une décision qui soit juste et humaine. [Soulignement du juge Cullen.]

a Il y a un autre arrêt pertinent et bien connu, *Yhap c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 1 C.F. 722 (1<sup>re</sup> inst.), qui traite de l'exercice indûment restreint du pouvoir discrétionnaire de nature administrative conféré par le b paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration*. Dans cette affaire, il a semblé au juge en chef adjoint Jerome que, même en faisant abstraction des directives ou des lignes directrices générales accordant une dispense quelconque aux termes de c l'article 114 [mod. par L.R.C., (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 29; *idem*, chap. 29, art. 14] de la Loi, le requérant, qui faisait partie d'un groupe de citoyens chinois, avait droit à un examen complet et équitable afin de déterminer l'existence de d considérations d'ordre humanitaire. Après avoir cité la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration et autres c. Jimenez-Perez et autres*, [1984] 2 R.C.S. 565, et fait allusion à sa propre décision e dans l'affaire *Sobrie c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1987), 3 Imm. L.R. (2d) 81 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge en chef adjoint a conclu, à la page 738:

f En conséquence, même dans un cas où toutes les autres revendications et demandes faites par le requérant sont, à l'évidence, vouées à l'échec, le droit de celui-ci à un examen des motifs d'ordre humanitaire ne peut être indûment restreint.

Citant l'arrêt *Sobrie*, le juge en chef adjoint a g ajouté [à la page 738]:

h Il est évident que le but sous-jacent aux dispositions du paragraphe 115(2)[<sup>1</sup>] n'est pas simplement de reprendre l'évaluation d'un immigrant sur les bases ordinaires indiquées dans la Loi. L'esprit de ces dispositions est de fournir un nouveau point de vue du cas de l'immigrant à partir d'une nouvelle perspective. Il s'ensuit que pour que le Ministre examine équitablement une demande présentée en vertu du paragraphe précité, il doit être capable d'imaginer ce que le requérant estime constituer, dans son cas, des circonstances d'ordre humanitaire. Celles-ci peuvent être sans rapport avec les faits i consignés dans le dossier de la procédure d'immigration antérieure.

Dans la foulée du jugement *Yhap*, précité, le ministre défendeur a aussitôt formulé de nouvelles lignes directrices, qui ont été rendues publiques le j 20 mars 1990. Elles figurent dans un communiqué

<sup>1</sup> Nouvel art. 114(2).

Minister and were filed in evidence under Ex. D-15. The category of persons called illegal *de facto* residents is covered under that document and the definition of the term is substantially the one found in the former guidelines. It should be noted, however, that applicants who have entered and remained in Canada through an organized plan are no longer singled out for exclusion. At least the new guidelines no longer make any specific reference to this particular class of people. It would therefore appear that the existence of an element of misrepresentation or of an organized plan is no longer a bar to a determination of the existence of humanitarian and compassionate grounds under section 114 of the Act.

#### THE FINDINGS

The whole field of judicial review of the exercise of administrative discretion is itself a matter of constant judicial review. Although the basic principles set out in decisions such as *Padfield, supra*, have now been clearly established, the particular combination of legal and factual issues before a court may force it to carefully scrutinize the wider or narrower limits of judicial intervention. That is, a wider field of judicial intervention can frustrate the intention of Parliament which has provided for administrative discretion and without which the complex and myriad sectors of public administration would grind to a halt. On the other hand, a narrower field can lead to an acknowledgment that the rule of law does not apply to administrative discretion and that such discretion may more often be wrongly exercised with impunity.

With respect to the issues before me, which are admittedly vexing, there is a need, in my view, to go back to the fundamental principles outlined in *Padfield, supra*, and to analyze the whole scope and purpose of the defendant's program in providing for a subsection 114(2) review of illegal *de facto* residents in Canada.

It is acknowledged by the parties that it is a matter of general principle, as set out in section 9

émis par le ministre et ont été produites en preuve comme pièce D-15. Il est question de la catégorie de personnes appelées résidents de fait en situation administrative irrégulière dans ce document, et la définition qui leur est donnée est à peu près identique à celle qui figurait dans les anciennes lignes directrices. Il convient de noter, toutefois, qu'on a décidé de ne plus en exclure les requérants qui sont entrés et demeurés au Canada grâce à un plan organisé. Au moins, les nouvelles lignes directrices ne font plus expressément état de cette catégorie particulière de personnes. Il semblerait donc que l'existence d'une fausse déclaration ou d'un plan organisé n'empêche plus la détermination de l'existence de motifs d'ordre humanitaire aux termes de l'article 114 de la Loi.

#### LES CONSTATATIONS

Tout le domaine du contrôle judiciaire de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de nature administrative fait lui-même l'objet de constants contrôles judiciaires. En effet, même si les principes fondamentaux énoncés dans des décisions comme l'arrêt *Padfield*, précité, sont maintenant clairement établis, il se peut qu'un tribunal soit tenu, en raison de la combinaison particulière des questions de fait et de droit qui lui sont soumises, de s'interroger sur l'étendue ou les limites du champ de l'intervention judiciaire. D'une part, s'il élargit son pouvoir de surveillance, il risque de contrarier l'intention du législateur, qui a accordé ce pouvoir discrétionnaire pour ne pas paralyser le fonctionnement des secteurs nombreux et complexes de l'administration publique. D'autre part, s'il restreint son pouvoir de surveillance, il peut donner à penser que le principe de la légalité ne s'applique pas à l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, et qu'on peut impunément exercer un tel pouvoir plus souvent de manière fautive.

En ce qui concerne les questions qui m'ont été soumises, et qui sont, j'en conviens, délicates, il me paraît nécessaire de remonter aux principes fondamentaux énoncés dans l'arrêt *Padfield*, précité, et d'analyser l'étendue du programme du défendeur et le but visé par l'examen des demandes des résidents de fait en situation administrative irrégulière aux termes du paragraphe 114(2).

Les parties reconnaissent que l'article 9 de la Loi pose un principe général, à savoir que les

of the Act, that persons wishing to come to Canada permanently must make their applications abroad. As IE 9 succinctly put it, "This requirement can be considered to be the cornerstone of Canada's immigration policy".

It is also acknowledged that the impact of that rule is tempered by other provisions of the statute, such as section 3, which recognizes the need, *inter alia*, "to facilitate the reunion in Canada of Canadian citizens and permanent residents with their close relatives from abroad". It is further tempered by the decision in *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, in which the Supreme Court of Canada held that every person physically present in Canada is entitled to 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.)] protection. It is again tempered by executive discretion as in section 38, and more particularly by a recognition, as in section 114, that public policy or humanitarian and compassionate considerations may be considered by the Governor in Council to facilitate a person's landing while resident in Canada. Finally, this rule is tempered by what has been admittedly a liberal approach to immigration policy in general and by an equally liberal approach to refugees in particular.

As I have previously noted in these reasons, the downside effect of all these constituent elements has been the accumulation of thousands of persons in Canada whose status has long remained in suspense. Administratively, it became impossible to deal expeditiously with refugee claimants who were arriving in Canada by the boatload and to monitor the presence in Canada of thousands of visitors who had overstayed their leave.

To clear this backlog, the defendant Minister entered into a series of programs. Refugee claimants were offered an opportunity to become permanently landed in Canada if they could show that they had become, or had the potential to become, successfully established in Canada. Illegal

personnes désireuses de s'établir en permanence au Canada doivent présenter leur demande à l'étranger. Comme on le dit succinctement dans le document IE 9, [TRADUCTION] «Cette exigence peut être considérée comme la pierre angulaire de la politique d'immigration du Canada».

Elles reconnaissent aussi que l'incidence de cette règle est tempérée par d'autres dispositions de la Loi, comme l'article 3, qui reconnaît notamment la nécessité «de faciliter la réunion au Canada des citoyens canadiens et résidents permanents avec leurs proches parents de l'étranger». Elle est en outre tempérée par l'arrêt *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, dans lequel la Cour suprême du Canada a conclu que toute personne physiquement présente au Canada a le droit d'invoquer la protection conférée par 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, chap. 11 (R.-U.)], de même que par le pouvoir discrétionnaire de nature exécutive prévu à l'article 38 et, en particulier, par la faculté qu'a le gouverneur en conseil aux termes de l'article 114 de prendre en considération des raisons d'intérêt public ou d'ordre humanitaire pour faciliter l'établissement d'une personne pendant qu'elle réside au Canada. Enfin, elle est tempérée par ce qui est, de l'aveu général, une conception libérale de la politique d'immigration en général et par une conception tout aussi libérale de la question des réfugiés en particulier.

Comme je l'ai déjà mentionné dans les présents motifs, tous ces facteurs ont entraîné une conséquence imprévue, celle d'attirer au Canada des milliers de personnes dont le statut est demeuré en suspens pendant longtemps. Sur le plan administratif, il n'était plus possible de traiter rapidement les demandes des revendicateurs du statut de réfugié qui débarquaient en masse au Canada et de surveiller la présence au Canada des milliers de visiteurs qui excédaient la durée fixée de leur autorisation de séjour.

Soucieux de supprimer cet arriéré, le ministre défendeur a décidé de mettre sur pied divers programmes. Ainsi, on a offert aux revendicateurs du statut de réfugié la possibilité de s'établir en permanence au Canada, pourvu qu'ils arrivent à prouver qu'ils avaient réussi leur installation au

residents of Canada were offered an opportunity to obtain landing in Canada if they could show sufficient humanitarian and compassionate grounds. In particular, the Minister set out provisions in IE 9 for the processing in Canada of immigration visa applications for persons categorized as illegal *de facto* residents.

These guidelines requested officers to "make a distinction between persons who are simply long-term illegals and those who are genuinely *de facto* residents" based upon specified eligibility criteria, which have already been cited above. Finally, these guidelines excluded from the benefit of the program, applicants who entered into or remained in Canada illegally through "an organized plan".

It is this last provision which causes me great concern because, at first blush, it appears to unduly fetter an immigration officer's discretion. That is, an illegal *de facto* resident who is here in Canada through an organized plan is apparently excluded from any further consideration on humanitarian and compassionate grounds, a term of seemingly wide and generic scope.

Furthermore, this provision appears to conflict with the NHQ HULL CONCERN ministerial directive dated January 31, 1986, which also dealt with the *de facto* illegal residents program and to which my colleague, Cullen J., made reference in *Johal v. Minister of Employment and Immigration, supra*. There is an express recognition in that directive that illegal residents are by simple definition, in an illegal position and that their arrival in Canada was with the intention of remaining here permanently, such that they have almost invariably committed breaches of the *Immigration Act* from the beginning of their stay. This recognition, in my view, prompted Cullen J. in the *Johal* case to state, at page 166:

The De Facto Illegal Residents Program provides an opportunity for illegals to come forward to make their case and

Canada, ou avaient la capacité de la réussir. On a offert aux résidents en situation administrative irrégulière la possibilité d'obtenir le droit de s'établir au Canada à condition qu'ils démontrent l'existence de motifs d'ordre humanitaire suffisants. En particulier, le ministre a prévu des mesures dans le document IE 9 au sujet du traitement au Canada des demandes de visa d'immigrant des personnes tombant dans la catégorie des résidents de fait en situation administrative irrégulière.

Ces lignes directrices enjoignaient aux agents de [TRADUCTION] «faire la distinction entre les personnes qui sont simplement des illégaux de longue date et celles qui sont d'authentiques résidents de fait», en s'appuyant sur des critères d'admissibilité précis, que j'ai cités plus haut. Enfin, ces lignes directrices excluaient la participation à ce programme des personnes entrées et demeurées au Canada illégalement grâce à un [TRADUCTION] «plan organisé».

C'est cette dernière mesure qui me paraît la plus douteuse parce que, de prime abord, elle semble restreindre indûment l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré à l'agent d'immigration. Autrement dit, le fait qu'il s'agisse d'un résident de fait en situation administrative irrégulière qui est au Canada grâce à un plan organisé exclut apparemment la prise en considération de motifs d'ordre humanitaire, expression dont le sens est pourtant large et général.

D'autre part, cette mesure semble aller à l'encontre de la directive ministérielle NHQ HULL CONCERN en date du 31 janvier 1986, qui porte elle aussi sur le programme concernant les résidents de fait en situation administrative irrégulière, et à laquelle mon collègue, le juge Cullen, a fait allusion dans l'arrêt *Johal c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, précité. Cette directive précise que les résidents en situation administrative irrégulière sont, par définition, des personnes qui se trouvent en situation irrégulière, et qu'elles sont venues au Canada dans l'intention de s'y installer en permanence, de sorte qu'elles ont presque inmanquablement contrevenu à la *Loi sur l'immigration* dès leur arrivée. À mon sens, c'est la reconnaissance de ce fait qui a amené le juge Cullen à déclarer dans l'arrêt *Johal*, à la page 166:

Le Programme concernant les résidents de fait en situation administrative irrégulière donne aux résidents qui se trouvent

probably to gain permanent residence status. I say probably rather than possibly because Parliament recognized an obvious problem, the growing number of illegals and an intention to do something about it — to grant permanent residence status to the vast majority of illegals. Also, Parliament must have been aware that the people who chose to come forward sincerely believed they qualified under the program and most if not all probably had legal advice before taking this monumental (for them) step. Naturally, if they didn't qualify action of one kind or another could be expected to be taken against them leading to eventual deportation.

To a jaundiced eye, the whole “quick-fix” process might well be interpreted as the classic invitation by the spider to the fly to “come into my parlour”. As was succinctly put by Cullen J. in the *Johal* case, *supra*, an illegal *de facto* resident who decides to come out of the cold and report to the immigration authorities runs the risk of eventual deportation. While it could be said that such is the risk which an applicant assumes, it could also be said that the program constitutes a trap for the unwary when illegal measures taken to come to Canada are found by immigration officers to constitute an “organized plan”.

#### THE CONCLUSIONS

In light of the foregoing observations, the Court must come to terms with the main issue, namely, is there cause for this Court to intervene in the immigration officer's decision of July 12, 1989?

The key finding in the officer's decision is that the plaintiffs and their children entered and remained in Canada through an “organized plan”, an expression not yet judicially defined. While the term might conjure up images of mass movements of illegals into Canada through the organized efforts of entrepreneurial third parties, it could also include a more private plan where the organization is restricted to that of “two or more persons having a joint or common interest” (see *Black's Law Dictionary*, sixth edition, page 1099).

en situation administrative irrégulière l'occasion de faire valoir leur point de vue et d'obtenir probablement le statut de résident permanent. J'emploie le terme «probablement» plutôt que «peut-être» parce que le législateur a reconnu l'existence d'un problème évident, en l'occurrence, le nombre croissant d'illégaux et qu'il avait l'intention de s'y attaquer en accordant le statut de résident permanent à une vaste majorité d'illégaux. Par ailleurs, le législateur a sans doute reconnu le fait que les personnes qui choisissent de sortir de la clandestinité croient sincèrement qu'elles sont admissibles au programme et que la plupart, sinon la totalité, ont probablement consulté un avocat avant d'entreprendre cette démarche monumentale (pour elles). Naturellement, elles peuvent s'attendre, si elles ne sont pas admissibles, à ce que des mesures d'un type ou l'autre soient prises contre elles et à être éventuellement expulsées.

Aux yeux de la personne encline à la méfiance, cette promesse de bénéficier d'un traitement expéditif pourrait bien ressembler à l'invitation classique faite à la victime d'aller se jeter dans la gueule du loup. Comme l'a dit succinctement le juge Cullen dans l'arrêt *Johal*, précité, un résident de fait en situation administrative irrégulière qui décide de sortir de la clandestinité et de se présenter aux autorités de l'immigration court le risque d'être expulsé. On pourrait sans doute dire que c'est un risque qu'il accepte de prendre, tout comme on pourrait dire que ce programme est un piège pour ceux qui ne sont pas sur leurs gardes dès que les agents d'immigration concluent que les mesures prises en contravention de la Loi pour venir au Canada constituent un [TRADUCTION] «plan organisé».

#### LES CONCLUSIONS

Compte tenu des observations qui précèdent, la Cour doit se prononcer sur la principale question en litige, qui est de savoir si cette Cour est justifiée à intervenir dans la décision prise par l'agent d'immigration le 12 juillet 1989.

La principale constatation formulée par l'agent d'immigration dans sa décision est que les demandeurs et leurs enfants sont entrés et demeurés au Canada grâce à un [TRADUCTION] «plan organisé»; cette expression n'a pas encore été définie par les tribunaux. Il se peut qu'elle évoque des arrivées massives d'immigrants illégaux venus au Canada grâce aux efforts organisés de tierces personnes agissant comme entrepreneurs, mais elle peut tout aussi bien désigner un plan de nature plus privée, où l'organisation est limitée à celle de [TRADUCTION] «deux ou plusieurs personnes qui partagent un intérêt commun». (Voir le *Black's Law Dictionary*, sixième édition, page 1099).

Therefore, on the evidence before him, I have no doubt that the immigration officer could have concluded that the plaintiffs had entered into Canada "through an organized plan" for the purpose of staying here permanently. It is not necessary in this regard to recite every particular piece of evidence upon which the immigration officer based his conclusion. It is sufficient to say that his conclusion was one which the evidence could reasonably justify, at least in terms of the guidelines themselves.

It is true that one could reach a different conclusion as regards the husband's visit to Canada to accompany his ailing father; or the accommodation provided to the husband by his brother through the use of the latter's SIN card; or the fearful state of the wife in representing to Canadian authorities that her husband was in Saudi Arabia; or the early enrolment of the children in a Vancouver school through the intervention of the husband's sister. The point might be made that this sequence of events does not disclose an "organized plan" which had its beginnings in the Philippines when the husband applied for a visitor's visa. The evidence might be interpreted to mean that, if there were an intention to come to Canada and to go underground, that intention crystallized into an "organized plan" only after the wife and children had joined the husband in Vancouver in June of 1986 when the decision was taken to enroll the children in school.

In any event, as I have noted earlier, it appears evident that illegal *de facto* residents covered by the Minister's program are statutorily criminalized under the provisions of section 94 of the *Immigration Act* [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 24], which sets out a long list of offences leading to conviction by indictment or summarily. As well, in any event, I can imagine only a very few cases where illegal *de facto* residents have not participated to some degree in some kind of organized plan.

Par conséquent, il me paraît indéniable que l'agent d'immigration pouvait conclure que les demandeurs sont entrés au Canada [TRADUCTION] «grâce à un plan organisé» en vue de s'y installer en permanence, compte tenu des éléments de preuve dont il disposait. Il n'est pas nécessaire, à cet égard, de faire état de chacun des éléments de preuve sur lesquels celui-ci a fondé sa décision. Il suffit de dire que la preuve pouvait raisonnablement justifier sa conclusion, du moins au regard des lignes directrices.

Il est vrai qu'on pourrait tirer une conclusion différente à propos de la visite qu'a faite le requérant au Canada pour raccompagner son père malade; ou de l'arrangement conclu entre le requérant et son frère au sujet de l'utilisation par le premier de la carte d'assurance sociale de ce dernier; ou de la crainte qu'a éprouvée la requérante lorsqu'elle a dit aux autorités canadiennes que son mari était en Arabie saoudite; ou de l'inscription sans délai des enfants dans une école de Vancouver avec l'aide de la sœur du requérant. On pourrait arguer que ces événements ne révèlent pas l'existence d'un [TRADUCTION] «plan organisé» qui aurait pris naissance aux Philippines lorsque le requérant a présenté une demande de visa de visiteur. On pourrait déduire de la preuve que, si les demandeurs ont eu l'intention de venir au Canada et de vivre dans la clandestinité, cette intention s'est matérialisée sous la forme d'un «plan organisé» seulement après que la femme et les enfants sont venus rejoindre le mari à Vancouver en juin 1986, lorsqu'a été prise la décision d'inscrire les enfants dans une école.

En tout état de cause, comme je l'ai déjà mentionné, il semble évident que les résidents de fait en situation administrative irrégulière auxquels s'applique le programme du ministre sont visés par les dispositions pénales prévues à l'article 94 de la *Loi sur l'immigration* [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 24], qui contient une longue liste d'infractions punissables sur déclaration de culpabilité par mise en accusation ou procédure sommaire. De toute façon, j'imagine qu'il existe très peu de cas où des résidents de fait en situation administrative irrégulière ne participent pas d'une manière ou d'une autre à un plan organisé quel qu'il soit.



The problem in the present case, however, does not arise from the immigration officer's conclusion that the plaintiffs came to Canada by way of an organized plan, but arises from his decision that there were insufficient humanitarian or compassionate grounds to grant the plaintiffs landing because they had entered Canada through an organized plan and because the wife had made a misrepresentation when applying for her visitor's visa. In my view, the immigration officer considered that participation in an "organized plan" or the making of a misrepresentation bars consideration of the compassionate and humanitarian elements of a case. The immigration officer felt bound by the exclusion provision found in the guidelines with respect to illegal residents coming to Canada through an organized plan. The officer was obviously concerned with the possibility that these applicants fell within the scope of the exclusion provision from the outset. This was evidenced by his determination to obtain information from authorities in Manila regarding statements made by the plaintiffs in their applications for visitors' visas and by his willingness to wait several months for the results before deciding whether or not he would permit the plaintiffs to apply for their immigration visas from within Canada. Thus, notwithstanding a presumably wide area of enquiry to determine if sufficient compassionate or humanitarian grounds existed to grant landing to the plaintiffs, the immigration officer failed to consider these grounds because he concluded that there was an "organized plan".

There is, of course, no such restriction under subsection 114(2) of the Act nor, as I view the total program which speaks of "de facto illegal residents", can it be said that such a restriction is warranted. The post-*Yhap* guidelines do not contain this particular exclusion and indeed, as was found by the Federal Court of Appeal in the *Hui* case, *supra*, respect for or adherence to ministerial policy which is not founded in a statute or regulation constitutes an excess of jurisdiction.

Furthermore, the policy itself, if it could be found to have legitimacy, conflicts with the NHQ

Quoi qu'il en soit, la difficulté dans la présente espèce ne réside pas dans la conclusion de l'agent d'immigration selon laquelle les demandeurs sont venus au Canada grâce à un plan organisé; elle provient plutôt du fait que ce dernier a décidé que les motifs d'ordre humanitaire ne suffisaient pas à justifier l'octroi du droit d'établissement aux demandeurs parce que ceux-ci sont entrés au Canada grâce à un plan organisé et que la requérante a fait une fausse déclaration lorsqu'elle a demandé son visa de visiteur. À mon sens, l'agent d'immigration a cru que l'existence d'un [TRADUCTION] «plan organisé» ou d'une fausse déclaration lui interdisait de tenir compte des motifs d'ordre humanitaire pouvant exister dans un cas donné. Il s'est senti lié par la mesure d'exclusion contenue dans les lignes directrices au sujet des résidents en situation administrative irrégulière entrés au Canada grâce à un plan organisé. À l'évidence, il a pensé dès le début que les requérants étaient visés par cette mesure d'exclusion. D'une part, il était déterminé à se renseigner auprès des autorités à Manille au sujet des déclarations faites par les demandeurs dans leurs demandes de visa de visiteur et, d'autre part, il a accepté d'attendre ces résultats pendant plusieurs mois avant de prendre une décision au sujet du traitement au Canada des demandes de visa d'immigrant. Par conséquent, même si l'agent d'immigration jouissait vraisemblablement de beaucoup de latitude pour déterminer s'il y avait des motifs d'ordre humanitaire suffisants pour accorder le droit d'établissement aux demandeurs, il a refusé de tenir compte de ces motifs parce qu'à son avis, il y avait un [TRADUCTION] «plan organisé».

Le paragraphe 114(2) ne contient aucune restriction de ce genre et comme, à mon sens, le programme s'adresse aux «résidents de fait en situation irrégulière», on ne peut affirmer qu'une telle restriction est justifiée. Les lignes directrices adoptées après le jugement *Yhap* ne mentionnent pas ce critère d'exclusion, et, comme l'a d'ailleurs dit la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Hui*, précité, la personne qui se conforme à une politique ministérielle dont le fondement ne se trouve ni dans une loi ni dans un règlement outrepassa sa compétence.

D'autre part, cette politique, même si l'on concluait à sa légitimité, contredit la directive NHQ

HULL CONCERN directive which recognized that illegal activities often accompany the coming to Canada of *de facto* illegals but that immigration officers must nevertheless be encouraged "to look at the overall picture when assessing evidence of misrepresentations in order to reach a decision which is fair and humane". I think that the terms of this directive apply to the wife's misrepresentation when she applied for her visitor's visa in the present case, so that neither this misrepresentation alone nor the finding of an organized plan by the officer would justify the latter's failure to look at the overall picture when attempting to reach a fair and humane decision.

Finally, such an exclusion, in my respectful opinion, cannot be justified when we remember that the whole purpose of the programs under section 114 of the Act is to accord humanitarian and compassionate considerations to applicants whose continuing presence in Canada itself is but a perpetuation or continuation of illegal activity and who may be said to have repeatedly breached the various *bona fide* requirements of the *Immigration Act*.

Viewed in that light, there would be room to fear that the defendant's policy in applying humanitarian and compassionate considerations to illegal *de facto* residents is a message to the world that the circumvention of Canada's immigration laws carries no sanction or that Canada's humane approach is an attack on the credibility of the established system. Nevertheless, in my respectful view, the program must rightfully cope with a problem the solution to which might often transcend the impact of statutory offences which might otherwise stigmatize the applicants in perpetuity.

It could also be argued that in excluding this category of applicants, the defendant is lawfully establishing narrower limits within which discretion is to be exercised. I would disagree. As I earlier stated, it is well for the defendant to issue guidelines, but these guidelines cannot impose a policy exclusion on a statutory provision which the language of that provision will not bear.

HULL CONCERN, qui reconnaît que des activités illégales accompagnent souvent la venue au Canada des résidents de fait en situation administrative irrégulière, mais qu'il faut quand même encourager les agents d'immigration [TRADUCTION] «à avoir une vue d'ensemble de la situation lorsqu'ils examinent la preuve relative aux fausses déclarations, afin d'en venir à une décision qui soit juste et humaine». Je pense que le contenu de cette directive s'applique à la fausse déclaration faite par la requérante lorsqu'elle a demandé son visa de visiteur, et que ni cette fausse déclaration ni la constatation de l'existence d'un plan organisé ne justifiaient le refus de l'agent d'immigration d'analyser toute la situation pour tenter de prendre une décision juste et humaine.

En dernier lieu, une telle exclusion ne saurait, à mon sens, être justifiée quand on sait que la raison d'être des programmes mis sur pied aux termes de l'article 114 de la Loi est d'accorder aux requérants dont la présence au Canada n'est que la perpétuation ou la continuation d'une activité illégale et de qui l'on peut dire qu'ils ont constamment enfreint les diverses exigences légitimes de la *Loi sur l'immigration* le droit d'invoquer des motifs d'ordre humanitaire.

Évidemment, il peut être à craindre que l'application par le défendeur de motifs d'ordre humanitaire à des résidents de fait en situation administrative irrégulière ne donne au monde entier l'impression que la violation des lois canadiennes en matière d'immigration n'est pas sanctionnée ou que l'attitude humanitaire du Canada est une attaque contre la crédibilité du système en vigueur. À mon humble avis, toutefois, le programme doit savoir résoudre un problème dont la solution pourrait souvent dépasser l'imposition de sanctions qui pourraient autrement stigmatiser à jamais les requérants.

On pourrait aussi soutenir qu'en excluant cette catégorie de requérants, le défendeur restreint en toute légitimité les limites qui encadrent l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Je ne suis pas de cet avis. Comme je l'ai déjà mentionné, il est approprié que le défendeur adopte des lignes directrices, mais celles-ci ne peuvent comporter une exclusion générale fondée sur une disposition législative que le libellé de cette disposition ne prévoit pas.

These observations are not meant to suggest that evidence of an organized plan or of questionable activity on the part of applicants to avoid the rules are excluded from an immigration officer's considerations as to whether sufficient humanitarian or compassionate grounds exist. In all such cases, it might be said that the darker side of human conduct is as material as the more commendable side. My finding is simply that such evidence should not and cannot be determinative of the issue.

In the result, I must conclude that the immigration officer in the present case committed a jurisdictional error. His decision must be quashed.

There shall be judgment to that effect and a declaration that the applicants are entitled to a new hearing of their applications for an exemption on compassionate or humanitarian considerations. This hearing will be before a different immigration officer who is to consider the applications in accordance with these reasons.

The plaintiffs are entitled to their costs.

Par ces observations, je ne veux pas donner à entendre que l'agent d'immigration chargé de déterminer s'il existe des motifs d'ordre humanitaire dans un cas donné doit mettre de côté la preuve d'un plan organisé ou d'une activité répréhensible menée par des requérants pour se soustraire à l'application des règles. Dans tous ces cas, on peut dire que les agissements répréhensibles d'une personne sont tout aussi pertinents que sa conduite plus honnête. Je constate simplement que cette preuve ne doit ni ne peut être le facteur déterminant dans le règlement de la question.

Tout bien considéré, je dois conclure que l'agent d'immigration en l'espèce a commis une erreur de compétence. Sa décision doit être annulée.

Un jugement en ce sens sera rendu, de même qu'un jugement déclaratoire portant que les requérants ont droit à une nouvelle audition de leurs demandes en vue d'obtenir une dispense fondée sur des motifs d'ordre humanitaire. Cette audition aura lieu devant un autre agent d'immigration qui devra examiner les demandes en conformité avec les présents motifs.

Les demandeurs ont droit aux dépens.

A-352-90

A-352-90

**Attorney General of Canada (Applicant)**

v.

**Patrick LeBlanc (Respondent)**

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. LEBLANC (C.A.)

Court of Appeal, Mahoney, Stone and Desjardins J.J.A.—Toronto, December 14, 1990; Ottawa, January 7, 1991.

*Unemployment insurance — Application to set aside Umpire's decision vacation pay accumulated during employment and paid out during layoff held in trust and not "earnings" within Unemployment Insurance Regulations, s. 57(2)(a) — Nova Scotia Labour Standards Code deeming employer holding vacation pay in trust — Vacation pay held in employer's general bank account — Employee not "beneficially entitled" to moneys while held by employer — Application allowed.*

*Trusts — Vacation pay accumulated during employment and paid out during layoff "earnings" within Unemployment Insurance Regulations, s. 57(2)(a) — Vacation pay commingled with employer's funds in general bank account — Umpire erred in holding vacation pay held in trust by employer — Nova Scotia Labour Standards Code, deeming employer holding moneys in trust, not allowing treatment of vacation pay as savings as not held in separate account — Neither doctrine of constructive nor resulting trust applicable as funds no longer residing with employer.*

This was an application to set aside the Umpire's decision that vacation pay, accumulated during employment and paid out during layoff, had been held in trust for LeBlanc and was not "earnings" within *Unemployment Insurance Regulations*, paragraph 57(2)(a). The collective agreement provided that vacation pay accumulating during each pay period would be retained by the employer and not paid out until the employee's actual vacation or layoff. Under the *Labour Standards Code* of Nova Scotia, an employer was deemed to hold vacation pay in trust. The vacation pay was not, however, held in a separate trust, but was mixed with the employer's own funds in its general bank account. The Umpire held that the case was governed by *Canada (Attorney General) v. Whelan*, wherein vacation pay had been put into an account for the employee and was subject to "deemed trust" provisions in the Ontario statute. The issue was whether the Umpire erred in holding that the vacation pay had been held in trust. The applicant submitted that for vacation pay to be treated as savings, it would have had to vest in a trustee under the terms of an

**Procureur général du Canada (requérant)**

c.

**Patrick LeBlanc (intimé)**

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. LEBLANC (C.A.)

**b** Cour d'appel, juges Mahoney, Stone et Desjardins, J.C.A.—Toronto, 14 décembre 1990; Ottawa, 7 janvier 1991.

*Assurance-chômage — Recours en contrôle judiciaire contre la décision du juge-arbitre selon laquelle la paye de vacances accumulée pendant la période d'emploi et versée lors de la mise à pied était détenue en fiducie et ne valait pas «rémunération» au sens de l'art. 57(2)a) du Règlement sur l'assurance-chômage — Selon la loi dite Labour Standards Code de la Nouvelle-Écosse, l'employeur est réputé détenir la paye de vacances en fiducie — La paye de vacances était gardée dans le compte bancaire général de l'employeur — L'employé n'y avait pas droit à titre de propriétaire véritable pendant que l'argent était détenu par l'employeur — Demande accueillie.*

*Fiducie — La paye de vacances accumulée pendant la période d'emploi et versée lors de la mise à pied constitue la «rémunération» au sens de l'art. 57(2)a) du Règlement sur l'assurance-chômage — La paye de vacances était confondue avec les fonds propres de l'employeur dans son compte bancaire général — Le juge-arbitre a commis une erreur en concluant que la paye de vacances était détenue en fiducie par l'employeur — La loi dite Labour Standards Code de la Nouvelle-Écosse, selon laquelle l'employeur est réputé détenir l'argent en fiducie, ne permet pas de voir dans la paye de vacances une épargne puisqu'elle n'était pas détenue dans un compte distinct — Ni la doctrine de la fiducie par interprétation ni celle de la fiducie par déduction ne s'applique en l'espèce puisque l'argent n'était plus sous la garde de l'employeur.*

Recours en contrôle judiciaire contre la décision du juge-arbitre selon laquelle la paye de vacances, accumulée au cours d'une période d'emploi et versée lors de la mise à pied, avait été détenue en fiducie pour le compte de LeBlanc et ne valait pas «rémunération» au sens de l'alinéa 57(2)a) du *Règlement sur l'assurance-chômage*. La convention collective prévoyait que la paye de vacances accumulée durant chaque période de paye serait retenue par l'employeur et ne serait versée à l'employé qu'en cas de congé ou de mise à pied. Selon la loi dite *Labour Standards Code* de la Nouvelle-Écosse, l'employeur est réputé détenir en fiducie la paye de vacances. Cette paye de vacances n'était cependant pas gardée dans une fiducie à part, mais était confondue avec les fonds propres de l'employeur dans son compte bancaire général. Le juge-arbitre a conclu que l'affaire en instance était soumise à l'application de la décision *Canada (Procureur général) c. Whelan*, où il a été jugé que la paye de vacances avait été déposée dans un compte au profit de l'employé et qu'elle était assujettie aux dispositions portant présomption de fiducie de la loi ontarienne applicable. Il échet

express trust for the benefit of the employee, or at least have been set aside by the employer in a separate account and been subject to a provincial statute deeming it to be held in trust. LeBlanc argued that the vacation pay was savings because he had been "beneficially entitled" to that money from the time it was earned, or that it had been held in trust according to the provincial statute, or under a constructive or resulting trust.

*Held*, the application should be allowed.

The vacation pay was "earnings" within *Unemployment Insurance Regulations*, paragraph 57(2)(a).

*Whelan* has not been extended to situations, such as that at Bar, where vacation pay was retained by the employer in its own account. In two recent cases, the Federal Court of Appeal has held that the funds must be clearly set aside and kept separate and beyond the control of the employer.

LeBlanc was not beneficially entitled to the moneys while they were held by the employer. At common law, a person is beneficially entitled to property where he has a right to sue for and to recover it. The vacation pay was outside LeBlanc's control while it was held by the employer; he was entitled to payment only as the collective agreement provided. He was not entitled to sue for and recover the money.

The deemed trust provisions of the Nova Scotia statute did not allow the vacation pay to be treated as savings because it had been mixed with the employer's funds. Identifiability and traceability pose difficult problems in trust law in light of the requirement of certainty of subject-matter. Reduction of the bank account to a debit position during the period would have meant that the vacation pay money *per se* had disappeared. The moneys actually paid as vacation pay had not been held as such in the employer's bank account throughout the period.

Nor was there a constructive trust. Central to the operation of the constructive trust doctrine is the avoidance of unjust enrichment. The employer did not profit from its own default in the handling of vacation pay. It paid the money as required by the collective agreement. It did not retain money it was obliged to refund.

The doctrine of resulting trust requires that the property revert to the person making the conveyance. It was therefore inapplicable because the funds no longer resided with the employer.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Employment Standards Act*, R.S.O., 1980, c. 137, s. 15.  
*Labour Standards Code*, S.N.S. 1972, c. 10, s. 34(1) (as am. by S.N.S. 1975, c. 50, s. 2).  
*Unemployment Insurance Regulations*, C.R.C., c. 1576, s. 57(2)(a) (as am. by SOR/88-277, s. 7).

d'examiner si le juge-arbitre a commis une erreur en concluant que la paye de vacances avait été détenue en fiducie. Le requérant soutient que, pour que la paye de vacances puisse être assimilée à une épargne, elle devait être sous la garde d'un fiduciaire en exécution d'une fiducie expresse au bénéfice de l'employé, ou à tout le moins qu'elle devait être mise de côté par l'employeur dans un compte séparé et assujettie à la loi provinciale portant présomption de fiducie. LeBlanc soutient que la paye de vacances constituait une épargne parce qu'il y avait droit à titre de propriétaire véritable au moment où elle fut gagnée, ou qu'elle était détenue en fiducie conformément à la loi provinciale, ou encore qu'il y avait fiducie par interprétation ou par déduction.

*Arrêt*: la demande doit être accueillie.

La paye de vacances valait «rémunération» au sens de l'alinéa 57(2)a) du *Règlement sur l'assurance-chômage*.

La jurisprudence *Whelan* ne s'étend pas aux cas où, comme en l'espèce, la paye de vacances est détenue par l'employeur dans son propre compte. Dans deux décisions récentes, la Cour d'appel fédérale a jugé que les fonds devaient être gardés séparément et conservés hors du contrôle de l'employeur.

LeBlanc n'y avait pas droit à titre de propriétaire véritable pendant que l'argent était détenu par l'employeur. En common law, une personne a droit à titre de propriétaire véritable à un bien si elle peut agir en justice pour le recouvrer. Pendant tout le temps où elle était détenue par l'employeur, la paye de vacances échappait à la volonté de LeBlanc; il n'y avait droit que conformément à la convention collective. Il n'avait pas le droit d'agir en justice pour la recouvrer.

Les dispositions portant présomption de fiducie de la loi de la Nouvelle-Écosse ne permettent pas de voir dans cette paye de vacances une épargne puisqu'elle avait été confondue avec les fonds propres de l'employeur. L'identifiabilité pose un problème difficile en matière de fiducie en raison de l'impératif de certitude de l'objet. S'il s'était produit un solde débiteur dans le compte bancaire durant cette période, la paye de vacances elle-même aurait tout bonnement disparu. L'argent versé comme paye de vacances n'était pas détenu à ce titre dans le compte bancaire de l'employeur pendant la période en cause.

Il n'y avait pas non plus fiducie par interprétation. Au cœur de la doctrine de la fiducie par interprétation est la prévention de l'enrichissement sans cause. L'employeur n'a pas tiré profit d'un manquement à ses obligations relatives à la paye de vacances. Il n'a pas gardé par-devers lui l'argent qu'il était tenu de verser.

La doctrine de la fiducie par déduction veut que le bien revienne au constituant. Elle ne s'applique pas en l'espèce puisque l'argent n'était plus sous la garde de l'employeur.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi sur les normes d'emploi*, L.R.O., 1980, chap. 137, art. 15.  
*Labour Standards Code*, S.N.S. 1972, chap. 10, art. 34(1) (mod. par S.N.S. 1975, chap. 50, art. 2).  
*Règlement sur l'assurance-chômage*, C.R.C., chap. 1576, art. 57(2)a) (mod. par DORS/88-277, art. 7).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*MacKeen Estate v. Nova Scotia* (1978), 28 N.S.R. (2d) 3; 89 D.L.R. (3d) 426; 43 A.P.R. 3; [1978] CTC 557; 2 E.T.R. 264 (C.A.); *In re Miller's Agreement*, [1947] Ch. 615; *Montreal Trust Company et al. v. The Minister of National Revenue*, [1958] S.C.R. 146; (1958), 12 D.L.R. (2d) 226; [1958] C.T.C. 60; 58 DTC 1051; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436; (1978), 83 D.L.R. (3d) 289; [1978] 2 W.W.R. 101; 1 E.T.R. 307; 1 R.F.L. (2d) 1; *Canada (Attorney General) v. Nield*, A-46-90, F.C.A., Marceau J.A., judgment dated 21/9/90, not yet reported; *Canada (Attorney General) v. Haycock*, A-47-90, F.C.A., Marceau J.A., judgment dated 21/9/90, not yet reported.

## DISTINGUISHED:

*Canada (Attorney General) v. Whelan*, A-756-88, F.C.A., Marceau J.A., judgment dated 9/6/89, not reported; *British Columbia v. Hensfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24; (1989), 59 D.L.R. (4th) 726; [1989] 5 W.W.R. 577; 38 B.C.L.R. (2d) 145; 75 C.B.R. (N.S.) 1; 97 N.R. 61; 2 T.C.T. 4263; [1989] 1 T.S.T. 2164.

## CONSIDERED:

*Bryden v. Canada Employment and Immigration Commission*, [1982] 1 S.C.R. 443; (1982), 133 D.L.R. (3d) 1; 82 CLLC 14,175; 41 N.R. 180; *Vennari v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)*, [1987] 3 F.C. 129; (1987), 76 N.S.R. (2d) 147; 36 D.L.R. (4th) 614; 87 CLLC 14,018 (C.A.); *Giroux v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)*, [1989] 1 F.C. 279; (1988), 88 CLLC 14,032; 86 N.R. 147 (C.A.); *Ryder v. Commission*, CUB 15322, dated 16/5/88, Strayer J.

## AUTHORS CITED

Underhill, Arthur *Law Relating to Trusts and Trustees*, 4th ed. by David J. Hayton, London: Butterworths & Co. (Publishers) Ltd. 1987.  
Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1984.

## COUNSEL:

*Neelam Jolly* for applicant.  
*Paula Turtle* for respondent.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.  
*United Steel Workers of America*, Toronto, for respondent.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*MacKeen Estate v. Nova Scotia* (1978), 28 N.S.R. (2d) 3; 89 D.L.R. (3d) 426; 43 A.P.R. 3; [1978] CTC 557; 2 E.T.R. 264 (C.A.); *In re Miller's Agreement*, [1947] Ch. 615; *Montreal Trust Company et al. v. The Minister of National Revenue*, [1958] R.C.S. 146; (1958), 12 D.L.R. (2d) 226; [1958] C.T.C. 60; 58 DTC 1051; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436; (1978), 83 D.L.R. (3d) 289; [1978] 2 W.W.R. 101; 1 E.T.R. 307; 1 R.F.L. (2d) 1; *Canada (Procureur général) c. Nield*, A-46-90, C.A.F., juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 21-9-90, encore inédit; *Canada (Procureur général) c. Haycock*, A-47-90, C.A.F., juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 21-9-90, encore inédit.

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Canada (Procureur général) c. Whelan*, A-756-88, C.A.F., juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 9-6-89, non publié; *Colombie-Britannique c. Hensfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24; (1989), 59 D.L.R. (4th) 726; [1989] 5 W.W.R. 577; 38 B.C.L.R. (2d) 145; 75 C.B.R. (N.S.) 1; 97 N.R. 61; 2 T.C.T. 4263; [1989] 1 T.S.T. 2164.

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Bryden c. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 443; (1982), 133 D.L.R. (3d) 1; 82 CLLC 14,175; 41 N.R. 180; *Vennari c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada)*, [1987] 3 C.F. 129; (1987), 76 N.S.R. (2d) 147; 36 D.L.R. (4th) 614; 87 CLLC 14,018 (C.A.); *Giroux c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada)*, [1989] 1 C.F. 279; (1988), 88 CLLC 14,032; 86 N.R. 147 (C.A.); *Ryder c. Commission*, CUB 15322, en date du 16-5-88, juge Strayer.

## DOCTRINE

Underhill, Arthur *Law Relating to Trusts and Trustees*, 4th ed. by David J. Hayton, London: Butterworths & Co. (Publishers) Ltd. 1987.  
Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1984.

## AVOCATS:

*Neelam Jolly* pour le requérant.  
*Paula Turtle* pour l'intimé.

## PROCUREURS

*Le sous-procureur général du Canada* pour le requérant.  
*Métallurgistes Unis d'Amérique*, Toronto, pour l'intimé.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

STONE J.A.: This is another in a *catena* of cases in which umpires have been called upon to decide whether vacation pay, which was accumulated for the benefit of an employee during a period of employment and paid out to him after termination or during a period of layoff, is "earnings" within the meaning of paragraph 57(2)(a) of the *Unemployment Insurance Regulations* [C.R.C., c. 1576 (as am. by SOR/88-277, s. 7)]. That paragraph provides as follows:

57. ...

(2) Subject to this section, the earnings to be taken into account for the purpose of determining whether an interruption of earnings has occurred and the amount to be deducted from benefits payable under subsection 26(1) or (2), 29(4), 30(5), 32(3), 32.1(4) or 32.2(4) of the Act and for the purposes of sections 51 and 52 of the Act are

(a) the entire income of a claimant arising out of any employment;

### FACTS

Mr. LeBlanc was employed by Pictou Industries Limited of Pictou, Nova Scotia, until December 4, 1987, when he was laid off. He claimed and received unemployment insurance benefits, and subsequently received vacation pay which was treated by the Canada Employment and Immigration Commission as "earnings" for the weeks commencing January 24 (\$530), January 31 (\$530) and February 7, 1988 (\$343). This had the effect of causing a benefits overpayment of \$626.<sup>1</sup> A board of referees determined the vacation pay to be "earnings", but that decision was reversed on appeal to an Umpire on April 11, 1990. It is from this latter decision that this judicial review application is brought.

The claim before us was selected as a "test case". Many fellow employees, who were laid off at the same time as Mr. LeBlanc, claimed and received unemployment insurance benefits and were paid vacation pay which was treated by the Commission as "earnings".

<sup>1</sup> Case, Vol. 1, p. 13. The weeks were subsequently changed to those commencing January 17, 24 and 31, 1988.

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

LE JUGE STONE, J.C.A.: Cette cause s'inscrit dans la suite d'affaires où les juges-arbitres ont été saisis de la question de savoir si la paye de vacances, accumulée au crédit de l'employé au cours d'une période d'emploi et à lui versée à la cessation d'emploi ou lors d'une mise à pied, vaut «rémunération» au sens de l'alinéa 57(2)a) du *Règlement sur l'assurance-chômage* [C.R.C., chap. 1576 (mod. par DORS/88-277, art. 7)], que voici:

57. ...

(2) Sous réserve du présent article, la rémunération dont il faut tenir compte pour déterminer s'il y a eu un arrêt de rémunération, pour déterminer le montant à déduire des prestations payables en vertu des paragraphes 26(1) ou (2), 29(4), 30(5), 32(3), 32.1(4) ou 32.2(4) de la Loi, et pour l'application des articles 51 et 52 de la Loi comprend:

a) le revenu intégral du prestataire provenant de tout emploi;

### LES FAITS DE LA CAUSE

M. LeBlanc était employé chez Pictou Industries Limited à Pictou (Nouvelle-Écosse) jusqu'au 4 décembre 1987, date à laquelle il fut mis à pied. Après avoir demandé et reçu des prestations d'assurance-chômage, il a reçu sa paye de vacances, considérée par la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada comme «rémunération» pour les semaines du 24 janvier (530 \$), du 31 janvier (530 \$) et du 7 février 1988 (343 \$), ce qui se traduit par un versement excédentaire de prestations de 626 \$<sup>1</sup>. Un conseil arbitral conclut que la paye de vacances représentait la «rémunération», mais sa décision fut infirmée le 11 avril 1990 en appel devant un juge-arbitre. C'est cette dernière décision qui fait l'objet de ce recours en contrôle judiciaire.

La cause en instance a été choisie à titre de jurisprudence décisive. De nombreux collègues de M. LeBlanc, mis à pied en même temps que ce dernier, ont demandé et reçu des prestations d'assurance-chômage, puis ont reçu une paye de vacances que la Commission assimilait à la «rémunération».

<sup>1</sup> Dossier, vol. 1, p. 13. Les semaines visées ont été changées par la suite pour commencer respectivement les 17, 24 et 31 janvier 1988.

Both the terms of a collective agreement between Mr. LeBlanc's Union and his employer and the statute laws of Nova Scotia contained relevant provisions. Article 21 of that agreement dealt with the subject of "Vacation with Pay", and contained the following provisions governing vacation pay:

21.01 All employees of the Company shall be paid four percent (4) of their total earnings for the preceding calendar year as shown in the records of the Company and on the T4 Slip.

21.14 If employees elect to claim their vacation period during the month of January due to being on layoff during that month, the Company shall make reasonable efforts to have vacation pay available at the time of commencement of vacation, provided however an employee shall not be entitled to vacation pay until the Company has had at least ten (10) days' notice of the employee's election.

21.18 At the end of each pay period, vacation pay accruing during that pay period shall be allocated to each employee's pay and shown on the employee's pay stub. However, vacation pay (other than required deductions) will be retained by the Company and not paid out to the employee until the employee's actual vacation the following calendar year.<sup>2</sup>

The statute laws of Nova Scotia in force at the time contained provisions whereby an employer is deemed to hold vacation pay in trust. These provisions appeared in subsection 34(1) of the *Labour Standards Code*, S.N.S. 1972, c. 10, as amended by S.N.S. 1975, c. 50, section 2<sup>3</sup> as follows:

34. (1) Every employer is deemed to hold vacation pay accruing due to an employee in trust for the employee and for payment of the vacation pay over in the manner and at the time provided under this Act and the regulations, and the amount is a charge upon the assets of the employer or his estate in his hands or the hands of a trustee and has priority over all other claims.

The Board of Referees found as a fact that the vacation pay was neither held in a separate trust nor, indeed, kept separate and apart from the employer's own funds. The Board's decision reads in part:

In the collective agreement between Pictou Industries Limited and Local 4702, United Steelworkers of America, there is no mention of a trust fund. In fact, in Exhibit #6-17, the contract

<sup>2</sup> Collective Agreement between Pictou Industries Limited and United Steelworkers of America, Local Union No. 4702, with a duration of July 7, 1986, to March 31, 1988. (Case, Vol. 1, p. 15 *et seq.*)

<sup>3</sup> Now subsection 36(1) of R.S.N.S. 1989, c. 246.

La convention collective conclue entre le syndicat de M. LeBlanc et son employeur, tout comme les lois de la Nouvelle-Écosse, contient des dispositions qui éclairent la cause en instance. L'article 21 de cette convention collective prévoit ce qui suit en matière de «congé payé»:

[TRADUCTION] 21.01 Tous les employés recevront quatre (4) pour cent de leur rémunération totale de l'année civile précédente, telle qu'elle apparaît dans les livres de la compagnie et sur l'état T4.

21.14 Si l'employé choisit de prendre son congé en janvier à cause de sa mise à pied durant ce mois, la compagnie fera les efforts raisonnables pour lui verser la paye de vacances au commencement du congé, à condition que l'employé le lui notifie au moins dix (10) jours à l'avance.

21.18 À la fin de chaque période de paye, la paye de vacances accumulée durant cette période sera affectée à la paye de chaque employé et indiquée sur sa feuille de paye. Cependant, cette paye de vacances (en sus des retenues obligatoires) sera retenue par la compagnie qui ne la versera à l'employé qu'au moment où celui-ci prendra effectivement son congé au cours de l'année civile suivante<sup>2</sup>.

Les lois de la Nouvelle-Écosse en vigueur au moment des faits prévoient que l'employeur était réputé détenir en fiducie la paye de vacances. Cette disposition figurait au paragraphe 34(1) de la loi dite *Labour Standards Code*, S.N.S. 1972, chap. 10, modifiée par S.N.S. 1975, chap. 50, article 2<sup>3</sup>, comme suit:

[TRADUCTION] 34. (1) Tout employeur est réputé détenir en fiducie la paye de vacances accumulée au crédit de chaque employé, pour la verser selon les modalités et au moment prévus par la présente Loi et les règlements pris pour son application, laquelle indemnité est une obligation grevant les biens ou le patrimoine de l'employeur sous sa garde ou sous celle d'un fiduciaire et a préséance sur toutes autres créances.

Le Conseil arbitral a constaté que la paye de vacances n'était pas gardée dans une fiducie à part, ni même gardée séparément des fonds propres de l'employeur. Voici ce qu'on peut lire dans sa décision à ce sujet:

[TRADUCTION] La convention collective conclue entre Pictou Industries et la section locale n° 4702, Métallurgistes Unis d'Amérique, ne fait nulle mention d'une fiducie. En fait, selon

<sup>2</sup> Convention collective entre Pictou Industries Limited et le syndicat des Métallurgistes Unis d'Amérique, section locale 4702, en vigueur du 7 juillet 1986 au 31 mars 1988 (Dossier, vol. 1, p. 15 *et suiv.*)

<sup>3</sup> Devenu depuis lors le paragraphe 36(1) de R.S.N.S. 1989, chap. 246.



states in part (21.18): "However, vacation pay (other than required deductions) will be retained by the company and not paid out to the employee until the employee's actual vacation the following calendar year." In Exhibit #10, the Unemployment Insurance officer quotes Mr. Smith of the company as stating "The money is paid weekly and deductions made weekly. The money is deposited in the company's regular account and is administered by the company". . . . The Board feels for Patrick LeBlanc but the company was collecting the vacation pay and depositing it in the general account, not a trust fund.<sup>4</sup>

It appears that the "required deductions" were made on account of income tax and unemployment insurance premiums.

### UMPIRE'S DECISION

The Umpire took the view that the case was governed by this Court's decision in *Canada (Attorney General) v. Whelan* (Court File A-756-88, judgment rendered June 9, 1989, not reported). The vacation pay in issue in that case was not vested in a trustee under the terms of an express trust, but had been "put in an account"<sup>5</sup> for the employee. It was subject to the "deemed trust" provisions in section 15 of the *Employment Standards Act*, R.S.O. 1980, c. 137,<sup>6</sup> which are similar in some respects to those of the *Labour Standards Code* of Nova Scotia recited above. In the decision under review, the learned Umpire wrote (at pages 8-9):

In addition to this deeming provision, the money accruing to an employee during a pay period as vacation pay was allocated by the employer to the employee at the end of each pay period, after deduction of income tax and unemployment insurance premiums, and was retained in the hands of the employer (That was not the situation in CUB 15322, referred to by counsel and noted by the Federal Court of Appeal in *Whelan*). In my view the basic requirements as outlined in *Whelan* are met. While pursuant to the terms of the Collective Agreement the payout

<sup>4</sup> Case, Vol. 2, at pp. 129-130.

<sup>5</sup> At p. 2 of the Umpire's decision in that case (CUB 15360) the evidence of an officer of the employer to this effect was recited.

<sup>6</sup> S. 15 reads:

15. Every employer shall be deemed to hold vacation pay accruing due to an employee in trust for the employee whether or not the amount therefor has in fact been kept separate and apart by the employer and the vacation pay becomes a lien and charge upon the assets of the employer that in the ordinary course of business would be entered in books of account whether so entered or not.

la pièce 6-17, elle stipule notamment ce qui suit (art. 21.18): «Cependant, cette paye de vacances (en sus des retenues obligatoires) sera retenue par la compagnie qui ne la versera à l'employé qu'au moment où celui-ci prendra effectivement son congé au cours de l'année civile suivante». Par la pièce n° 10, l'agent de l'assurance-chômage a rapporté les propos suivants de M. Smith, représentant de la compagnie: «L'argent est versé chaque semaine et les retenues faites chaque semaine. L'argent est déposé dans le compte général de la compagnie et est administré par elle». . . . La sympathie du conseil arbitral va à Patrick LeBlanc, mais la compagnie retenait la paye de vacances et la déposait dans son compte général, non pas dans une fiducie<sup>4</sup>.

Il appert que les «retenues obligatoires» étaient faites au titre de l'impôt sur le revenu et des primes d'assurance-chômage.

### LA DÉCISION DU JUGE-ARBITRE

Le juge-arbitre a conclu que l'affaire en instance était soumise à l'application de la décision de cette Cour dans *Canada (Procureur général) c. Whelan* (numéro du greffe: A-756-88, arrêt rendu le 9 juin 1989, non publié). Dans l'affaire citée, la paye de vacances n'était pas entre les mains d'un fiduciaire par suite d'une fiducie expresse, mais avait été «déposée dans un compte»<sup>5</sup>. Elle était assujettie aux dispositions portant présomption de fiducie de l'article 15 de la *Loi sur les normes d'emploi*, L.R.O. 1980, chap. 137<sup>6</sup>, lesquelles sont semblables à certains égards à celles de la loi dite *Labour Standards Code* de la Nouvelle-Écosse, citées plus haut. Dans la décision attaquée, le juge-arbitre a tiré cette conclusion (aux pages 8 et 9):

[TRADUCTION] Outre cette disposition déterminative, il se trouve qu'en l'espèce, l'employeur a affecté à chaque employé, à la fin de chaque période de paye et défalcation faite de l'impôt sur le revenu et des primes d'assurance-chômage, l'argent qui revenait à cet employé à titre de paye de vacances pour cette période et que l'employeur gardait ensuite (Tel n'était pas le cas de l'affaire CUB 15322, citée par l'avocat et notée par la Cour d'appel fédérale dans *Whelan*). À mon avis, les conditions essentielles définies par l'arrêt *Whelan* sont réunies en

<sup>4</sup> Dossier, vol. 2, aux p. 129 et 130.

<sup>5</sup> Le témoignage en ce sens d'un représentant de l'employeur était cité en p. 2 de la décision du juge-arbitre dans cette affaire (CUB 15360).

<sup>6</sup> L'art. 15 porte:

15. L'Employeur est réputé détenir en fiducie à l'égard d'un employé l'indemnité de vacances accumulée qui lui est due, que cette somme ait été ou non effectivement gardée séparée et distincte par l'employeur. L'indemnité de vacances constitue un privilège sur les biens de l'employeur qui, dans le cours normal des affaires, figurerait dans les livres de comptes, qu'elle y figure ou non.

of money from the fund was at the time of the employee's actual vacation, that fact in itself is not determinative of whether or not the money was held on the employee's behalf. (*Giroux, supra*, at page 292.)

One other matter deserves comment. Counsel for the Commission made reference to the fact that the nature of the account into which the vacation pay was paid by the employer was not specified. The suggestion being that the money was not separately held in an account set up for that purpose and therefore it could not then be considered as being held in trust when mixed with the employer's general or regular account. Counsel for the claimant submitted that in the circumstances of this case, the nature of the account was irrelevant in determining whether or not a trust existed. With this I agree.

In my view, whether or not the funds were held in a separate account created specifically for that purpose is not necessarily determinative of whether or not a trust exists. While such an arrangement may be preferable and would provide evidence that a trust has been created, it seems to me that what is important is that the beneficial interest of the employee be identifiable and distinct. That perhaps is best done by means of a separate account. However, there is here clear evidence of the claimant's beneficial interest arising from the statutory trust, the quantum of which is identified by his pay cheque stubs or the payroll records of the employer.

### ISSUE

The issue before us is whether the learned *Umpire* erred in deciding that the vacation pay was held in trust for Mr. LeBlanc from the time it was set aside until it was paid to him on January 5, 1988.

### APPLICANT'S POSITION

The applicant submits that the *Umpire* erred in refusing to treat Mr. LeBlanc's vacation pay as "earnings", and says that in order for it to be so treated it would have had to vest in a trustee under the terms of an express trust for the benefit of the employee: *Bryden v. Canada Employment and Immigration Commission*, [1982] 1 S.C.R. 443; *Vennari v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)*, [1987] 3 F.C. 129 (C.A.), *Giroux v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)*, [1989] 1 F.C. 279 (C.A.);<sup>7</sup> or, at the very least, to have been set aside by the employer in a separate account, after

<sup>7</sup> The fact that interest earned on vacation pay during the period it is held is, in terms, to be paid to the employee indicates that the principal is being held for the benefit of the employee: see *Giroux, per Pratte J.A.*, at p. 292. The record in the present case contains neither any reference to the accumulation of interest nor, indeed, to whether any was earned.

l'espèce. Bien que selon la convention collective, cet argent ne fût versé qu'au moment où l'employé prenait son congé, ce fait ne signifie pas en soi que l'argent était détenu ou non pour le compte de l'employé. (*Giroux, précité*, à la page 292.).

<sup>a</sup> Une autre question mérite notre attention. L'avocat de la Commission rappelle que la nature du compte dans lequel l'employeur déposait la paye de vacances n'était pas spécifiée. Il entendait par là que cet argent n'était pas détenu séparément dans un compte ouvert à cet effet et, partant, ne pouvait pas être considéré comme étant détenu en fiducie puisqu'il était confondu dans le compte général de l'employeur. L'avocate du prestataire fait valoir qu'en l'espèce, la nature du compte n'a aucun rapport avec la question de savoir s'il y a fiducie. J'en conviens.

<sup>b</sup> À mon avis, que cet argent fût détenu ou non dans un compte séparé, expressément ouvert à cet effet, ne détermine pas nécessairement la question de savoir si la fiducie existe. Bien qu'un compte séparé soit préférable et permette de prouver l'existence d'une fiducie, il me semble que ce qui est important, c'est que la qualité de propriétaire véritable de l'employé soit identifiable et distincte. Cette condition se réalise peut-être le mieux au moyen d'un compte séparé. Cependant, la qualité de propriétaire véritable du prestataire est établie par la fiducie légale, dont le quantum est identifié par les talons de ses chèques de paye ou par les feuilles de paye de l'employeur.

### LE POINT LITIGIEUX

<sup>c</sup> Il échet d'examiner si le juge-arbitre a commis une erreur en décidant que la paye de vacances était détenue en fiducie pour le compte de M. LeBlanc, depuis le moment où elle était mise de côté jusqu'au moment où il la reçut, le 5 janvier 1988.

### LA THÈSE DU REQUÉRANT

<sup>d</sup> Le requérant soutient que le juge-arbitre a commis une erreur en concluant que la paye de vacances de M. LeBlanc ne faisait pas partie de sa «rémunération», et que, pour qu'il en fût ainsi, cette indemnité devait être sous la garde d'un fiduciaire en exécution d'une fiducie expresse au bénéfice de l'employé: voir *Bryden c. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 443; *Vennari c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada)*, [1987] 3 C.F. 129 (C.A.); *Giroux c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada)*, [1989] 1 C.F. 279 (C.A.);<sup>7</sup> ou, à

<sup>7</sup> Le fait que l'intérêt couru de la paye de vacances, pendant la période où elle est détenue, doit être, à terme, versé à l'employé signifie que le principal est détenu au bénéfice de cet employé, voir *Giroux*, motifs du juge Pratte, à la p. 292. En l'espèce, le dossier ne fait état d'aucune accumulation d'intérêt ni n'indique s'il y a intérêt couru.

deduction of income tax and unemployment insurance premiums, and been subject to the provisions of a provincial statute deeming it to be held in trust: *Whelan, supra*.<sup>8</sup>

Attempts to extend the scope of *Whelan* to situations where the vacation pay was retained by the employer in his own account have failed. *Canada (Attorney General) v. Nield* (Court File No. A-46-90) and *Canada (Attorney General) v. Haycock* (Court File No. A-47-90) were heard on the same day, and were disposed of from the bench on September 21, 1990. The facts and issue in both were identical. The employer had continued to hold the vacation pay, though not in a separate account, and the provisions of section 15 of the *Employment Standards Act* of Ontario were relied upon. The question for the Court in each case was whether the Umpire had correctly determined the vacation pay to be savings rather than "earnings". In concluding that the Umpire had erred, Mr. Justice Marceau, on behalf of the Court, stated at page 3 of *Nield* (and also of *Haycock*):

We are all of the view that the umpire was wrong. The *Whelan* judgment did not support the conclusion that the mere existence of the Ontario statute was sufficient, as a close reading of the central passage of that judgment that he himself cited clearly shows:

It appears to us that the conclusion finds ample support in the deeming provisions of section 15 of the *Ontario Employment Standards Act*, R.S.O. 1980, c. 137, combined with the fact that the money was actually set aside by the employer at each period of pay, after deduction of income tax and unemployment insurance premiums. In our view, this combination of factors was sufficient to satisfy requirements — as established by the Supreme Court in the leading *Bryden* case and reiterated in this Court in the well known *Vennari* and *Giroux* decisions — for a vacation pay to be seen, at the moment of its remittance to the employee, as having lost its character of earnings to acquire that of savings not falling under the provisions of paragraph 57(2)(a) of the *Unemployment Insurance Regulations*. (My underlining.)

The deeming provisions of the *Ontario Employment Standards Act* are not sufficient in themselves to satisfy the requirements established by the case law which flowed from *Bryden*. In order for the vacation pay to lose its normal character of

<sup>8</sup> This, indeed, was the view taken by Rouleau J. sitting as an Umpire in *Precepa* which was decided on June 22, 1990.

tout le moins, qu'elle devait être mise de côté par l'employeur dans un compte séparé, défalcation faite de l'impôt sur le revenu et des primes d'assurance-chômage, et être assujettie aux dispositions de la loi provinciale portant présomption de fiducie: voir *Whelan*, précité<sup>8</sup>.

On a essayé en vain d'étendre la jurisprudence *Whelan* aux cas où la paye de vacances était détenue par l'employeur dans son propre compte. Les causes *Canada (Procureur général) c. Nield* (numéro du greffe: A-46-90) et *Canada (Procureur général) c. Haycock* (numéro du greffe: A-47-90) ont été entendues le même jour et décidées à l'audience même, le 21 septembre 1990. Les points de fait et de droit étaient les mêmes dans les deux causes. L'employeur avait continué à retenir la paye de vacances, bien que ce ne fût pas dans un compte distinct, et l'article 15 de la *Loi sur les normes d'emploi* de l'Ontario était invoqué. La Cour était saisie dans l'une et l'autre affaires de la question de savoir si le juge-arbitre avait raison de voir dans la paye de vacances une épargne et non la «rémunération». En concluant que le juge-arbitre avait commis une erreur, le juge Marceau, rendant le jugement de la Cour, s'est prononcé en ces termes, aux pages 2 et 3 de l'arrêt *Nield* (et aussi de l'arrêt *Haycock*):

Nous sommes tous d'avis que le juge-arbitre a eu tort. L'arrêt *Whelan* n'appuyait pas la conclusion que la simple existence de la Loi de l'Ontario était suffisante, comme l'indique clairement la lecture attentive du passage le plus important de ce jugement qu'il a lui-même cité:

Il nous semble que cette conclusion s'explique clairement par la disposition déterminative de l'article 15 de la *Loi sur les normes d'emploi de l'Ontario*, L.R.O. 1980, chap. 137, outre le fait que l'employeur a effectivement mis l'argent de côté à chaque période de paye, après avoir déduit l'impôt sur le revenu et les primes d'assurance-chômage. À notre avis, cette combinaison de facteurs était suffisante pour répondre aux exigences voulues — telles qu'elles ont été établies par la Cour suprême dans l'important arrêt *Bryden* et réitérées devant cette Cour dans les décisions bien connues *Vennari* et *Giroux* — pour que l'on considère qu'une indemnité de vacances perd, au moment d'être remise à l'employé, son caractère de rémunération pour acquérir celui d'épargne qui n'est pas visée par l'alinéa 57(2)a du *Règlement de l'assurance-chômage*. [C'est moi qui souligne.]

Les dispositions déterminatives de la *Loi sur les normes d'emploi de l'Ontario* ne suffisent pas en elles-mêmes pour satisfaire aux exigences établies par la jurisprudence découlant de l'arrêt *Bryden*. Pour que la paye de vacances perde son

<sup>8</sup> Cette approche a été adoptée par le juge Rouleau siégeant à titre du juge-arbitre dans *Precepa*, décision rendue le 22 juin 1990.

earnings and acquire that of savings, the moneys have to be clearly set aside at each period of pay, after deduction of income tax and unemployment insurance premiums, since they are part of the employee's remuneration; and thereafter they must be kept separate and beyond the needs and control of the employer's operations. Anything less would make it impossible to claim, at the time they are remitted to the employee, that the moneys have already been paid and were merely being kept and "saved" on behalf of the employee.

In my respectful view, the judgment of this Court in *Whelan* does not govern the present case. It was clear in that case that the vacation pay had been put in an account by the employer, was so held for the benefit of the employee and was subject to the "deemed trust" provisions of the Ontario statute. Here, the vacation pay was commingled with the employer's own money in its general bank account. In this respect, this situation is akin to that which obtained in *Nield* and *Haycock*, decided subsequently to the decision under review. I infer from both that, as here, the vacation pay was not held separately from the funds of the employer.

### RESPONDENT'S POSITION

Mr. LeBlanc asks that we look at this question afresh in the light of recent developments and, in any event, that we should decide the case on a different legal footing. Counsel advances four arguments for treating the vacation pay in question as savings rather than as "earnings". These are:

1. It is not necessary for a formal trust to be established for vacation pay to be characterized as savings rather than "earnings". It is sufficient to show that a claimant was beneficially entitled to such pay during the time it was held by the employer.

2. Alternatively, the vacation pay was savings rather than "earnings" because

(a) in fact and in law it was held by the employer in trust; or

(b) it was held by the employer under a constructive trust; or

caractère normal de rémunération afin d'acquiescer celui d'épargne, les sommes en question doivent effectivement être mises de côté à chaque période de paye après déduction de l'impôt sur le revenu ainsi que des primes d'assurance-chômage, puisque les sommes en question font partie de la rémunération de l'employé; et par la suite elles doivent être gardées séparément et conservées hors du contrôle et des besoins de l'entreprise de l'employeur. Sans ces mesures, il serait impossible de prétendre qu'au moment où lesdites sommes sont remises à l'employé, elles avaient déjà été payées et étaient tout simplement gardées et [TRADUCTION] «mises de côté» pour le compte de l'employé.

À mon avis, la décision de cette Cour dans *Whelan* ne s'applique pas en l'espèce. Il était constant dans l'affaire citée que l'employeur avait déposé la paye de vacances dans un compte au bénéfice de l'employé et que cette paye était régie par les dispositions portant présomption de fiducie de la loi ontarienne applicable. En l'espèce, la paye de vacances était confondue avec les fonds propres de l'employeur dans un compte bancaire général. À cet égard, les faits de la cause s'apparentent à ceux des causes *Nield* et *Haycock*, décidées après la date de la décision attaquée. Je conclus de ces deux causes que, tout comme en l'espèce, la paye de vacances n'était pas gardée séparément des fonds propres de l'employeur.

### LA THÈSE DE L'INTIMÉ

M. LeBlanc demande à la Cour d'examiner la question d'un œil nouveau, à la lumière de la jurisprudence récente et, en tout cas, d'instruire l'affaire sur une base juridique différente. Son avocate avance quatre arguments pour soutenir qu'il faut voir dans la paye de vacances dont s'agit une épargne et non pas la «rémunération». Les voici:

1. Il n'est pas nécessaire qu'une fiducie soit formellement instituée à cet effet pour que la paye de vacances soit considérée comme une épargne et non une «rémunération». Il suffit de démontrer que le prestataire avait droit à titre de propriétaire véritable à cette indemnité pendant tout le temps où elle était détenue par l'employeur.

2. Subsidiairement, la paye de vacances constituait une épargne et non pas la «rémunération» parce que:

a) en droit et en fait, elle était détenue par l'employeur en fiducie;

b) elle était détenue par l'employeur dans une fiducie par interprétation; ou

(c) it was held by the employer under a resulting trust.

### Beneficial entitlement

The first argument is that the vacation pay must not be treated as earnings because, as it was put by counsel, Mr. LeBlanc was “beneficially entitled” to that money from the time it was earned and, therefore, the vacation pay represented savings. The existence of a trust of any kind is not required. Counsel drew attention to this Court’s decision in *Giroux, supra*, as supporting the argument, but I do not so read that case. The vacation pay there in issue was treated by the Court as falling under the principle of *Bryden, supra*. Under the *Construction Decree* [R.R.Q. 1981, c. R-20] of Quebec employers in a particular industry were compulsorily required to remit annual vacation pay to “l’Office de la construction du Québec” which, in turn, was required to pay it out to the individual employees on specified dates in each year. The vacation pay was held by l’Office for that purpose and for that purpose alone. I agree with Strayer J. in *Ryder* (CUB 15322), at page 4, that *Giroux* “held that a statutory scheme may create a sufficient trust relationship analogous to those found in *Bryden* and *Vennari* to turn vacation pay into savings”.

I can find no authority to support the general assertion that Mr. LeBlanc was beneficially entitled to these moneys while they were held by Pictou Industries Limited. If anything, the contrary is true. At common law, the notion of beneficial entitlement seems to have acquired a fairly well understood meaning. In *MacKeen Estate v. Nova Scotia* (1978), 28 N.S.R. (2d) 3 (C.A.), at page 11, MacKeigan C.J.N.S. wrote of the modern sense of the phrase “beneficially entitled” in the following terms:

In the modern sense of the phrase, a person is “beneficially entitled” to property if he is the real or beneficial owner of it, even though it is in someone else’s name as nominal owner. The nominal owner of the property, whether real property, choses in action or other personal property, has legal title to it. The real owner, the person “beneficially entitled” to it, can require the nominal owner to let him use or have possession of the property, or to give him the income from it, or otherwise to let him

c) elle était détenue par l’employeur dans une fiducie par déduction.

### Droit de propriété véritable

<sup>a</sup> Le premier argument avancé est que la paye de vacances ne doit pas être assimilée à la rémunération parce que, comme le fait valoir son avocate, M. LeBlanc avait «droit à titre de propriétaire véritable» à cet argent dès le moment où il fut <sup>b</sup> gagné et que, en conséquence, cette paye représentait une épargne. L’existence d’une fiducie, quelle qu’elle soit, n’est pas nécessaire. L’avocate de l’intimé a cité à l’appui la décision *Giroux* susmentionnée, mais ce n’est pas dans ce sens que j’interprète cet arrêt. Dans celui-ci, la Cour concluait que la paye de vacances en cause était assujettie au principe établi par l’arrêt *Bryden*. Sous le régime <sup>c</sup> du *Décret de la construction* [R.R.Q. 1981, chap. R-20] du Québec, les employeurs d’un secteur <sup>d</sup> d’activité donné sont tenus de remettre la paye de vacances à l’Office de la construction du Québec, lequel est tenu à son tour de la verser aux employés concernés chaque année aux dates déterminées. L’Office garde la paye de vacances exclusivement à cette fin. Je partage la conclusion tirée par le juge Strayer dans *Ryder* (CUB 15322), à la <sup>e</sup> page 3, savoir que l’arrêt *Giroux* «a jugé qu’un décret peut créer un arrangement fiduciaire qui <sup>f</sup> soit comparable à celui dont il s’agissait dans les affaires *Bryden* et *Vennari* et fasse de la paye de vacances des épargnes».

<sup>g</sup> Je ne vois aucun magistrè qui vienne confirmer l’assertion générale que M. LeBlanc avait droit à titre de propriétaire véritable à ces fonds pendant qu’ils étaient détenus par Pictou Industries Limited. C’est plutôt l’inverse qui est vrai. En common law, la notion de droit de propriété véritable <sup>h</sup> semble avoir acquis un sens fort bien compris. Dans *MacKeen Estate v. Nova Scotia* (1978), 28 N.S.R. (2d) 3 (C.A.), à la page 11, le juge en chef MacKeigan de la Nouvelle-Écosse a fait l’observation suivante au sujet de l’acception moderne du <sup>i</sup> «droit à titre de propriétaire véritable»:

[TRADUCTION] Dans l’acception moderne de cette notion, une personne «a droit à titre de propriétaire véritable» à un bien s’il en est le propriétaire réel ou bénéficiaire, lors même que ce bien est sous le nom de quelqu’un d’autre qui en est le propriétaire nominal. Le propriétaire nominal du bien, qu’il s’agisse d’un bien immeuble, d’un titre de créance ou d’un bien meuble, en est le propriétaire en *common law*. Le propriétaire véritable, <sup>j</sup> c’est-à-dire la personne qui y a «droit à titre de propriétaire

have the benefit and enjoyment of it. He usually can require the nominal owner to convert the property into another form or to transfer the legal title to some other nominal owner. Above all, he is able, unless restricted by the terms of a specific trust, to call on the nominal owner to convey the property to him and to transfer its legal title to him, the real owner. If he does so, he will then fully acquire the property by achieving full ownership and will cease to be merely beneficially entitled to it.

In *In re Miller's Agreement*, [1947] Ch. 615, Wynn-Parry J. expressed the view, at page 625, that a person may be considered as beneficially "entitled" to property where "he has a right to sue for and recover such property." This view was endorsed with some modification by Rand J. in *Montreal Trust Company et al. v. The Minister of National Revenue*, [1958] S.C.R. 146, where, speaking for himself, at page 149 he said:

Mr. Marler for the appellants urged as the test to determine whether a successor had become "beneficially entitled to any property" that formulated by Wynn-Parry J. in *In Re Miller's Agreement; Uniacke v. Attorney General* ([1947] 1 Ch. 615, [1947] 2 All E.R. 78). The test was, that it must be "postulated of him [the successor] that he has a right to sue for and recover such property". If the word "recover" extends to the application of money to one's benefit, and "sue for" to an ultimate and alternative resort as the effective cause of payment, I am disposed to accept it.

It is clear, in my view, that during the time it was held by the employer the vacation pay was quite outside Mr. LeBlanc's control; he was entitled to receive payment of it only as the collective agreement provided. The money had to be retained by the employer and be paid out as vacation pay at the time specified in that agreement and not before. In short, Mr. LeBlanc was not entitled to sue for and recover the money. That being so, it cannot be said that he was "beneficially entitled" to the vacation pay money in the strict sense, even though his interest in it ripened into one of full ownership when he received it. We must now turn to the question of whether the money was held under a trust sufficient to convert it into savings.

### Statutory trust

The second argument is that the vacation pay was, in fact and in law, held in trust. Although I have not found this argument persuasive, I should

véritable», peut exiger que le propriétaire nominal le laisse en avoir la jouissance, notamment en le laissant utiliser le bien ou en prendre possession, ou en lui versant le revenu qui en provient. Il peut normalement exiger que le propriétaire nominal convertisse le bien en une autre forme ou en transfère le titre à un autre propriétaire nominal. Surtout, il peut, sauf stipulations contraires d'une fiducie expresse, obliger le propriétaire nominal à lui transférer le bien, ainsi que le titre y relatif, à lui, le propriétaire réel. Dans ce cas, il acquerra pleinement le bien en assumant la propriété à part entière et cessera d'y avoir simplement droit à titre de propriétaire véritable.

Dans *In re Miller's Agreement*, [1947] Ch. 615, le juge Wynn-Parry faisait observer, en page 625, qu'une personne pouvait être considérée comme ayant droit à titre de propriétaire véritable à un bien si elle [TRADUCTION] «a le droit d'agir en justice pour recouvrer ce bien». Cette vue a été adoptée avec une petite modification par le juge Rand dans *Montreal Trust Company et al. v. The Minister of National Revenue*, [1958] R.C.S 146, où il a tiré cette conclusion, à la page 149:

[TRADUCTION] L'avocat des appelants, M. Marler, fait valoir que le critère formulé par le juge Wynn-Parry dans *In Re Miller's Agreement; Uniacke v. Attorney General* ([1947] 1 Ch. 615, [1947] 2 All E.R. 78) doit s'appliquer pour déterminer si un successeur en est venu à «avoir droit à titre de propriétaire véritable à un bien donné». Selon ce critère, il faut qu'il soit «constant qu'il (le successeur) a le droit d'agir en justice pour recouvrer ce bien». Si le terme «recouvrer» s'étend à l'affectation des deniers à votre propre bénéfice, et «agir en justice» au recours ultime en paiement, j'incline à l'accepter.

Il est manifeste, à mes yeux, que, pendant tout le temps où elle était détenue par l'employeur, la paye de vacances échappait complètement à la volonté de M. LeBlanc; il n'avait droit au paiement que conformément aux dispositions de la convention collective. L'argent devait être gardé par l'employeur et versé à titre de paye de vacances au moment prévu par la convention collective, non pas avant. En bref, M. LeBlanc n'avait pas le droit d'agir en justice pour recouvrer cet argent. Il s'ensuit qu'on ne saurait dire qu'il «avait droit à titre de propriétaire véritable» à l'argent de la paye de vacances au sens strict, bien que son droit y afférent ait évolué vers la propriété à part entière quand il le reçut. Examinons maintenant si l'argent était détenu dans une fiducie telle qu'il a été transformé en épargne.

### Fiducie par l'effet de la loi

Le deuxième argument est que la paye de vacances en cause était, en fait et en droit, détenue en fiducie. Bien que je n'aie pas trouvé cet argument

elaborate my reasons for this view. This Court's decisions in *Nield* and *Haycock*, as I have already observed, have dealt with this issue in a way that is adverse to the argument. The vacation pay there, as here, was required by the terms of a collective agreement to be held by the employer until it became payable to the employees and was subject to the "deemed trust" provisions in section 15 of the *Employment Standards Act* of Ontario. Those provisions differed from those of the *Labour Standards Code* of Nova Scotia in that the "deemed trust" is expressed to exist whether or not the amount of the vacation pay "has in fact been kept separate and apart by the employer". Despite this language, the Court concluded that the vacation pay had retained its character as "earnings" under paragraph 57(2)(a) of the *Unemployment Insurance Regulations*.

Counsel for Mr. LeBlanc submits that the question of identifiability of trust funds commingled with other funds was not in issue in these two cases. She asserts that identification of the vacation pay money was at all times possible notwithstanding that it was mixed with funds belonging to the employer in his general business account.

Counsel for the applicant, on the other hand, contends that *Nield* and *Haycock* accord with the judgment of the Supreme Court of Canada in *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24. One of the issues was whether a tax imposed pursuant to the *Social Service Tax Act* [R.S.B.C. 1979, c. 388] of British Columbia and collected by a trader who became a bankrupt was "property held by the bankrupt in trust for any other person" within the meaning of paragraph 47(a) of the *Bankruptcy Act* [R.S.C. 1970, c. B-3]. The taxing statute contained an elaborate set of provisions for collecting, accounting for and remitting the tax to the provincial Crown. Among those provisions were paragraph 18(1)(a) deeming the collector of the tax to "hold it in trust for Her Majesty in right of the Province" and paragraph 18(1)(b) providing that "the tax collected shall be deemed to be held separate from and form no part of the person's money, assets or estate, whether or not the amount of the tax has in fact been kept separate and apart". The tax money collected pursuant to these provisions was mixed with the bank-

concluant, je dois développer mes motifs de rejet. Comme je l'ai fait remarquer, les décisions *Nield* et *Haycock* de cette Cour ont tiré à ce sujet une conclusion à l'encontre de cet argument. Dans ces deux affaires comme en l'espèce, la convention collective prévoyait que la paye de vacances, détenue par l'employeur jusqu'au moment où elle devait être versée à l'employé, était soumise à l'application des dispositions portant présomption de fiducie de l'article 15 de la *Loi sur les normes d'emploi* de l'Ontario. Ces dispositions étaient différentes de celles de la loi dite *Labour Standards Code* de la Nouvelle-Écosse en ce que l'existence de la fiducie est présumée, que la somme «ait été ou non effectivement gardée séparée et distincte par l'employeur». Malgré ce libellé, la Cour a conclu que la paye de vacances gardait son caractère de «rémunération» au sens de l'alinéa 57(2)a) du *Règlement sur l'assurance-chômage*.

L'avocate représentant M. LeBlanc fait valoir que la question de l'identifiabilité des fonds de fiducie confus avec d'autres fonds ne se posait pas dans ces deux causes et que, en l'espèce, la paye de vacances pouvait être identifiée à tout moment malgré sa confusion avec les fonds propres de l'employeur dans le compte général.

De son côté, l'avocate représentant le requérant soutient que les décisions *Nield* et *Haycock* sont dans le droit fil de la décision de la Cour suprême *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24. Dans cette affaire, il s'agissait, entre autres, d'examiner si une taxe imposée en application de la loi dite *Social Service Tax Act* [R.S.B.C. 1979, chap. 388] de la Colombie-Britannique et perçue par un marchand qui a fait faillite par la suite constituait des «biens détenus par le failli en fiducie pour toute autre personne» au sens de l'alinéa 47a) de la *Loi sur la faillite* [S.R.C. 1970, chap. B-3]. La loi fiscale de la province prévoyait un ensemble complet de dispositions visant la perception, la comptabilité et la remise de la taxe à la Couronne provinciale, notamment l'alinéa 18(1)a) qui prévoit que le percepteur est réputé [TRADUCTION] «détenir la taxe en fiducie pour le compte de Sa Majesté du chef de la province» et l'alinéa 18(1)b) qui prévoit que [TRADUCTION] «l'argent de la taxe perçue est réputé détenu séparément des deniers, biens et patrimoine du percepteur, que cet argent ait été ou

rupt's own money. The bank-appointed receiver sold the assets and applied the full proceeds in reduction of the bankrupt's bank loan after which the provincial Crown sought to show that this money was held pursuant to a statutory trust and was thus protected as "trust" property by paragraph 47(a) of the *Bankruptcy Act*.

The Court divided on the issue. Cory J., in a dissent, expressed the view at page 46:

There is no reason why a statutorily constituted trust cannot provide an advantage over a privately constituted trust by recognizing the existence of the trust in property held by the trustee without requiring the beneficiary to undertake the often inordinately expensive action of tracing commingled funds.

The Court concluded, however, that the tax money was not held in trust despite the language of paragraphs 18(1)(a) and (b). McLachlin J., speaking for the majority, stated at pages 34-35:

I turn next to s. 18 of the *Social Service Tax Act* and the nature of the legal interests created by it. At the moment of collection of the tax, there is a deemed statutory trust. At that moment the trust property is identifiable and the trust meets the requirements for a trust under the principles of trust law. The difficulty in this, as in most cases, is that the trust property soon ceases to be identifiable. The tax money is mingled with other money in the hands of the merchant and converted to other property so that it cannot be traced. At this point it is no longer a trust under general principles of law. In an attempt to meet this problem, s. 18(1)(b) states that tax collected shall be deemed to be held separate from and form no part of the collector's money, assets or estate. But, as the presence of the deeming provision tacitly acknowledges, the reality is that after conversion the statutory trust bears little resemblance to a true trust. There is no property which can be regarded as being impressed with a trust. Because of this, s. 18(2) goes on to provide that the unpaid tax forms a lien and charge on the entire assets of the collector, an interest in the nature of a secured debt.

Applying these observations on s. 18 of the *Social Service Tax Act* to the construction of ss. 47(a) and 107(1)(j) of the *Bankruptcy Act* which I have earlier adopted, the answer to the question of whether the province's interest under s. 18 is a "trust" under s. 47(a) or a "claim of the Crown" under s. 107(1)(j) depends on the facts of the particular case. If the money collected for tax is identifiable or traceable, then the true state of affairs conforms with the ordinary meaning of "trust" and the money is exempt from distribution to creditors by reason of s. 47(a). If, on the other hand, the money has been converted to other property and cannot be traced, there is no

non gardé séparément». L'argent de la taxe perçue en application de ces dispositions était confondu avec les fonds propres du failli. Le séquestre nommé par la banque a vendu l'actif dont il a affecté intégralement le produit à la réduction de la dette du failli envers la banque, après quoi la Couronne provinciale a essayé de démontrer que cet argent était détenu au titre d'une fiducie légale et, de ce fait, protégé à titre de bien en «fiducie» au sens de l'alinéa 47a) de la *Loi sur la faillite*.

La Cour était divisée sur ce point. Par motifs dissidents, le juge Cory a tiré cette conclusion, à la page 46:

Rien n'interdit qu'une fiducie établie par la loi offre un avantage sur une fiducie établie par un particulier en reconnaissant l'existence d'une fiducie à l'égard des biens détenus par le fiduciaire sans que le bénéficiaire ait à engager l'action excessivement coûteuse en droit de suite sur les sommes confondues.

La Cour a cependant conclu que l'argent de la taxe n'était pas détenu en fiducie malgré le libellé des alinéas 18(1)a) et b). Rendant le jugement de la majorité, le juge McLachlin s'est prononcée en ces termes, aux pages 34 et 35:

J'examinerai maintenant l'art. 18 de la *Social Service Tax Act* et la nature des droits qu'il crée. Au moment de la perception de la taxe, il y a fiducie légale réputée. À ce moment-là, le bien en fiducie est identifiable et la fiducie répond aux exigences d'une fiducie établie en vertu des principes généraux du droit. La difficulté que présente l'espèce, qui est la même que dans la plupart des autres cas, vient de ce que le bien en fiducie cesse bientôt d'être identifiable. Le montant de la taxe est confondu avec d'autres sommes que détient le marchand et immédiatement affecté à l'acquisition d'autres biens de sorte qu'il est impossible de le retracer. Dès lors, il n'existe plus de fiducie de *common law*. Pour obvier à ce problème, l'al. 18(1)b) prévoit que la taxe perçue sera réputée être détenue de manière séparée et distincte des deniers, de l'actif ou du patrimoine de celui qui l'a perçue. Mais, comme l'existence de la disposition déterminative le reconnaît tacitement, en réalité, après l'affectation de la somme, la fiducie légale ressemble peu à une fiducie véritable. Il n'y a pas de bien qu'on puisse considérer comme sujet à la fiducie. Aussi, pour cette raison, le par. 18(2) ajoute que la taxe impayée emporte un privilège sur la totalité des biens de celui qui l'a perçue, c'est-à-dire un droit tenant d'une créance garantie.

Si j'applique ces observations relatives à l'art. 18 de la *Social Service Tax Act* à l'interprétation des al. 47a) et 107(1)(j) de la *Loi sur la faillite* que j'ai précédemment retenue, la réponse à la question de savoir si le droit que l'art. 18 confère à la province est une «fiducie» au sens de l'al. 47a) ou une «réclamation de la Couronne» au sens de l'al. 107(1)(j) dépend des faits de l'espèce. Si la somme perçue pour fins de taxe peut être identifiée ou retracée, la situation correspond au sens ordinaire du mot «fiducie» et la somme est exclue, en raison de l'al. 47a), de la répartition des biens entre les créanciers. Par contre, si la somme a servi à acquérir d'autres biens et ne peut être retracée,



“property held . . . in trust” under s. 47(a). The province has a claim secured only by a charge or lien, and s. 107(1)(j) applies.

In the case at bar, no specific property impressed with a trust can be identified. It follows that s. 47(a) of the *Bankruptcy Act* should not be construed as extending to the province’s claim in this case.

Counsel for Mr. LeBlanc contends that the present case is different in that there is no proof the vacation pay was converted to other property and also because Article 21 of the collective agreement provided a formula for identifying the subject-matter of the trust with sufficient exactness.

We are not here faced with a parallel situation to that which arose in *Henfrey Samson Belair*. In the end, the vacation pay was fully paid out to Mr. LeBlanc by Pictou Industries Limited in conformance with the collective agreement, and no question arises as to whether it was held by that company in “trust” within the meaning of a federal statute. We have only to decide whether the “deemed trust” provisions of the Nova Scotia statute allows the vacation pay to be treated as savings rather than “earnings” in the circumstances of this case. The complication is of considerable significance, for instead of the vacation pay being put in a separate account as in *Whelan*, it was mixed with those of the employer in its general bank account. The difficult problems of identifiability and traceability for satisfying the requirement of certainty of subject-matter in trust law are pointed out by D. W. M. Waters in *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. 1984, at pages 1040-1041. See also Underhill and Hayton *Law Relating to Trusts and Trustees*, 4th ed. 1987, at page 756. Reduction of the bank account to a debit position during the period would mean that the vacation pay money, *per se*, disappeared. The evidence before us is of no assistance on the point. I am thus unable to say that the payment from the employer’s general bank account on January 5, 1988, was vacation pay held throughout the period. On the record as it stands, I conclude that Mr. LeBlanc received “earnings” within the meaning of paragraph 57(2)(a) of the *Unemployment Insurance Regulations*.

il n’y a pas de «biens détenus [ . . . ] en fiducie» au sens de l’al. 47a). La province a une créance garantie seulement par un privilège et l’al. 107(1)(j) s’applique.

En l’espèce, il n’est possible d’identifier aucun bien précis sujet à une fiducie. Il s’ensuit qu’on ne saurait considérer que l’al. 47a) de la *Loi sur la faillite* s’applique à la créance de la province en l’espèce.

L’avocate représentant M. LeBlanc soutient que l’affaire en instance est différente en ce qu’il n’y a aucune preuve établissant que la paye de vacances a été transformée en un autre bien, et aussi en ce que l’article 21 de la convention collective prévoyait une formule pour identifier l’objet de la fiducie avec suffisamment d’exactitude.

Nous ne sommes pas en présence d’une situation comparable aux faits de la cause *Henfrey Samson Belair*. En fin de compte, Pictou Industries Limited a versé l’intégralité de la paye de vacances à M. LeBlanc conformément à la convention collective, et la question ne se pose nullement de savoir si la compagnie détenait l’argent en «fiducie» au sens de la loi fédérale. Il échet seulement d’examiner si les dispositions portant présomption de fiducie de la loi de la Nouvelle-Écosse permettent de voir dans cette paye de vacances une épargne et non la «rémunération» à la lumière des faits de la cause. La complication n’est pas insignifiante, car au lieu d’être déposée dans un compte distinct comme dans l’affaire *Whelan*, elle a été confondue avec les fonds propres de l’employeur dans un compte bancaire général. Le difficile problème de l’identifiabilité qui permet de répondre à l’impératif de certitude de l’objet en matière de fiducie a été relevé par D. W. M. Waters dans *Law of Trusts in Canada*, 2<sup>e</sup> éd., aux pages 1040 et 1041. Voir aussi Underhill and Hayton *Law Relating to Trusts and Trustees*, 4th ed. 1987, à la page 756. À supposer que le compte bancaire en vint à produire un solde débiteur durant la période en question, la paye de vacances elle-même aurait tout bonnement disparu. Le dossier de la cause n’est d’aucun secours à ce sujet. Il m’est donc impossible de conclure que l’argent payé le 5 janvier 1988 sur le compte bancaire général de l’employeur représentait la paye de vacances détenue pendant toute cette période. À la lumière du dossier tel qu’il se présente en cet état de la cause, je conclus que M. LeBlanc recevait la «rémunération» au sens de l’alinéa 57(2)a) du *Règlement sur l’assurance-chômage*.

Constructive trust

The third argument advanced by counsel is that the employer was a constructive trustee of the vacation pay. I fail to see how this argument can prevail. We are not here dealing with a defaulting employer who somehow has managed to profit from his own default in his handling of the vacation pay. Pictou Industries Limited was entirely faithful to its obligation by paying the money to Mr. LeBlanc at the time it was required to be paid by the collective agreement.

Central to the operation of the constructive trust doctrine in Canada is the avoidance of unjust enrichment. The point was canvassed by the Supreme Court of Canada in *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834 where Dickson J. (as he then was), speaking for the majority, stated at page 847:

The principle of unjust enrichment lies at the heart of the constructive trust. "Unjust enrichment" has played a role in Anglo-American legal writing for centuries. Lord Mansfield, in the case of *Moses v. Macferlan* ((1760), 2 Burr. 1005) put the matter in these words: "... the gist of this kind of action is, that the defendant, upon the circumstances of the case, is obliged by the ties of natural justice and equity to refund the money."

The employer is not here charged with holding money he is obliged to refund. I must reject this argument.

Resulting trust

I come now to the final argument. It is submitted, but only faintly, that the vacation pay was held by the employer by way of a resulting trust. Again, as with the third argument, the case for Mr. LeBlanc is not strengthened. I refer to the discussion of the resulting trust doctrine found in the judgment of Dickson J. (as he then was) in *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436, at page 451:

Resulting trusts are as firmly grounded in the settlor's intent as are express trusts, but with this difference — that the intent is inferred, or is presumed as a matter of law from the circumstances of the case. That is very old doctrine, stated by Lord Hardwicke in *Hill v. Bishop of London* ((1738), 1 Atk. 618). The law presumes that the holder of the legal title was not intended to take beneficially.

Fiducie par interprétation

Le troisième argument avancé par l'avocate représentant l'intimé est que l'employeur était un fiduciaire par interprétation de la paye de vacances. Je ne vois pas comment cet argument pourrait s'imposer. Nous ne sommes pas en présence d'un employeur en défaut qui s'est arrangé pour tirer profit de sa faute dans le traitement de la paye de vacances. Pictou Industries Limited a rempli fidèlement son obligation en versant l'argent à M. LeBlanc au moment où elle y était tenue par la convention collective.

Au cœur de la doctrine de la fiducie par interprétation au Canada est la prévention de l'enrichissement sans cause. Ce problème a été abordé par la Cour suprême du Canada dans *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, où le juge Dickson (tel était son titre à l'époque), rendant le jugement de la majorité, s'est prononcé en ces termes, à la page 847:

Le principe de l'enrichissement sans cause est au cœur de la fiducie par interprétation. «L'enrichissement sans cause» a joué un rôle dans la doctrine juridique anglo-américaine pendant des siècles. Dans l'arrêt *Moses v. Macferlan* ((1760) 2 Burr. 1005) lord Mansfield s'est exprimé comme suit: [TRADUCTION] «... le motif principal de cette action est que le défendeur est obligé en vertu des règles de justice naturelle et d'équité de rembourser l'argent».

En l'espèce, il n'est pas reproché à l'employeur d'avoir gardé par-devers lui l'argent qu'il est obligé de rembourser. Je dois donc rejeter cet argument.

Fiducie par déduction

J'en viens maintenant au dernier argument. L'intimé soutient, assez faiblement d'ailleurs, que l'employeur détenait la paye de vacances par fiducie par déduction. Tout comme le troisième argument, celui-ci ne vient renforcer en rien les prétentions de M. LeBlanc. On peut citer l'analyse de la doctrine de la fiducie par déduction dans cette constatation du juge Dickson (tel était son titre à l'époque) dans *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436, à la page 451:

Les fiducies par déduction sont aussi fermement ancrées dans l'intention du constituant que le sont les fiducies expresses, mais avec cette différence que l'intention est légalement déduite ou présumée dans des circonstances données. Ce vieux principe fut exposé par lord Hardwicke dans l'arrêt *Hill v. Bishop of London* ((1738), 1 Atk. 618). Il est présumé en droit que le détenteur du titre n'était pas censé avoir la propriété véritable.

Thus, the doctrine requires the property to revert to the person making the conveyance.<sup>9</sup>

In the present case, the funds in question left the control of the employer with the payment of January 5, 1988. This is not a case where the employer took the property as vacation pay for the benefit of the employee and later claimed it for himself beneficially. The doctrine of resulting trust is inapplicable for the same reason that the doctrine of constructive trust is inapplicable. The property in question no longer resides with the employer. It has been paid to and received by the employee in conformity with the requirements of the collective agreement.

#### DISPOSITION

In the result, I would allow this application, set aside the decision of the Umpire dated April 11, 1990, and refer the matter back to an umpire on the basis that the vacation pay paid to the respondent by the cheque of his employer dated January 5, 1988 in the sum of \$1403 was "earnings" within the meaning of paragraph 57(2)(a) of the *Unemployment Insurance Regulations*.

MAHONEY J.A.: I agree.

DESJARDINS J.A.: I concur.

Ainsi, la fiducie par déduction signifie dans cette doctrine que le bien doit revenir au constituant<sup>9</sup>.

En l'espèce, l'employeur perdit la garde de l'argent avec le versement du 5 janvier 1988. Il n'a pas pris possession de l'argent à titre de paye de vacances destinée à l'employé pour y prétendre ensuite lui-même à titre de propriétaire véritable. La doctrine de la fiducie par déduction est inapplicable en l'espèce pour la même raison que celle pour laquelle la doctrine de la fiducie par interprétation est inapplicable. Le bien en question n'est plus entre les mains de l'employeur. Il a été versé à l'employé qui l'a reçu conformément aux stipulations de la convention collective.

#### DÉCISION

Par ces motifs, je me prononce pour l'accueil de la demande, l'annulation de la décision du juge-arbitre en date du 11 avril 1990, et le renvoi de l'affaire à un juge-arbitre pour nouvelle instruction conforme à la conclusion que la paye de vacances versée par l'employeur à l'intimé par chèque d'un montant de 1 403 \$ et daté du 5 janvier 1988 était la «rémunération» au sens de l'alinéa 57(2)a) du *Règlement de l'assurance-chômage*.

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

<sup>9</sup> See e.g. the discussion of Professor Waters in *Law of Trusts in Canada*, *supra*, at pp. 374-375.

<sup>9</sup> Voir l'analyse du professeur Waters dans *Law of Trusts in Canada*, *op cit.*, aux p. 374 et 375.

T-617-85

T-617-85

**Montana Band, Chief Leo Cattleman, Marvin Buffalo, Rema Rabbit, Carl Rabbit and Darell Strongman, suing on their own behalf and on behalf of all other members of the Montana Indian Band, all of whom reside on the Montana Reserve No. 139, in the Province of Alberta (Plaintiffs)**

v.

**Her Majesty the Queen (Defendant)**

*INDEXED AS: MONTANA BAND v. CANADA (T.D.)*

Trial Division, Strayer J.—Ottawa, January 9 and February 1, 1991.

*Practice — Parties — Third party proceedings — Motion to strike third party notice against Chief and Councillors of Samson and Ermineskin Bands — Montana Band claiming breach of fiduciary duty by Crown regarding reserve land for which Crown taking surrender from remnants of Bobtail Band — Profound issues of continuity of liability of Indian bands and exigibility of present Band assets in lieu of previous assets not to be decided on interlocutory motion — Defence in main action need not be same as statement of claim in third party proceedings — Pleading including third party notice — Nature of third party notice and right of parties to resort thereto — Facts on which plaintiff relies against defendant should issue out of relations between defendant and third party.*

*Practice — Parties — Joinder — Motion to add Chief and Councillors of Samson and Ermineskin Bands as defendants to action, by another Band, against Crown for breach of fiduciary duty, equitable fraud and fraudulent breach of trust — Plaintiff claiming interest in reserve for which Crown obtaining surrender in 1909 from remnants of Bobtail Band (whose members now belong to Samson and Ermineskin Bands) — Addition not “necessary to ensure that all matters in dispute in the action be effectually and completely determined and adjudicated upon”: R. 1716(2)(b) — Doubtful Court having jurisdiction between subjects or statement of claim asserting claim to which Bands relevant parties.*

*Federal Court jurisdiction — Trial Division — Motion to strike third party notice — Crown claiming relief over against Samson and Ermineskin Bands if found Bobtail Band, whose members now belonging to those Bands, had no rights in reserve surrendered to Crown in 1909 — Court having jurisdiction — Application of test in ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al. — Statutory grant of jurisdiction by federal Parliament under Federal Court Act, s. 17(4), (5)(a) — S. 17(4) applicable to conflicting claims by independent parties as well as to conflicting claims*

**La bande Montana, chef Leo Cattleman, Marvin Buffalo, Rema Rabbit, Carl Rabbit et Darell Strongman, poursuivant en leur propre nom et au nom de tous les autres membres de la bande indienne Montana, tous résidant dans la réserve Montana n° 139, province de l'Alberta (demandeurs)**

v.

**Sa Majesté la Reine (défenderesse)**

*RÉPERTORIÉ: BANDE MONTANA c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)*

*c* Section de première instance, juge Strayer—Ottawa, 9 janvier et 1<sup>er</sup> février 1991.

*Pratique — Parties — Procédure de mise en cause — Requête en radiation de l'avis à la tierce partie contre le chef et les conseillers des bandes Samson et Ermineskin — La bande Montana allègue que la Couronne a violé son obligation fiduciaire relativement aux terres de la réserve qui lui avaient été cédées par les derniers membres de la bande Bobtail — Le caractère permanent de la dette des bandes indiennes et l'exigibilité de l'actif actuel des bandes à la place de leur actif passé sont des questions profondes qu'il n'y a pas lieu de décider au stade d'une requête interlocutoire — Il n'est pas nécessaire que la défense dans l'action principale soit identique à la déclaration dans l'action en garantie — La notion de plaidoirie comprend l'avis à la tierce partie — Nature de l'avis à la tierce partie et droit des parties de s'en prévaloir — Les faits sur lesquels la demanderesse s'appuie devraient découler des relations entre le défendeur et la tierce partie.*

*Pratique — Parties — Jonction — Requête en vue d'ajouter le chef et les conseillers des bandes Samson et Ermineskin à titre de défendeurs dans l'action, par une autre bande, contre la Couronne pour violation de l'obligation fiduciaire, fraude d'équité et abus de confiance frauduleux — La demanderesse allègue qu'elle a un droit sur la réserve pour laquelle la Couronne a obtenu une cession en 1909 auprès des derniers membres de la bande Bobtail (lesquels sont maintenant membres des bandes Samson et Ermineskin) — En vertu de la Règle 1716(2)(b), l'ajout n'est pas «nécessaire pour assurer qu'on pourra valablement et complètement juger toutes les questions en litige dans l'action et statuer sur elles» — Il est douteux que la Cour ait compétence sur un tel litige entre administrés ou que la déclaration présente une demande à l'égard de laquelle les bandes seraient des parties pertinentes.*

*Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Requête en radiation de l'avis à la tierce partie — La Couronne demande un redressement de la part des bandes Samson et Ermineskin s'il est établi que la bande Bobtail dont les membres sont maintenant partie de ces bandes, n'avait aucun droit sur la réserve cédée à la Couronne en 1909 — La Cour a compétence — Application du critère formulé dans l'affaire ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics et autres — Attribution de compétence par le Parlement fédéral aux termes des art. 17(4), (5)a) de la Loi sur*

by one party — Crown contending no obligation to two parties and such obligations mutually exclusive — Existing federal common law relating to aboriginal title and statutory law (Indian Act in force in 1909) essential to disposition of Crown's claims.

Native peoples — Lands — Montana Band suing Crown for breach of trust in (1) taking by surrender of reserve lands from remnants of Bobtail Band and (2) subsequent disposition of lands — Montana Band claiming it had interest in lands prior to 1909 surrender — Bobtail Band remnants having joined Samson and Ermineskin Bands — Crown seeking relief over against Samson, Ermineskin Bands — Unnecessary latter Bands be joined as defendants for adjudication of matters litigated — Third party proceedings appropriate and Court having jurisdiction as both federal statute and common law essential to disposition of claims — Questions whether can be succession by present Band members to liability of deceased members and whether current Band assets exigible in lieu of previous assets not to be decided upon interlocutory motion as issues profound and no relevant authority cited — Nature of aboriginal rights — Different from common law succession principles.

The Crown sought directions as to the trial of matters referred to in the third party notice or an order joining the Chief and Councillors of the Samson and Ermineskin Indian Bands on their own behalf and on behalf of the respective band members as party defendants, and those Bands sought to strike the third party notices against them. The plaintiff Montana Band claims that prior to 1909 it had acquired an interest in Reserve No. 139 by virtue of which the Crown owed it a fiduciary duty in respect of the reserve. In 1909, the Crown obtained a surrender of the reserve from "remnants" of the Bobtail Band, who had become members of the Samson and Ermineskin Bands. The Montana Band argued that this surrender was void *ab initio* and the surrender and subsequent disposition of the land and its proceeds was a breach of a fiduciary obligation and breach of trust by the Crown which amounted to equitable fraud, fraudulent breach of trust, and interference with statutory rights. The third party notice claimed that the Crown was entitled to contribution or indemnity from, or relief over against the Samson and Ermineskin Bands, if the plaintiff established that at the time of surrender the Bobtail Band had no rights in the reserve. Rule 1716(2)(b) permits the Court to add as a party any person whose presence before the Court is "necessary to ensure that all matters in dispute may be . . . completely determined". The third parties challenged the Court's jurisdiction *ratione materiae*. They further contended that the third party notices disclosed no reasonable cause of action because only two of the present members of the Ermineskin Band were alive in 1909 and there could be no succession by present Band members to the liability of deceased Band members. Furthermore, none of the funds arising from disposition of the Reserve were still in the hands of the

la Cour fédérale — L'art. 17(4) vise les demandes contradictoires par des parties indépendantes ainsi que les demandes contradictoires d'une partie — La Couronne prétend qu'elle n'a pas d'obligation envers les deux parties et que de telles obligations sont mutuellement exclusives — La common law fédérale actuelle relative au titre autochtone et le droit législatif (Loi des Sauvages, en vigueur en 1909) sont essentiels pour statuer sur les demandes de la Couronne.

Peuples autochtones — Terres — La bande Montana poursuit la Couronne pour abus de confiance (1) pour avoir accepté la cession des terres de la réserve des derniers membres de la bande Bobtail et (2) pour avoir disposé par la suite de ces terres — La bande Montana allègue qu'elle avait un droit sur les terres avant leur cession en 1909 — Les derniers membres de la bande Bobtail s'étaient joints aux bandes Samson et Ermineskin — La Couronne appelle les bandes Samson et Ermineskin en garantie — Il n'est pas nécessaire que ces dernières bandes soient jointes à titre de défendeurs pour juger les questions en litige — L'action en garantie est appropriée et la Cour a compétence puisque le droit législatif fédéral et la common law fédérale sont essentiels au règlement des demandes — La question de savoir si les membres actuels de la bande peuvent, par succession, être tenus à la dette des membres décédés et celle de savoir si l'actif actuel de la bande peut être exigible à la place de l'actif antérieur n'ont pas à être tranchées au stade d'une requête interlocutoire puisqu'il s'agit là de questions profondes et où aucun précédent de jurisprudence ou de doctrine pertinent n'a été cité — Nature des droits autochtones — Différents des principes de common law en matière de succession.

La Couronne a voulu obtenir des instructions sur le jugement des questions mentionnées dans l'avis à la tierce partie ou une ordonnance afin d'ajouter le chef et les conseillers des bandes Samson et Ermineskin, poursuivis en leur propre nom et au nom des membres de leurs bandes respectives, à titre de codéfendeurs, et ces bandes ont voulu faire radier les avis aux tierces parties à leur encontre. La bande de Montana, demanderesse, prétend avoir acquis avant 1909 un droit sur la réserve n° 139, droit en vertu duquel la Couronne avait, envers elle, une obligation fiduciaire en ce qui concerne la réserve. En 1909, la Couronne a obtenu une cession de la réserve auprès des derniers membres de la bande Bobtail, lesquels étaient devenus membres des bandes Samson et Ermineskin. La bande Montana a plaidé que cette cession était nulle dès le départ et que la cession, la vente subséquentes de la terre et la disposition de son produit représentaient une violation de l'obligation fiduciaire et un abus de confiance par la Couronne, lesquels constituaient une fraude d'*equity*, un abus de confiance frauduleux et une violation des droits de la demanderesse en vertu de la loi. Dans l'avis à la tierce partie, il était allégué que la Couronne avait le droit de recevoir une contribution ou une indemnité ou de demander un redressement de la part des bandes Samson et Ermineskin si la demanderesse établissait qu'au moment de la cession, la bande Bobtail n'avait aucun droit sur la réserve. En vertu de la Règle 1716(2)(b), la Cour peut constituer partie toute personne dont la présence est «nécessaire pour assurer qu'on pourra complètement juger toutes les questions en litige». Les tierces parties ont contesté la compétence *ratione materiae* de la Cour. Elles soutenaient en outre que l'avis à la tierce partie ne révélait aucune cause raisonnable d'action du fait que seulement deux des membres actuels de la bande Ermineskin étaient vivants en

Band or the Crown and current Band assets could not be exigible in lieu of previous Band assets that might have been subject to some charge. The plaintiff also argued that the third party notice was inconsistent with the defence. It was argued that the basis of the Crown's claims against the third parties (if it had owed a duty to the plaintiff which it had breached, it had claims against the third parties for misrepresentation) was different from the basis of its defence against the plaintiff's claim (the plaintiffs had no rights in the reserve). Finally, the plaintiff argued that the claims in the third party notice could not arise out of the defendant being found liable to the plaintiff. The plaintiff's claims were based on the existence of fraud or intentional wrongdoing by the defendant, whereas the third party notice claimed that the defendant was the innocent victim of misrepresentations or fraud practised by third parties. Therefore, if the plaintiff did not establish intentional wrongdoing, the defendant would not be liable for sums in respect of which it has claimed relief over.

*Held*, the motions to strike the third party notice and to add the bands as defendants should be dismissed. The motion for directions should be adjourned *sine die*.

It did not appear that the addition of the Ermineskin and Samson Bands as defendants was, in the words of Rule 1716(2)(b), necessary to ensure that all matters in dispute could be adjudicated upon. Further, it was clear neither that the Court had, under the *Federal Court Act*, jurisdiction between subjects in a case such as this, nor that such a claim would be based on any "law of Canada". The statement of claim did not directly assert any claim to which the Samson and Ermineskin Bands would be relevant parties.

Applying the test set out in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, the Court had jurisdiction to entertain the claims in the third party notices. There was a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament under *Federal Court Act*, paragraph 17(5)(a) which gives the Trial Division concurrent original jurisdiction in civil proceedings in which the Crown claims relief. That describes the whole of the proceedings contemplated by the third party notice. Some of those proceedings would also fall within subsection 17(4), which gives the Trial Division exclusive original jurisdiction over proceedings where the Crown is under an obligation in respect of which there may be conflicting claims. Subsection 17(4) is not limited to situations where two or more parties have independently initiated conflicting claims, but covers as well situations where the Crown denies obligations to both parties where such obligations are mutually exclusive.

1909 et que les membres actuels de la bande ne pouvaient pas succéder dans les dettes des membres défunts de la bande. En outre, ni la bande, ni la Couronne n'avaient plus aucun des fonds tirés de la vente de la réserve et l'actif actuel de la bande ne pouvait pas être grevé, à la place de l'actif antérieur de la bande qui aurait pu avoir certaines charges. La demanderesse a également plaidé que l'avis à la tierce partie était incompatible avec la défense. Il a été plaidé que le fondement des demandes de la Couronne à l'encontre des tierces parties (à savoir, si elle avait une obligation envers la demanderesse, et que cette obligation aurait été violée, elle avait différents recours à l'encontre des tierces parties fondées sur la fausse représentation) différerait de celui de la défense à l'encontre de l'action de la demanderesse (les demandeurs n'avaient aucun droit sur la réserve). Enfin, la demanderesse a plaidé que les demandes dans l'avis à la tierce partie ne pouvaient pas découler du fait que la défenderesse verrait sa responsabilité engagée vis-à-vis de la demanderesse. Les réclamations de la demanderesse étaient fondées sur l'existence d'une fraude ou d'un préjudice intentionnel par la défenderesse tandis que selon l'avis à la tierce partie, la défenderesse était la victime innocente de déclarations erronées ou de la fraude pratiquée par des tierces parties. Par conséquent, si la demanderesse n'établissait pas de préjudice intentionnel, la défenderesse ne serait pas responsable du paiement des sommes qu'elle pouvait revendiquer.

*Jugement*: les requêtes visant à obtenir la radiation des avis aux tierces parties et à ajouter les bandes à titre de parties défenderesses devraient être rejetées. La requête pour obtenir des instructions devrait être ajournée *sine die*.

L'ajout des bandes Ermineskin et Samson à titre de défenderesses ne semblait pas, selon la formulation de la Règle 1716(2)(b), nécessaire pour assurer qu'on pourrait juger toutes les questions en litige. En outre, il ne semblait pas non plus évident que la Cour avait, en vertu de la *Loi sur la Cour fédérale*, compétence sur un litige entre administrés dans un cas comme l'espèce, ni qu'une telle demande était fondée sur une «loi du Canada». La déclaration ne présentait directement aucune demande dans laquelle les bandes Samson et Ermineskin pourraient être des parties pertinentes.

Conformément aux critères formulés dans l'affaire *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autres*, la Cour a compétence pour connaître des demandes exposées dans les avis aux tierces parties. Il y avait eu attribution de compétence par le Parlement fédéral aux termes de l'alinéa 17(5)a de la *Loi sur la Cour fédérale*, lequel accorde à la Section de première instance compétence concurrente, en première instance, dans les actions intentées au civil par la Couronne. Il s'agit là d'une description complète des procédures envisagées par l'avis à la tierce partie. Une partie de ces procédures serait aussi visée par le paragraphe 17(4), laquelle accorde à la Section de première instance la compétence exclusive, en première instance, dans les procédures mettant en cause la Couronne à propos d'une obligation éventuelle pouvant faire l'objet de demandes contradictoires. Le paragraphe 17(4) n'est pas limité à des cas où deux parties ont formulé de façon indépendante des demandes contradictoires mais couvre aussi des cas où la Couronne nie des obligations envers les deux parties lorsque ces deux obligations sont mutuellement exclusives.

There was existing federal statute and common law which was essential to the disposition of the Crown's claims against the Samson and Ermineskin Bands. There is a federal common law relating to aboriginal title which underlies the fiduciary nature of the Crown's obligations to Indian bands. The Crown's recourse against a band which has mistakenly claimed to be the beneficiary of a fiduciary relationship, or has wrongly received benefits thereunder must also develop as part of the federal common law in respect of aboriginal title. The *Indian Act* in force in 1909 would be a major factor in determining whether the Crown and third parties had acted lawfully in respect of the surrender of the reserve. Even if the Crown's claim against the third parties was a matter of property and civil rights, it is sufficient for Federal Court jurisdiction if the essential relationships out of which the claim arises are created by federal law.

The inadmissibility of the Crown's claim was not "plain and obvious". The continuity of the liability of Indian bands and the exigibility of present Band assets in lieu of previous Band assets are profound issues which should not be disposed of on an interlocutory motion to strike.

A third party notice is a pleading within Rule 2, as it defines a claim. Rule 419 permits the Court to strike anything in a pleading which is a departure from a previous pleading. This does not, however, mean that there must be perfect symmetry between the defence in the main action and the statement of claim in the third party proceeding. What is central to resorting to third party proceedings is that the facts upon which the plaintiff relies against the defendant should issue out of the relations between the defendant and the third party. Here the plaintiff must demonstrate that the Crown in accepting the surrender was dealing with the wrong parties. Therefore the facts upon which the plaintiff relies issue in part out of the relations between the defendant and the third party.

The third party notice should not be struck on an interlocutory motion in light of the complexity of the claims and interrelationships. The statement of claim did not exclusively allege intentional misconduct. The plaintiff could succeed on some of its claims simply by proving negligence or even innocent paternalism. The Crown could then be found liable in respect of facts out of which some legitimate claims, as described in the third party notice, might arise against the third parties who allegedly misrepresented their interest in the reserve.

Third party proceedings were appropriate because the facts pertinent to claims in both the statement of claim and the third party notice were identical or closely related and should be tried together. The third parties should be bound by the findings of the Court in the plaintiffs' action and there should not be a multiplicity of proceedings.

Il existait une loi et de la common law fédérales qui étaient essentielles au règlement des demandes de la Couronne à l'encontre des bandes Samson et Ermineskin. Il existe une common law fédérale qui porte sur le titre autochtone sous-jacent à la nature fiduciaire des obligations de la Couronne envers les bandes indiennes. Le recours de la Couronne à l'encontre de la bande qui a prétendu de façon erronée être le bénéficiaire d'une relation fiduciaire ou qui a, à tort, reçu des avantages de ce fait doit aussi être mis en œuvre en tant que partie de la common law fédérale sur le titre autochtone. La *Loi des Sauvages* qui était en vigueur en 1909 constituerait un facteur important pour déterminer si la Couronne et les tierces parties ont agi légitimement en ce qui concerne la cession de la réserve. Même si la demande de la Couronne à l'encontre des tierces parties était une affaire de propriété et de droits civils, il est suffisant pour la compétence de la Cour fédérale si les liens essentiels à partir desquels la demande est formulée sont créés en vertu d'une loi fédérale.

L'inadmissibilité de la demande de la Couronne n'était pas «simple et évidente». Le caractère permanent de la dette des bandes indiennes et l'exigibilité de l'actif actuel des bandes à la place de l'actif antérieur des bandes sont des questions profondes qu'il ne convient pas de trancher à l'étape d'une requête interlocutoire en radiation.

Un avis à la tierce partie est une plaidoirie visée par la Règle 2, puisqu'elle définit une demande. La Règle 419 qui permet à la Cour de radier quoi que ce soit dans une plaidoirie constitue une déviation d'une plaidoirie antérieure. Toutefois, cela ne veut pas dire qu'il doive y avoir une symétrie parfaite entre la défense dans l'action principale et la déclaration dans l'action en garantie. L'essentiel du recours à l'action en garantie est que les faits sur lesquels s'appuie le demandeur à l'encontre du défendeur devaient découler des relations entre le défendeur et la tierce partie. En l'espèce, la demanderesse doit démontrer que la Couronne, en acceptant la cession, ne traitait pas avec les bonnes parties. Par conséquent, les faits sur lesquels la demanderesse s'appuie découlent en partie des relations entre le défendeur et la tierce partie.

L'avis à la tierce partie ne devrait pas être radié dans le cadre d'une requête interlocutoire, vu la complexité des demandes et des relations qu'il y a entre elles. La déclaration n'alléguait pas exclusivement une mauvaise conduite intentionnelle. La demanderesse pourrait triompher dans certaines de ces demandes en prouvant tout simplement la négligence ou même un paternalisme innocent. Il se pourrait que la Couronne soit alors jugée responsable au regard des faits ayant donné naissance à certaines demandes légitimes, comme les décrit l'avis à la tierce partie, à l'encontre des tierces parties ou qui, selon les allégations, ont déclaré à tort qu'elles avaient des droits sur la réserve.

L'action en garantie était appropriée parce que les faits pertinents à des actions, à la fois dans la déclaration et dans l'avis à la tierce partie étaient identiques ou étroitement liés et devraient être jugés ensemble. Les tierces parties devraient être liées par les conclusions de la Cour dans l'action de la demanderesse et il ne devrait pas y avoir une multiplicité d'instances.

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. 101. *a*

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 17(4),(5)(a).

*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 2(1), 419(1)(e), 1716(2)(b), 1726 (as am. by SOR/79-57, s. 26), 1729.

*Indian Act*, R.S.C. 1906, c. 81, ss. 17, 18, 48, 49. *b*

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322; [1989] 3 W.W.R. 117; (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 1; 25 F.T.R. 161; 92 N.R. 241; *Rhine v. The Queen*; *Prytula v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 442; (1980), 116 D.L.R. (3d) 385; 34 N.R. 290; *Allan v. Bushnell T.V. Co. Ltd.*; *Broadcast News Ltd., Third Party*, [1968] 1 O.R. 720; (1968), 67 D.L.R. (2d) 499 (C.A.). *d*

## CONSIDERED:

*Guerin v. R.*, [1982] 2 F.C. 385; [1982] 2 C.N.L.R. 83; (1981), 10 E.T.R. 61 (T.D.); *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; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1. *e*

## REFERRED TO:

*Oag v. Canada*, [1987] 2 F.C. 511; (1987), 33 C.C.C. (3d) 430; 73 N.R. 149 (C.A.); *Kigowa v. Canada*, [1990] 1 F.C. 804; (1990), 67 D.L.R. (4th) 305; 10 Imm. L.R. (2d) 161; 105 N.R. 278 (C.A.); *The Queen v. F.E. Cummings Construction Co. Ltd.*, [1974] 2 F.C. 9 (T.D.); *Davie Shipbuilding Limited v. The Queen*, [1984] 1 F.C. 461; 4 D.L.R. (4th) 546; 53 N.R. 50 (C.A.). *h*

## COUNSEL:

*Thomas R. Berger* and *Gary A. Nelson* for plaintiffs. *i*

*David Akman* for defendant.

*Lewis F. Harvey* for third party, the Ermineskin Band.

*Edward A. Molstad, Q.C.* for third party, the Samson Band. *j*

## LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 101.

*Loi des sauvages*, S.R.C. 1906, chap. 81, art. 17, 18, 48, 49.

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 17(4),(5)a).

*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663, Règles 2(1), 419(1)e, 1716(2)b, 1726 (mod. par DORS/79-57 art. 26), 1729.

## c JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS SUIVIES:

*ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autres*, [1986] 1 R.C.S. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; [1989] 3 W.W.R. 117; (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 1; 25 F.T.R. 161; 92 N.R. 241; *Rhine c. La Reine*; *Prytula c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 442; (1980), 116 D.L.R. (3d) 385; 34 N.R. 290; *Allan v. Bushnell T.V. Co. Ltd.*; *Broadcast News Ltd., Third Party*, [1968] 1 O.R. 720; (1968), 67 D.L.R. (2d) 499 (C.A.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Guerin c. R.*, [1982] 2 C.F. 385; [1982] 2 C.N.L.R. 83; (1981), 10 E.T.R. 61 (1<sup>re</sup> inst.); *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; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Oag c. Canada*, [1987] 2 C.F. 511; (1987), 33 C.C.C. (3d) 430; 73 N.R. 149 (C.A.); *Kigowa c. Canada*, [1990] 1 C.F. 804; (1990), 67 D.L.R. (4th) 305; 10 Imm. L.R. (2d) 161; 105 N.R. 278 (C.A.); *La Reine c. F.E. Cummings Construction Co. Ltd.*, [1974] 2 C.F. 9 (1<sup>re</sup> inst.); *Davie Shipbuilding Limited c. La Reine*, [1984] 1 C.F. 461; 4 D.L.R. (4th) 546; 53 N.R. 50 (C.A.).

## AVOCATS:

*Thomas R. Berger* et *Gary A. Nelson* pour les défendeurs.

*David Akman* pour la défenderesse.

*Lewis F. Harvey* pour la bande Ermineskin, tierce partie.

*Edward A. Molstad, c.r.* pour la bande Samson, tierce partie.



## SOLICITORS:

*Thomas R. Berger*, Vancouver, for plaintiffs.

*Deputy Attorney General of Canada* for defendant. <sup>a</sup>

*Davis & Company*, Vancouver, for third party, the Ermineskin Band.

*Molstad Gilbert*, Edmonton, for third party, the Samson Band. <sup>b</sup>

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

STRAYER J.:

Relief Requested

Four motions were heard together on January 9, 1991, as follows:

(1) a motion by Her Majesty under Rule 1729 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] seeking directions as to the trial of matters referred to in the third party notice it had served on the Chief and Councillors of the Samson and Ermineskin Indian Bands of intention to sue them on their own behalf and on behalf of the members of their respective bands; <sup>d</sup>

(2) a motion by Her Majesty (in effect in the alternative) for an order under Rule 1716(2)(b) joining the Chief and Councillors of those bands, sued on their own behalf and on behalf of the members of their respective bands, as party defendants in the within action; <sup>f</sup>

(3) a motion on behalf of the Ermineskin Band seeking leave to file a conditional appearance and an order striking out the third party notice against it referred to above; and <sup>g</sup>

(4) a motion by the Samson Band for an order striking out the third party notice against it as referred to above. <sup>h</sup>

The Crown's motion for directions as to the trial of matters referred to in the third party notice was not argued, counsel for the plaintiffs and the defendant both having indicated that this matter should be dealt with later. <sup>j</sup>

## PROCUREURS:

*Thomas R. Berger*, Vancouver, pour les demandeurs.

*Le sous-procureur général du Canada* pour la défenderesse. <sup>a</sup>

*Davis & Company*, Vancouver, pour la bande Ermineskin, tierce partie.

*Molstad Gilbert*, Edmonton, pour la bande Samson, tierce partie. <sup>b</sup>

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

LE JUGE STRAYER:

Réparation demandée

Quatre requêtes ont été entendues ensemble, le 9 janvier 1991, à savoir:

(1) une requête faite par Sa Majesté conformément à la Règle 1729 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663] pour obtenir des instructions sur le jugement des questions mentionnées dans l'avis à la tierce partie qu'elle avait signifié au chef et aux conseillers des bandes indiennes Samson et Ermineskin de son intention de les poursuivre en leur propre nom et au nom de leurs bandes respectives; <sup>d</sup>

(2) une requête faite par Sa Majesté (en fait à titre subsidiaire), en vue d'obtenir une ordonnance conformément à la Règle 1716(2)(b), afin d'ajouter le chef et les conseillers de ces bandes, poursuivis en leur propre nom et au nom des membres de leurs bandes respectives, à titre de codéfendeurs dans la présente action; <sup>e</sup>

(3) une requête faite au nom de la bande Ermineskin en vue d'obtenir l'autorisation de déposer une comparution conditionnelle et une ordonnance de radiation de l'avis à tierce partie à son encontre, qui est mentionné ci-dessus; et <sup>g</sup>

(4) une requête formulée par la bande Samson en vue d'obtenir une ordonnance de radiation de l'avis à la tierce partie à son encontre, qui est mentionné ci-dessus. <sup>h</sup>

La requête de la Couronne pour obtenir des instructions sur le jugement des questions mentionnées dans l'avis à la tierce partie n'a pas été plaidée, les avocats des demandeurs et de la défenderesse ayant tous deux indiqué que cette question devrait être traitée ultérieurement. <sup>i</sup>

The Chief and Councillors of each band, suing or sued on their own behalf and on behalf of the members of that band, will be referred to collectively hereinafter as the Montana Band (or "the plaintiff"), the Ermineskin Band and the Samson Band (or "the third parties") respectively.

### Facts

Briefly stated, the essential facts as alleged to date in the pleadings are as follows. The plaintiff Montana Band claims that it had acquired an interest before 1909 in Reserve No. 139 near Hobbema, Alberta, a reserve which it says was previously known as the Bobtail Reserve of which the Bobtail Band was the beneficial owner. The plaintiff alleges that the Bobtail Band had abandoned this reserve before 1909. It states that by 1909 the defendant Crown owed the Montana Band a fiduciary duty in respect of Reserve No. 139, then occupied by the Montana Band, of the same nature as the Crown owes to other bands in respect of their recognized reserves. The plaintiff Band complains that in 1909 the defendant Crown purported to obtain a surrender of Reserve No. 139 from "remnants" of the Bobtail Band who had by that time become members of the Samson and Ermineskin Bands located on adjacent reserves. It says that this surrender was void *ab initio* and the taking thereof amounted to the breach of a fiduciary obligation and a breach of trust by the Crown, as did the subsequent sale or other disposition of the land and its proceeds. The plaintiff alleges against the Crown a breach of fiduciary obligation amounting to equitable fraud, fraudulent breach of trust, and interference with statutory rights of the plaintiff. It seeks declarations which will be discussed later, an order for an accounting of the proceeds of the sale of the lands, damages and compensation.

The defendant Crown filed a third party notice directed to the Samson Band and the Ermineskin Band under Rule 1726 [as am. by SOR/79-57, s. 26], claiming to be entitled to contribution or indemnity from, or to relief over against, those

Le chef et les conseillers de chaque bande, en demande ou en défense, en leur propre nom et au nom des membres de la bande seront désignés conjointement par la suite comme la bande Montana (ou «la demanderesse»), la bande Ermineskin et la bande Samson (ou «les tierces parties»), respectivement.

### Faits

En bref, les faits essentiels allégués jusqu'à présent dans les plaidoiries sont les suivants. La demanderesse, la bande Montana, prétend avoir acquis un droit avant 1909 sur la réserve n° 139 située près de Hobbema (Alberta), réserve qui, selon elle, était auparavant appelée «réserve Bobtail» et dont la bande Bobtail était le propriétaire bénéficiaire. La demanderesse allègue que la bande Bobtail avait abandonné cette réserve avant 1909. Elle déclare qu'en 1909, la Couronne défenderesse avait, envers la bande Montana, une obligation fiduciaire en ce qui concerne la réserve n° 139 alors occupée par la bande Montana, de la même nature que ce que la Couronne doit aux autres bandes en ce qui concerne leurs réserves reconnues. La bande demanderesse se plaint qu'en 1909, la Couronne défenderesse a cherché à obtenir une cession de la réserve n° 139 auprès des derniers membres de la bande Bobtail et qui, à ce moment-là, étaient devenus membres des bandes Samson et Ermineskin situées sur les réserves adjacentes. Elle déclare que cette cession était nulle dès le départ et que la prise des terres constituait une violation de l'obligation fiduciaire et un abus de confiance par la Couronne, tout comme l'ont été la vente subséquente ou toute autre disposition de la terre et de son produit. La demanderesse allègue, à l'encontre de la Couronne, une violation de l'obligation fiduciaire qui constitue une fraude d'équité, un abus de confiance frauduleux et une violation des droits de la demanderesse en vertu de la loi. Elle cherche à obtenir des déclarations qui seront discutées ultérieurement, une ordonnance en vue de la comptabilisation du produit de la vente des terres, des dommages et intérêts et une indemnisation.

La Couronne défenderesse a produit un avis à la tierce partie destiné à la bande Samson et à la bande Ermineskin conformément à la Règle 1726 [mod. par DORS/79-57, art. 26], et elle prétend avoir le droit de recevoir une contribution ou une

bands. The Crown states in this notice that if the plaintiff is able to establish certain allegations in the statement of claim to the effect that at the time of the surrender the Bobtail Band had no rights in Reserve No. 139, then the defendant Crown would be entitled to contribution, indemnity, or relief over, such relief including: a declaration that the Crown holds any proceeds from the disposition of the lands for the benefit of the plaintiff and not for the benefit of the Samson and Ermineskin Bands to whom proceeds were to be paid under the terms of surrender; a declaration that it holds a portion of the Samson Reserve which had been transferred from Reserve No. 139, in trust for the Montana Band and not for the Samson Band; an accounting by the Samson and Ermineskin Bands for proceeds paid to them from disposition of the land in question; declarations that those two bands hold such proceeds in trust for the defendant Crown; and an order that those bands indemnify the defendant Crown for all damages and compensation for which the Crown may be adjudged liable to the plaintiff. The defendant filed, at the same time as the third party notice, a defence which was subsequently served in respect of the principal action. Suffice it to say that in that defence the Crown essentially denies that the plaintiff has any right to the reserve in question.

### Conclusions

#### (1) Directions on Third Party Notice.

As noted, counsel for the plaintiff and the defendant both suggested that this matter be dealt with later, counsel for the defendant suggesting that directions might be settled by agreement. Counsel for the third parties took no position on this matter. For reasons which will become apparent, I am adjourning this motion *sine die* in the hope that agreement can be reached on a set of directions having regard to my reasons herein.

indemnité ou de demander un redressement de la part de ces bandes. La Couronne déclare dans son avis que, si la demanderesse est capable d'établir certaines allégations dans la déclaration, à savoir qu'au moment de la cession, la bande Bobtail n'avait aucun droit sur la réserve n° 139, alors la Couronne défenderesse aurait droit à une contribution, à une indemnité ou à un redressement, ceci comprenant, entre autres, une déclaration selon laquelle la Couronne détient le produit de la vente des terres faite au profit de la demanderesse et non pas au profit des bandes Samson et Ermineskin auxquelles le produit devait être versé d'après les conditions de la cession; une déclaration selon laquelle elle détient une partie de la réserve de Samson qui a été transférée de la réserve n° 139, en fiducie pour la bande Montana et non pas pour la bande Samson; une comptabilisation pour les bandes Samson et Ermineskin en ce qui concerne le produit qui leur a été payé à la suite de la vente des terres en cause; des déclarations selon lesquelles ces deux bandes détiennent le produit en fiducie pour la Couronne défenderesse et une ordonnance selon laquelle les bandes doivent indemniser la Couronne défenderesse pour tous les dommages et lui verser une compensation correspondant à l'indemnisation dont la Couronne pourrait être redevable envers la demanderesse. La défenderesse a déposé en même temps que l'avis à la tierce partie une défense qui a, par la suite, été signifiée en ce qui concerne l'action principale. Il suffit de dire que dans cette défense, la Couronne nie essentiellement que la demanderesse ait eu aucun droit sur la réserve en cause.

### Conclusions

#### (1) Instructions sur l'avis à la tierce partie.

Comme il a été noté, les avocats de la demanderesse et de la défenderesse ont tous les deux suggéré que cette question soit traitée ultérieurement, et l'avocat de la défenderesse a suggéré que les instructions pourraient être réglées par voie conventionnelle. L'avocat des tierces parties n'a pris aucune position sur la question. Pour des raisons qui deviendront apparentes, j'ajourne cette requête *sine die* en espérant qu'un accord puisse être obtenu sur une série d'instructions en ce qui concerne mes présents motifs.

(2) Addition of Samson and Ermineskin  
Bands as Defendants.

I am dismissing this motion. I am not satisfied that the addition of the Ermineskin and Samson Bands as defendants is, in the words of Rule 1716(2)(b), “necessary to ensure that all matters in dispute in the action may be effectually and completely determined and adjudicated upon . . .” Further, it is not apparent to me that any section of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] purports to give this Court jurisdiction between subjects in a case such as this, quite apart from whether such a claim would be based on any “law of Canada”. Further, it is not clear to me that the statement of claim, as presently framed, directly asserts any claim to which the Samson and Ermineskin Bands would be relevant parties.

(3) and (4) Motions to Strike Third  
Party Notice.

Both of the third parties challenge the jurisdiction of this Court to entertain the claims described against them in the third party notice. Although the Ermineskin Band asked for leave to file a conditional appearance to challenge the jurisdiction of the Court, this was not pursued and I did not consider it necessary. I understand this to be a challenge to the jurisdiction of the Court *ratione materiae*. Such a challenge may be raised at any time and, indeed, the Court may raise such matter itself. Further, Rule 1729(2) expressly refers to the power of the Court to strike out a third party notice when an application is made for directions as to trial of the matters referred to therein, and it appears to me that it is open to a third party to raise the question of jurisdiction among other objections to the third party notice at that time.

It is common ground that the established test for jurisdiction of this Court was set out by McIntyre J. in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*<sup>1</sup> as follows:

<sup>1</sup> [1986] 1 S.C.R. 752, at p. 766.

(2) Ajout des bandes Samson et Ermineskin  
à titre de défenderesses.

Je rejette cette requête. Je ne suis pas convaincu que l'ajout des bandes Ermineskin et Samson à titre de défenderesses soit, selon la formulation de la Règle 1716(2)b), «nécessaire pour assurer qu'on pourra valablement et complètement juger toutes les questions . . .» En outre, il ne me semble pas que la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7] comporte un article qui vise à donner à cette Cour une compétence sur un litige entre administrés dans un cas comme l'espèce, tout à fait indépendamment de la question de savoir si une demande serait fondée sur «une loi du Canada». En outre, il ne me semble pas évident que la déclaration, dans sa formulation actuelle, présente directement une demande dans laquelle les bandes Samson et Ermineskin pourraient être des parties pertinentes.

(3) et (4) Requêtes en radiation de l'avis de  
tierce partie.

Les deux tierces parties contestent la compétence de la présente Cour pour juger des demandes formulées à leur encontre dans l'avis à la tierce partie. Bien que la bande Ermineskin ait demandé une autorisation de déposer une comparution conditionnelle pour contester la compétence de la Cour, ceci n'a pas été poursuivi et je ne le juge pas nécessaire. Ceci constitue selon moi une contestation de la compétence *ratione materiae* de la Cour. Une telle contestation peut être soulevée en tout temps et, en fait, la Cour peut soulever cette question elle-même. En outre, la Règle 1729(2) fait expressément référence au pouvoir de la Cour de radier un avis à la tierce partie lorsqu'une demande d'instructions est faite en ce qui concerne le jugement de questions mentionnées aux présentes, et il me semble qu'une tierce partie a le loisir de soulever la question de la compétence parmi les autres objections à l'avis à la tierce partie à ce moment-là.

Il est établi que le critère reconnu de la compétence de la présente Cour a été formulé par le juge McIntyre dans l'affaire *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autres*<sup>1</sup> de la manière suivante:

<sup>1</sup> [1986] 1 R.C.S. 752, à la p. 766.

1. There must be a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament.
2. There must be an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction.
3. The law on which the case is based must be "a law of Canada" as the phrase is used in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*.

With respect to the first test I am satisfied that this Court has jurisdiction under paragraph 17(5)(a) of the *Federal Court Act*<sup>2</sup> which provides as follows:

17. ...

(5) The Trial Division has concurrent original jurisdiction

(a) in proceedings of a civil nature in which the Crown or the Attorney General of Canada claims relief . . . .

That literally describes the whole of the proceedings contemplated by the third party notice. I believe that at least some of those proceedings would also fall within subsection 17(4) which provides:

17. ...

(4) The Trial Division has exclusive original jurisdiction to hear and determine proceedings to determine disputes where the Crown is or may be under an obligation, in respect of which there are or may be conflicting claims.

Among other claims made by the plaintiff, a declaration is sought that certain unalienated mineral rights in the reserve in question "are held in trust for the plaintiffs". It appears to me that this is a claim "conflicting" with possible claims of the Ermineskin and Samson Bands, since, according to the surrender document of June 12, 1909 (referred to by the plaintiff in its statement of claim) the balance of monies received from the sale of Reserve No. 139 (minus certain *per capita* distributions to members of various bands) was to be placed to the credit of the Samson and Ermineskin Bands. There is also a claim for a declaration that the Crown "held the subject lands under a fiduciary relationship" for the benefit of the plaintiff Band. This surely is inconsistent with the position of the defendant in paragraph 9(b) of the statement of defence that the "Indians of the Hobbema area" including several bands named therein "have been and continue to be the sole beneficiaries of the said surrender of 1909 and of the disposition

<sup>2</sup> R.S.C., 1985, c. F-7.

1. Il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral.

2. Il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence.

3. La loi invoquée dans l'affaire doit être «une loi du Canada» au sens où l'expression est employée à l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

En ce qui concerne le premier critère, je suis convaincu que la présente Cour a la compétence prévue à l'alinéa 17(5)a) de la *Loi sur la Cour fédérale*<sup>2</sup> qui dispose comme suit:

17. ...

(5) La Section de première instance a compétence concurrente, en première instance, dans les actions en réparation intentées:

a) au civil par la Couronne ou le procureur général du Canada . . . .

Il s'agit là d'une description littéralement complète des procédures envisagées par l'avis à la tierce partie. J'estime qu'au moins une partie de ces procédures serait aussi visée par le paragraphe 17(4) selon lequel:

17. ...

(4) La Section de première instance a compétence exclusive, en première instance, dans les procédures visant à régler les différends mettant en cause la Couronne à propos d'une obligation réelle ou éventuelle pouvant faire l'objet de demandes contradictoires.

La demanderesse demande aussi, entre autres, une déclaration selon laquelle certains droits miniers non aliénés sur la réserve en cause [TRADUCTION] «sont détenus en fiducie pour les demanderesses». Il me semble qu'il s'agit d'une demande qui entre en conflit avec des demandes éventuelles des bandes Ermineskin et Samson, puisque d'après le document de cession du 12 juin 1909 (mentionné par la demanderesse dans sa déclaration), le solde de l'argent reçu de la vente de la réserve n° 139 (moins certaines distributions *per capita* à des membres de différentes bandes) devait être versé au crédit des bandes Samson et Ermineskin. Elle réclame aussi une déclaration selon laquelle la Couronne «détenait les terres en cause en vertu d'une relation fiduciaire» au profit de la bande demanderesse. Ceci est tout à fait incompatible avec la position de la défenderesse au paragraphe 9b) de sa défense, à savoir que les «Indiens de la région d'Hobbema», y compris plusieurs bandes nommées dans sa défense [TRADUCTION] «ont été

<sup>2</sup> L.R.C. (1985), chap. F-7.

and sale of the reserve”—a position which recognizes a claim by the third parties to the same proceeds of surrender. Further, the plaintiff wants a declaration that the taking of the surrender, the sale and disposition of Reserve No. 139 “was a breach of fiduciary obligation” owed to themselves. This is clearly inconsistent with the surrender document which operates in favour of, *inter alia*, the Samson and Ermineskin Bands and the general responsibility which the Crown asserts it owed to the “Indians of the Hobbema area”. An assertion that the Crown owed a fiduciary obligation to the plaintiff Band in respect of Reserve No. 139 or its proceeds of sale is in effect an assertion that the Crown owed no fiduciary duty to the Samson and Ermineskin Bands in respect thereof. This surely gives rise to a “conflicting claim” to being the beneficiary of a fiduciary obligation. I do not understand subsection 17(4) to be limited to situations where two or more parties have independently initiated conflicting claims; it must also cover situations where the Crown contends that it does not owe, or has not owed, obligations to both parties where such obligations are mutually exclusive.

The more difficult question arises as to whether requirements 2 and 3 as set out in the *ITO* case are met: that is, is there an existing body of federal law essential to the disposition of the case “nourishing” the statutory grant of jurisdiction, which federal law is a “law of Canada” within the meaning of section 101 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]]? As recognized by Wilson J. in *Roberts v. Canada*<sup>3</sup> these two elements overlap and can be dealt with together. It appears to me that there is both federal statute law and federal common law which is essential to the disposition of the claims by the Crown against the Samson and Ermineskin Bands as contemplated by the third party notice. As recognized by the Supreme Court in the *Rob-*

<sup>3</sup> [1989] 1 S.C.R. 322, at pp. 330-331.

et continuent d’être les seuls bénéficiaires de ladite cession de 1909 et de l’aliénation et de la vente de la réserve», une position qui reconnaît une demande de la part des tierces parties sur le même produit de la cession. En outre, la demanderesse veut obtenir une déclaration selon laquelle la prise de la cession, l’aliénation et la vente de la réserve n° 139 constituaient une violation de l’obligation fiduciaire qui lui était due. Il s’agit là d’une incohérence évidente avec le document de cession qui existe en faveur, entre autres, des bandes Samson et Ermineskin et la responsabilité générale que la Couronne déclare devoir aux «Indiens de la région d’Hobbema». Une déclaration selon laquelle la Couronne a une obligation fiduciaire envers la bande demanderesse, en ce qui concerne la réserve n° 139 ou le produit de sa vente, constitue en fait une déclaration selon laquelle la Couronne n’avait aucun droit fiduciaire envers les bandes Samson et Ermineskin à cet égard. Ceci donne sûrement lieu à une «demande conflictuelle» quant au bénéficiaire d’une obligation fiduciaire. À mon sens, le paragraphe 17(4) n’est pas limité à des cas où deux parties ou plus ont formulé de façon indépendante des demandes conflictuelles; il doit aussi couvrir des cas où la Couronne prétend ne pas avoir ou ne pas avoir eu, par le passé, d’obligation envers les deux parties lorsque ces deux obligations sont mutuellement exclusives.

f

La question la plus difficile est celle qui se pose, à savoir si les exigences 2 et 3 formulées dans l’affaire *ITO* sont remplies, c’est-à-dire y a-t-il un ensemble de règles de droit fédéral essentiel à la solution du litige et qui «constitue» le fondement de l’attribution légale de compétence, et laquelle loi est «une loi du Canada» au sens où l’expression est employée à l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11* (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982, n° 1*] [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]]? Comme l’a admis le juge Wilson dans la décision *Roberts c. Canada*<sup>3</sup>, ces deux éléments se chevauchent et peuvent être traités ensemble. Il me semble qu’il y a à la fois du droit législatif fédéral et de la common law fédérale qui est essentiel au règlement de ces demandes de la Couronne à

<sup>3</sup> [1989] 1 R.C.S. 322, aux p. 330 et 331.

erts case there is a federal common law relating to aboriginal title which underlies the fiduciary nature of the Crown's obligations to Indian bands.<sup>4</sup> Just as decided cases have elaborated the nature of the fiduciary obligation in respect of the duty owed by the Crown to an Indian band<sup>5</sup> so, I assume, the recourse which the Crown might have against a band which has falsely or mistakenly claimed to be the beneficiary of that relationship, or has wrongly received benefits thereunder when those benefits were owing to someone else, must also develop as part of the federal common law in respect of aboriginal title. With respect to federal statutory law governing the situation, the *Indian Act* in force in 1909<sup>6</sup> would be a major factor in determining whether the Crown and the third parties had acted lawfully in respect of the surrender of Reserve No. 139. For example sections 17 and 18 of that Act governed membership in bands, transfers of membership from one band to another, and entitlement to share in the assets of a band. Sections 48 and 49 governed the procedure for surrender of reserves. While it was argued by the third parties that any claim which the Crown may assert against the third parties is essentially a matter of property and civil rights involving questions of equity or tort, I do not believe this is determinative. As was said by Laskin C.J. in *Rhine v. The Queen; Prytula v. The Queen*:<sup>7</sup>

It should hardly be necessary to add that "contract" or other legal institutions, such as "tort" cannot be invariably attributed to sole provincial legislative regulation or be deemed to be, as common law, solely matters of provincial law.

The same can equally be said of claims in equity. According to the jurisprudence, it is sufficient for Federal Court jurisdiction if the essential relationships are created by federal law, relationships out

<sup>4</sup> *Ibid*, at p. 337.

<sup>5</sup> See e.g. *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335.

<sup>6</sup> R.S.C. 1906, c. 81.

<sup>7</sup> [1980] 2 S.C.R. 442, at p. 447.

l'encontre des bandes Samson et Ermineskin, comme l'envisage l'avis à la tierce partie. Comme l'a admis la Cour suprême dans l'affaire *Roberts*, il existe une common law fédérale qui porte sur le titre autochtone sous-jacent à la nature fiduciaire des obligations de la Couronne envers les bandes indiennes<sup>4</sup>. Comme dans les affaires déjà jugées, il a été élaboré sur la nature de l'obligation fiduciaire en ce qui concerne l'obligation que la Couronne doit à une bande indienne<sup>5</sup>, je présume donc que le recours que la Couronne pourrait avoir à l'encontre de la bande qui a revendiqué à tort ou de façon erronée être la bénéficiaire de cette relation ou qui a, à tort, reçu des avantages de ce fait lorsque ces avantages devaient en fait aller à quelqu'un d'autre, doit aussi être mis en œuvre en tant que partie de la common law fédérale sur le titre autochtone. En ce qui concerne le droit législatif fédéral qui régit ce cas, la *Loi des sauvages* qui était en vigueur en 1909<sup>6</sup> constituerait un facteur important pour déterminer si la Couronne et les tierces parties ont agi légitimement en ce qui concerne la cession de la réserve n° 139. Par exemple, les articles 17 et 18 de cette Loi régissaient l'appartenance à des bandes, les transferts de membres d'une bande à l'autre et le droit au partage de l'actif d'une bande. Les articles 48 et 49 régissaient la procédure de cession des réserves. Bien qu'il ait été soutenu par les tierces parties que toute demande que la Couronne puisse avoir à leur encontre est essentiellement une affaire de propriété et de droits civils qui fait intervenir des questions d'*equity* ou de délits, je ne crois pas qu'il s'agisse là d'un point de vue déterminant. Comme l'a déclaré le juge en chef Laskin dans l'affaire *Rhine c. La Reine; Prytula c. La Reine*:<sup>7</sup>

Est-il nécessaire d'ajouter qu'on ne peut invariablement attribuer les «contrats» ou les autres créations juridiques, comme les délits et quasi-délits, au contrôle législatif provincial exclusif, ni les considérer, de même que la *common law*, comme des matières ressortissant exclusivement au droit provincial.

On peut en dire autant des demandes en *equity*. D'après la jurisprudence, il est suffisant pour la compétence de la Cour fédérale si les liens essentiels sont créés en vertu du droit fédéral, liens à

<sup>4</sup> *Ibid*, à la p. 337.

<sup>5</sup> Voir *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335.

<sup>6</sup> S.R.C. 1906, chap. 81.

<sup>7</sup> [1980] 2 R.C.S. 442, à la p. 447.

of which the claim submitted to that Court arises.<sup>8</sup> I therefore conclude that this Court has jurisdiction to entertain the claims contemplated in the third party notices.

The third parties contend that the third party notice discloses no reasonable cause of action. In part this seemed to be an argument that the defendants now to be sued, namely the Band Council members of each band who are sued on behalf of all members of the Band, are not the same people who could have incurred liability in 1909 through deceit or misrepresentation. Counsel for the Crown was prepared to admit, for the purposes of this motion, what counsel for the Ermineskin Band stated in this respect, namely that only two of the present members of the Ermineskin Band were alive in 1909, being aged one year and eighteen months respectively at that time. Counsel for the Band also asserted, and wanted the opportunity to submit affidavit evidence on the point if necessary, that none of the funds arising from the disposition of Reserve No. 139 were still in the hands of the Band or the Crown. It was argued that if the funds could no longer be traced by the Crown to the Ermineskin or Samson Bands, then no decision could be rendered imposing on present Band members any obligation in respect of such proceeds. In short, counsel argued that there could be no succession by present Band members to the liability of deceased Band members, and that current Band assets cannot be exigible in lieu of previous Band assets that might have been subject to some charge. I believe this is the kind of question which should not be disposed of on an interlocutory motion to strike. Profound issues are raised here on which counsel were unable to cite any directly pertinent authority. Given that Indian bands are not corporate bodies with a perpetual legal personality there may well be doubts as to the continuity of their liability. On the other hand, the whole concept of aboriginal rights represents a substantial departure from common law principles of succession. Aboriginal rights arise out of the use of land "since time immemorial". As claims to such rights arise from long use, it is axiomatic that

partir desquels la demande présentée à cette Cour est formulée<sup>8</sup>. Je conclus, par conséquent, que la présente Cour a compétence pour connaître des demandes envisagées dans les avis aux tierces parties.

Les tierces parties soutiennent que l'avis à la tierce partie ne révèle aucune cause raisonnable d'action. Cela semblerait vouloir dire, entre autres, que les défenderesses poursuivies maintenant, à savoir les membres du conseil de bande de chaque bande qui sont poursuivis au nom de tous les membres de la bande, ne sont pas les mêmes personnes que celles qui auraient pu engager leur responsabilité en 1909 par tromperie ou fausse déclaration. Le substitut du procureur général était prêt à admettre, aux fins de la présente requête, ce que l'avocat de la bande Ermineskin a déclaré à cet égard, à savoir que seulement deux des membres actuels de la bande Ermineskin étaient vivants en 1909 et qu'ils étaient âgés respectivement d'un an et de dix-huit mois à ce moment-là. L'avocat de la bande a aussi soutenu et il a souhaité pouvoir présenter une preuve par affidavit sur ce point au besoin, que la bande ou la Couronne n'avaient plus aucun des fonds tirés de la vente de la réserve n° 139. Il a été soutenu que si les fonds ne pouvaient plus être retrouvés par la Couronne auprès des bandes Ermineskin ou Samson, aucune décision ne pouvait être rendue qui impose aux membres actuels de la bande une obligation quelconque en ce qui concerne le produit de cette vente. En bref, l'avocat a soutenu que les membres actuels de la bande ne pouvaient pas succéder dans les dettes des membres défunts de la bande et que l'actif actuel de la bande ne pouvait pas être grevé, à la place de l'actif antérieur de la bande qui aurait pu avoir certaines charges. J'estime qu'il s'agit là d'un genre de question qui ne devrait pas être tranchée dans le cadre d'un avis de radiation interlocutoire. Des questions fondamentales sont soulevées en l'espèce et sur lesquelles l'avocat ne peut pas citer de précédent de jurisprudence ou de doctrine directement pertinent. Étant donné que les bandes indiennes ne sont pas des personnes morales qui ont une personnalité morale perpétuelle, il peut très bien y avoir des doutes quant à la continuité de leurs obligations. Par

<sup>8</sup> *Rhine v. The Queen; Prytula v. The Queen, ibid; Oag v. Canada*, [1987] 2 F.C. 511 (C.A.); *Kigowa v. Canada*, [1990] 1 F.C. 804 (C.A.).

<sup>8</sup> *Rhine c. La Reine; Prytula c. La Reine, ibid; Oag c. Canada*, [1987] 2 C.F. 511 (C.A.); *Kigowa c. Canada*, [1990] 1 C.F. 804 (C.A.).



current claimants base their claims on the entitlement through use of their ancestors—ancestors who have not conveyed to them any interests by any ordinary legal instrument. Similarly band members claim under treaties signed many generations ago, without any title to succession which would be recognized in other fields of law. It would not be surprising if there were some continuing obligations, as well as continuing rights, flowing from the acts of their forebears. If the band was unjustly enriched several generations ago, it is arguable that present band assets might somehow be exigible. These are profound issues which I do not think appropriate to address here: suffice it to say that the inadmissibility of the Crown's claim against the third parties is far from being "plain and obvious", the usual test for striking out claims. While I have particular doubts about the viability of the claims in tort—if such are contemplated in the third party notice—against present members of the Band arising out of activities of their ancestors, I believe all these matters should be left to the Trial Judge to dispose of after hearing evidence and full argument.

A further complaint made against the third party notice is that it is inconsistent with the defence which the defendant Crown filed at the same time. The Rule invoked here is paragraph 419(1)(e) which allows the Court to strike out anything in a "pleading" if

*Rule 419. (1) . . . .*

(e) it constitutes a departure from a previous pleading . . . .

Assuming for the moment that a document apparently filed on the same day as the statement of defence can be regarded as a "previous" pleading, I am prepared to treat the third party notice as a "pleading". Rule 2 defines "pleading" as meaning

ailleurs, toute la notion des droits autochtones représente une dérogation substantielle au principe de succession en common law. Les droits autochtones découlent de l'utilisation des terrains «depuis des temps immémoriaux». Comme les demandes sur ces droits découlent d'une longue tradition, il est axiomatique que les auteurs des demandes actuelles fondent leurs demandes sur des droits qu'avaient leurs ancêtres mais ne leur ont pas transmis par des documents juridiques traditionnels. De même, les membres des bandes revendiquent des droits en vertu de traités signés il y a plusieurs générations, sans qu'ils n'aient de droits à une succession, comme ils seraient reconnus dans d'autres domaines du droit. Il ne serait pas surprenant de voir qu'il y a certaines obligations permanentes, comme des droits permanents, qui découlent des actes de leurs ancêtres. Si la bande s'était injustement enrichie depuis plusieurs générations, on pourrait soutenir que l'actif actuel de la bande puisse, en quelque sorte, être exigible. Il s'agit là de questions profondes que je ne juge pas approprié de traiter ici. Il suffit de dire que l'inadmissibilité de la demande de la Couronne à l'encontre des tierces parties est loin d'être simple et évidente, le critère habituel de radiation des demandes. Bien que j'aie des doutes particuliers sur la viabilité des demandes du point de vue de la responsabilité délictuelle, s'il s'agit de ce que l'avis à la tierce partie envisage, à l'encontre des membres actuels de la bande du fait des activités de leurs ancêtres, j'estime que toutes ces questions devraient être laissées au juge de première instance pour qu'il les règle après avoir entendu la preuve et un plaidoyer complet.

Une autre plainte qui a été faite à l'encontre de l'avis à tierce partie veut qu'il soit incompatible avec la défense que la Couronne défenderesse a déposée en même temps. La Règle invoquée ici se trouve à l'alinéa 419(1)(e) qui permet à la Cour de radier quoi que ce soit dans une plaidoirie si

*Règle 419. (1) . . .*

(e) elle constitue une déviation d'une plaidoirie antérieure, ou . . .

À supposer pour le moment qu'un document apparemment déposé le même jour que la défense puisse être considéré comme une plaidoirie antérieure, je suis prêt à traiter l'avis à la tierce partie comme une «plaidoirie». La Règle 2 définit la «plaidoirie» de la manière suivante:

*Rule 2. (1)*

“pleading” . . . any document whereby an action in the Trial Division was initiated or a claim in such an action was defined . . .

I believe that a third party notice defines a claim even though it is not a statement of claim.<sup>9</sup>

It is necessary to consider more fully the nature of a third party notice and the right of parties to resort to this procedure. Filing a third party notice, unlike adding co-defendants, is not a step for which a defendant requires the leave of the Court. By Rule 1726(1) a defendant is entitled to file a third party notice where he

*Rule 1726. (1)* . . . claims to be entitled to contribution or indemnity from, or to relief over against, any person not a party to the action (hereinafter called the “third party”) . . .

The only challenge that can be made to the exercise of this choice by the defendant is on the basis that what he claims is not a “contribution or indemnity from, or . . . relief over against . . .” the third party. Counsel for the third parties and for the plaintiff argued to varying degrees that the third party notice was improper because the basis of the claims which the Crown asserts against the third parties is different from the basis of its defence against the plaintiff’s claim. That is, it was argued that in the Crown’s defence to the plaintiff’s action the main contention is that the plaintiff is without any rights in the reserve in question. However, in the claims signalled by its third party notice, the Crown is contending that if it is found to have owed a duty to the plaintiff, a duty which it has breached, then it will have various claims against the third parties for having misled the Crown and wrongly taken benefits under a surrender of lands to which the third parties were never entitled.

I do not believe there has to be perfect symmetry between the defence in the main action and the statement of claim in the third party proceeding. I respectfully accept the rationale for third party proceedings stated by Laskin J.A. [as he then was]

<sup>9</sup> *Per The Queen v. F. E. Cummings Construction Co. Ltd.*, [1974] 2 F.C. 9 (T.D.), at p. 15.

*Règle 2. (1)*

«plaidoirie» . . . tout acte par lequel une action devant la Division de première instance a été engagée ou par lequel une demande dans une telle action a été définie . . .

a J’estime qu’un avis à la tierce partie définit une demande même s’il ne s’agit pas d’une déclaration<sup>9</sup>.

b Il faut examiner plus avant la nature d’un avis à la tierce partie et les droits des parties de recourir à cette procédure. La production d’un avis à la tierce partie, à la différence de la fonction des codéfendeurs, n’est pas une démarche pour laquelle un défendeur a besoin d’une autorisation de la Cour. La Règle 1726(1) autorise le défendeur à déposer un avis à la tierce partie lorsqu’il:

c *Règle 1726. (1)* . . . prétend avoir droit de recevoir d’une personne qui n’est pas partie à l’action une contribution ou une indemnité, ou prétend avoir droit de demander un redressement contre cette personne (ci-après appelée «la tierce partie») . . .

d La seule contestation qui puisse être faite contre l’exercice de ce choix par la défenderesse se fonde sur le fait que ce qu’elle réclame n’est pas «une contribution ou une indemnité, ou . . . un redressement contre . . .» la tierce partie. Les avocats des tierces parties et de la demanderesse ont prétendu, à des degrés divers, que l’avis à la tierce partie était indu parce que le fondement des demandes formulées par la Couronne à l’encontre des tierces parties diffère de celui de sa défense à l’encontre de l’action de la demanderesse, c’est-à-dire que l’on a dit que dans la défense de la Couronne dans l’action de la demanderesse, la principale prétention est que la demanderesse n’a pas de droits sur la réserve en cause. Cependant, dans les demandes signalées par son avis à tierce partie, la Couronne prétend que s’il devait être établi qu’elle a une obligation envers la demanderesse, obligation qui a été violée, elle aura alors différentes demandes à l’encontre des tierces parties du fait qu’elles ont trompé la Couronne et pris à tort des avantages au moment de la cession de terres auxquelles les tierces parties n’ont jamais eu droit.

i Je ne pense pas qu’il doive y avoir une symétrie parfaite entre la défense dans l’action principale et la déclaration dans l’action en garantie. J’accepte de façon respectueuse la justification de l’action en garantie exprimée par le juge d’appel Laskin [tel

<sup>9</sup> D’après *La Reine c. F. E. Cummings Construction Co. Ltd.*, [1974] 2 C.F. 9 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 15.

in *Allan v. Bushnell T.V. Co. Ltd.; Broadcast News Ltd., Third Party*<sup>10</sup> which was cited with approval by the Federal Court of Appeal in *Davie Shipbuilding Limited v. The Queen*<sup>11</sup> where he said:

What, in my view, is central to resort to third party proceedings is that the facts upon which the plaintiff relies against the defendant should issue out of the relations between the defendant and the third party. [Emphasis deleted.]

In the present case the statement of claim is replete with allegations to the effect that neither the Samson and Ermineskin Bands nor certain members of those Bands had any interest in Reserve No. 139 in 1909, the purported surrender by them thus being invalid. The invalidity of that surrender is fundamental to the plaintiff's case. For the plaintiff to refute the allegations in the Crown's statement of defence that the plaintiff had no right to that reserve, the plaintiff will, *inter alia*, have to establish that the Bobtail Band had abandoned its rights to the reserve. If it succeeds in establishing that fact then the defendant Crown will *prima facie* be able to make out a case that it gave the proceeds to the wrong party. In other words the plaintiff must, *inter alia*, demonstrate that the defendant Crown in accepting the surrender from members of the Samson and Ermineskin Bands was dealing with the wrong parties. Therefore the facts upon which the plaintiff relies issue, in part, "out of the relations between the defendant and the third party" as described by Laskin J.A.

It was argued by counsel for the plaintiff that the claims described in the third party notice could not arise out of the defendant Crown being found liable to the plaintiff in respect of its claims. Counsel contended that the plaintiff is basing its claim on the existence of fraud or intentional wrongdoing on behalf of the defendant whereas, it is said, the rationale of the claims described in the third party notice is that the defendant was the innocent victim of misrepresentations or fraud practised by the third parties. Counsel for the plaintiff contended that if the plaintiff fails to make out intentional wrongdoing by those acting for the defendant then the plaintiff's claims will fail and the defendant will not be liable for sums in respect of which it might have a claim over against

était alors son titre] dans l'affaire *Allan v. Bushnell T.V. Co. Ltd.; Broadcast News Ltd., Third Party*<sup>10</sup>, qui a été citée avec approbation par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Davie Shipbuilding Limited c. La Reine*<sup>11</sup>, et où il a déclaré:

[TRANSDUCTION] À mon avis, l'essentiel du recours à l'action en garantie est que les faits sur lesquels s'appuie le demandeur à l'encontre du défendeur devraient découler des relations entre le défendeur et la tierce partie. [Soulignement omis.]

*b* En l'espèce, la déclaration est remplie d'allégations selon lesquelles, ni les bandes Samson ou Ermineskin, ni certains membres de ces bandes n'avaient de droits sur la réserve n° 139 en 1909, la prétendue cession faite par eux étant donc invalide.

*c* L'invalidité de cette cession est fondamentale dans la cause de la demanderesse. Pour que la demanderesse réfute les allégations dans la défense de la Couronne selon laquelle la demanderesse n'a aucun droit sur cette réserve, la demanderesse devra, entre autres, établir que la bande Bobtail avait abandonné ses droits sur la réserve. Si elle réussit à établir ce fait, la Couronne défenderesse pourra à première vue fonder son argument selon lequel elle a donné le produit à la mauvaise partie.

*e* Autrement dit, la demanderesse doit, entre autres, démontrer que la Couronne défenderesse, en acceptant la cession des membres des bandes Samson et Ermineskin ne traitait pas avec les bonnes parties. Par conséquent, les faits sur lesquels la demanderesse s'appuie découlent en partie, «des relations entre le défendeur et la tierce partie», comme l'a dit le juge d'appel Laskin.

Il a été soutenu par l'avocat de la demanderesse que les demandes décrites dans l'avis à la tierce partie ne pouvaient pas découler du fait que la Couronne défenderesse verrait sa responsabilité engagée vis-à-vis de la demanderesse, en ce qui concerne ses demandes. L'avocat a soutenu que la demanderesse fondait sa demande sur l'existence d'une fraude ou d'un préjudice intentionnel au nom de la défenderesse tandis que, dit-on, la justification des demandes décrites dans l'avis à la tierce partie est que la défenderesse était la victime innocente de déclarations erronées ou de la fraude pratiquée par les tierces parties. L'avocat de la demanderesse a soutenu que si la demanderesse ne réussissait pas à établir un préjudice intentionnel de la part de ceux qui agissaient au nom de la

<sup>10</sup> [1968] 1 O.R. 720 (C.A.).

<sup>11</sup> [1984] 1 F.C. 461 (C.A.), at p. 466.

<sup>10</sup> [1968] 1 O.R. 720 (C.A.).

<sup>11</sup> [1984] 1 C.F. 461 (C.A.), à la p. 466.

the third parties. That is, if the defendant's agents were innocent of any intentional wrongdoing, the premise upon which the third party claims are based, then it will suffer no liability to the plaintiff in respect of which there would be any need for indemnity, contribution, or claim over against the third parties. But I am unable to characterize the statement of claim as exclusively alleging intentional misconduct on the part of the agents of the defendant. Without going through the statement of claim in detail, there is reference, for example, in paragraphs 15, 16, 18, 19, 21, 24, and 25 to the alleged fiduciary obligation owed by the Crown to the plaintiff and the breach thereof. In paragraph 25 it is said that this breach of fiduciary obligation amounted to "equitable fraud". It appears to me from the jurisprudence that allegations of breach of fiduciary relationship of the Crown in respect of Indian lands and allegations of equitable fraud related thereto do not necessarily imply an allegation of intentional fraudulent misconduct. In the *Guerin* case the Trial Judge specifically found that:

There was not, as argued by the plaintiffs, fraud in the sense of deceit, dishonesty, or moral turpitude on the part of Anfield, Arneil and others. But the failure to return to the Band or Council, after October 6, 1957, for authorization as to the proposed terms of the lease, was, in view of all that had gone on "... an unconscionable thing for the one to do towards the other". There was a concealment amounting to equitable fraud.<sup>12</sup>

This view was upheld in the Supreme Court of Canada. Dickson C.J. writing on behalf of four members of the Court agreed that there was breach of the fiduciary relationship and equitable fraud

[a]lthough the Branch officials did not act dishonestly or for improper motives in concealing the terms of the lease from the Band . . . .<sup>13</sup>

<sup>12</sup> *Guerin v. R.*, [1982] 2 F.C. 385 (T.D.), at p. 425.

<sup>13</sup> *Supra*, note 5 at p. 390; see also the views of Wilson J. to similar effect, writing on behalf of three judges, at p. 356.

défenderesse, alors les demandes de celle-ci échoueraient et la défenderesse ne serait pas responsable du paiement des sommes qu'elle pouvait revendiquer auprès des tierces parties, c'est-à-dire que si les mandataires de la défenderesse étaient innocents et n'avaient pas commis un préjudice intentionnel, la prémisse sur laquelle les demandes en garantie sont fondées, la défenderesse ne pourrait se voir déclarer responsable envers la demanderesse, de sorte qu'elle ne devrait réclamer aucune indemnité, contribution ou redressement à l'encontre des tierces parties. Mais je ne puis dire que la déclaration allègue exclusivement une mauvaise conduite intentionnelle de la part des mandataires de la défenderesse. Sans passer la déclaration en revue dans le détail, je vois, par exemple, une référence aux paragraphes 15, 16, 18, 19, 21, 24 et 25 à l'obligation fiduciaire que la Couronne doit à la demanderesse et la violation de celle-ci. Au paragraphe 25, il est dit que cette violation de l'obligation fiduciaire constituait une «fraude d'*equity*». Il me semble que, d'après la jurisprudence, les allégations de violation de la relation fiduciaire de la Couronne en ce qui concerne les terres indiennes et les allégations de fraude d'*equity* qui s'y rapportent ne sous-entendent pas nécessairement une allégation de conduite frauduleuse intentionnelle. Dans l'affaire *Guerin*, le juge de première instance a conclu, de façon spécifique, que:

Il n'y a pas eu, comme le soutiennent les demandeurs, fraude au sens de vol, de malhonnêteté ou de turpitude morale de la part d'Anfield, d'Arneil et d'autres. Mais le fait de ne pas revenir devant la bande ou le conseil après le 6 octobre 1957 pour faire avaliser les conditions proposées du bail a constitué, compte tenu de tout ce qui s'était passé, une conduite «... fort peu scrupuleuse de la part de l'une envers l'autre». Il y a eu dissimulation équivoque à la fraude d'*équité*<sup>12</sup>.

Ce point de vue a été maintenu par la Cour suprême du Canada. Le juge en chef Dickson, écrivant au nom de quatre membres de la Cour, a convenu qu'il y avait eu une violation de la relation fiduciaire et une fraude d'*equity*,

[m]ême si les fonctionnaires de la Direction n'ont pas agi de façon malhonnête ou blâmable en cachant à la bande les conditions du bail . . . .<sup>13</sup>

<sup>12</sup> *Guerin c. R.*, [1982] 2 C.F. 385 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 425.

<sup>13</sup> Précitée, note 5, à la p. 390; voir aussi le point de vue du juge Wilson au même effet, exprimé par écrit au nom de trois juges, à la p. 356.

Further, in paragraph 26 the plaintiff alleges that the servants or agents of the Crown

knew or ought to have known that the persons from whom the surrender was taken had no legal interest in the subject lands and that the Montana Indian Band had a legal interest therein, [and thereby] acquired the surrender by deceit. [Emphasis added.]

This is an allegation of deceit based in part on negligence. Also in paragraph 28 it is alleged that the Crown “interfered with the statutory rights of the Montana Indian Band,” this allegation apparently embracing intentional, negligent, or innocent interference with the statutory rights of the plaintiffs.

Allegations of this nature, it appears to me, are not exclusively allegations of intentional misconduct for the reasons which I have stated. If the plaintiff's contentions are sound in law and fact it could succeed on some of its claims simply by proving negligence on the part of agents of the Crown, and on other claims simply by proving innocent paternalism of the kind found to exist in the *Guerin* case. The Crown might thereby be found liable in respect of facts out of which some legitimate claims, as described in the third party notice, might arise against the third parties who allegedly misrepresented their interest in Reserve No. 139. It is conceivable, for example, that the facts could demonstrate that agents of the Crown were led to an erroneous belief in circumstances where, perhaps, they should have verified more carefully the identity of those entitled to Reserve No. 139; but in such circumstances the Crown might have a claim over against the third parties in respect of misleading representations by those responsible for the affairs of the Samson and Ermineskin Bands at that time.

It appears to me that the pleadings of the defendant Crown are consistent with this possibility. In subparagraph 6(n)(i) of the statement of defence the defendant alleges that:

6(n)(i) Upon realizing their mistake, [i.e. as to who were the beneficial owners of Reserve No. 139] on June 12, 1909, officials of DIA obtained a surrender of the entire reserve from

En outre, au paragraphe 26, la demanderesse allègue que les mandataires ou préposés de la Couronne

[TRADUCTION] savaient ou auraient dû savoir que les personnes dont la cession avait été obtenue n'avaient pas de droit légitime sur les terres en cause et que la bande indienne Montana avait un droit sur celles-ci, [et par conséquent] ont obtenu la cession par tromperie. [C'est moi qui souligne.]

Il s'agit d'une allégation de tromperie fondée en partie sur la négligence. Il est aussi allégué au paragraphe 28 que la Couronne a [TRADUCTION] «violé les droits de la bande indienne Montana d'après la loi», cette allégation comprenant apparemment une atteinte intentionnelle, négligente ou innocente aux droits prévus par la loi des demanderesse.

Des allégations de cette nature, il me semble, ne sont pas exclusivement des allégations de mauvaise conduite intentionnelle pour les motifs que j'ai exposés. Si les prétentions de la demanderesse sont valables en droit et en fait, elle pourrait triompher dans certaines de ses demandes en prouvant tout simplement la négligence de la part des mandataires de la Couronne, ou dans d'autres demandes, simplement en prouvant un paternalisme innocent du type qui a été établi dans l'affaire *Guerin*. Il se pourrait que la Couronne soit, par conséquent, jugée responsable au regard des faits ayant donné naissance à certaines demandes légitimes, comme les décrit l'avis à la tierce partie, à l'encontre des tierces parties qui, selon les allégations, ont déclaré à tort qu'elles avaient des droits sur la réserve n° 139. Il est concevable, par exemple, que les faits pourraient démontrer que les mandataires de la Couronne ont été induits en erreur dans des circonstances où, peut-être, ils auraient dû vérifier plus soigneusement l'identité de ceux qui avaient des droits sur la réserve n° 139 mais, dans ces circonstances, la Couronne pourrait avoir une action en garantie en ce qui concerne les déclarations trompeuses faites par ceux qui étaient chargés des affaires des bandes Samson et Ermineskin à ce moment-là.

Il me semble que les plaidoiries de la Couronne défenderesse n'excluent pas cette possibilité. Dans l'alinéa 6n)(i) de la défense, la défenderesse allègue que:

[TRADUCTION] 6n)(i) Après avoir compris leurs erreurs, [c'est-à-dire en ce qui concerne les propriétaires bénéficiaires de la réserve n° 139] le 12 juin 1909, les fonctionnaires du MAI

a group of Indians whom they believed to be and were reputed to be Bobtail Indians. [Emphasis added.]

Consistently with this, in paragraph 8(a) of the third party notice a claim is made against the Samson and Ermineskin Bands on the basis that they “unlawfully held out or represented or passed off to the Crown” that certain members of those bands were members of the Bobtail Band “when you knew or ought to have known this to be false” and caused or aided and abetted those members to sign the surrender, thus causing the Crown to act upon the surrender instruments and thereby obtaining lands, monies and other rights and benefits for the third parties.

The complexity of these various claims and the interrelationships among them demonstrate very well why a judge should not, on an interlocutory motion, strike out the third party notice. It is far from being plain and obvious that the third party notice contains no claim that would be sustainable as a claim for a contribution, indemnity, or for relief over against the third parties should the plaintiff succeed in some or all of its claims.

Having regard to broader principles, it appears to me that this is an appropriate case for third party proceedings because the facts pertinent to claims in both the statement of claim and the third party notice are identical or closely related and should, in my view, be tried together if possible. Further, it is eminently desirable that the third parties be bound by the findings of the Court in the plaintiff's action and that there should not be a multiplicity of proceedings all of which would involve in one way or another the circumstances and the validity of the surrender of June 12, 1909.

It was also contended by the Ermineskin Band that the third party notice is scandalous, frivolous or vexatious or otherwise an abuse of the process of the Court. This point was not argued specifically nor do I think it has any merit having regard to what I have said above.

I am therefore dismissing the motions to strike the third party notice.

#### Costs

Costs of these applications should be in the cause.

ont obtenu la cession de toute la réserve d'un groupe d'Indiens dont ils pensaient qu'ils étaient ou qui étaient réputés des Indiens Bobtail. [C'est moi qui souligne.]

De la même façon, à l'alinéa 8a) de l'avis à la tierce partie, une demande est faite contre les bandes Samson et Ermineskin selon laquelle elles [TRADUCTION] «ont fait croire de façon illicite à la Couronne» que certains membres de ces bandes étaient des membres de la bande Bobtail [TRADUCTION] «alors qu'ils savaient ou auraient dû savoir que cela était faux» et ont incité ou aidé ces membres à signer la cession, ce qui a fait que la Couronne a agi en vertu des actes de cession et a, par conséquent, obtenu les terres, les fonds et autres droits et avantages au nom des tierces parties.

La complexité de ces différentes demandes et les relations qu'il y a entre elles montrent très bien pourquoi un juge ne pourrait pas radier un avis à la tierce partie, sur une requête interlocutoire. Il est loin d'être simple et évident que l'avis à la tierce partie ne renferme aucune demande pouvant fonder une demande de contribution, indemnité ou redressement à l'encontre de tierces parties, si la demanderesse devait triompher dans certaines ou dans l'ensemble de ses demandes.

En ce qui concerne les principes plus généraux, il me semble qu'il s'agit d'un cas approprié pour une action en garantie parce que les faits relatifs aux demandes, à la fois dans la déclaration et dans l'avis à la tierce partie, sont identiques ou étroitement liés et devraient, à mon avis, être jugés ensemble si possible. En outre, il est éminemment souhaitable que les tierces parties soient liées par les conclusions de la Cour dans l'action de la demanderesse et qu'il n'y ait pas une multiplicité d'instances qui portent, d'une manière ou d'une autre, sur les circonstances et la validité de la cession du 12 juin 1909.

La bande Ermineskin a aussi soutenu que l'avis à la tierce partie est scandaleux, frivole ou vexatoire ou constitue autrement un emploi abusif des procédures de la Cour. Ce point n'a pas été plaidé de façon spécifique, et je ne pense pas non plus qu'il soit fondé, en quoi que ce soit, en ce qui concerne ce que j'ai dit plus haut.

Je rejeterais, par conséquent, les requêtes de radiation de l'avis à la tierce partie.

#### Dépens

Les dépens des présentes demandes devraient suivre l'issue de la cause.

T-3180-90

T-3180-90

Southam Inc., Lower Mainland Publishing Ltd., Rim Publishing Inc., Yellow Cedar Properties Ltd., North Shore Free Press Ltd., Specialty Publishers Inc., Elty Publications Ltd. (*Plaintiffs*)

Southam Inc., Lower Mainland Publishing Ltd., Rim Publishing Inc., Yellow Cedar Properties Ltd., North Shore Free Press Ltd., Specialty Publishers Inc., Elty Publications Ltd. (*demande-resses*)

v.

c.

Attorney General of Canada, the Competition Tribunal and the Director of Investigation and Research under the *Competition Act* (*Defendants*)

b Le procureur général du Canada, le Tribunal de la concurrence et le directeur des enquêtes et recherches en vertu de la *Loi sur la concurrence* (*défendeurs*)

INDEXED AS: *SOUTHAM INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)* (T.D.)

c RÉPERTORIÉ: *SOUTHAM INC. c. CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL)* (1<sup>re</sup> INST.)

Trial Division, MacKay J.—Toronto, January 24; Ottawa, February 13, 1991.

Section de première instance, juge MacKay—Toronto, 24 janvier; Ottawa, 13 février 1991.

*Combines — Application to restrain proceedings before Competition Tribunal until decisions rendered by appellate courts on constitutionality of Competition Tribunal — Principles governing interlocutory injunctions applied — Conflicting decisions on constitutional issues indicating serious questions raised — Likelihood of irreparable harm as applicants exposed to potentially unnecessary proceedings and expenditures of time and money not compensable if successful on constitutional issues — Potential harm to public outweighs potential harm to applicants if stay granted and constitutionality of Tribunal upheld.*

d Coalitions — Demande visant à suspendre toute procédure en instance devant le Tribunal de la concurrence en attendant que des tribunaux d'appel rendent leur décision sur la constitutionnalité du Tribunal de la concurrence — Application des principes régissant les injonctions interlocutoires — Le fait qu'il existe des décisions contradictoires sur des questions d'ordre constitutionnel indique que des questions sérieuses ont été soulevées — Les requérantes risquent de subir un préjudice irréparable, étant donné qu'elles seront exposées à des procédures qui peuvent s'avérer inutiles, ainsi qu'à des dépenses de temps et d'argent qui ne pourront être compensées si l'on tranche les questions d'ordre constitutionnel en leur faveur — Le préjudice que le public risque de subir l'emporte sur le préjudice que risquent de subir les requérantes si la suspension est accordée et que la constitutionnalité du Tribunal est confirmée.

*Practice — Stay of proceedings — Same principles governing applications for stay of proceedings and interlocutory injunctions — Applicant must demonstrate serious question to be tried, irreparable harm, and balance of convenience supporting stay — Where legislation governing proceedings subject to constitutional challenge, public interest special factor to be weighed in assessing balance of convenience.*

g Pratique — Suspension d'instance — Les mêmes principes régissent les demandes de suspensions d'instance et les demandes d'injonction interlocutoire — Le requérant doit démontrer qu'il existe une question sérieuse à trancher, qu'il subira un préjudice irréparable et que la prépondérance des inconvénients favorise la suspension — Lorsque la constitutionnalité des dispositions législatives qui régissent l'instance est contestée, l'intérêt public est un facteur spécial dont il faut tenir compte dans l'appréciation de la prépondérance des inconvénients.

*Judges and courts — Judicial comity — Quebec Superior Court holding Competition Act, s. 92 infringing Bill of Rights and Charter, and Competition Tribunal infringing constitutional requirements of impartiality and independence — Competition Tribunal upholding own constitutionality — Both decisions under appeal — Motion to prohibit proceedings before Tribunal until appellate decisions resolving constitutional issues rendered — Federal Court respecting decision in Quebec case but bound to exercise own discretion.*

h Juges et tribunaux — Courtoisie judiciaire — La Cour supérieure du Québec a statué que l'art. 92 de la Loi sur la concurrence contrevenait à la Déclaration canadienne des droits et à la Charte et que le Tribunal de la concurrence enfreignait les exigences constitutionnelles d'impartialité et d'indépendance — Le Tribunal de la concurrence a confirmé sa propre constitutionnalité — Les deux décisions ont été portées en appel — Requête visant à suspendre toute procédure devant le Tribunal de la concurrence, en attendant que des tribunaux d'appel rendent leur décision concernant des questions d'ordre constitutionnel — La Cour fédérale respecte la décision rendue dans l'affaire entendue au Québec mais est contrainte d'exercer son propre pouvoir discrétionnaire.

Southam Inc., which publishes two daily newspapers circulated in Vancouver and the Lower Mainland of British Columbia, acquired direct and indirect interests in a number of other publications and printing businesses in the Lower Mainland. It and other applicant companies executed hold-separate undertakings by which they agreed to maintain the *status quo* which existed at the time Southam had acquired its interests pending decisions of the Director following his inquiry. When Southam gave notice that it would not extend those undertakings, the Director applied to the Competition Tribunal for orders requiring Southam to divest its interests in three publications.

This was an application to restrain any proceedings pending before the Competition Tribunal relating to an application by the Director of Investigation and Research under section 92 of the *Competition Act*. Section 92 authorizes the Tribunal to order dissolution of a merger or that parties not proceed with a merger. The applicants are also plaintiffs in an action seeking declarations that *Competition Act*, section 92, is unconstitutional and that the Tribunal as constituted violates the Charter and is contrary to *Constitution Act, 1867*, sections 96 and 101. The Quebec Superior Court has held that section 92 infringes the Bill of Rights and the Charter, and that the Tribunal infringed constitutional requirements of impartiality and independence in that its membership includes persons connected with private and public institutions. But, in *NutraSweet*, the Competition Tribunal upheld its own constitutionality. Both decisions have been appealed. The Quebec Court of Appeal has upheld an order staying proceedings before the Competition Tribunal pending determination of the constitutional issues. The applicants seek to restrain proceedings before the Tribunal until decisions are rendered by appellate courts in those cases, or until final determination of their action in this Court.

*Held*, the application should be dismissed.

The principles governing applications for stays of proceedings in cases of this nature are the same as those governing applications for interlocutory injunctions. The party seeking a stay must demonstrate that there exists a serious question to be tried, that it would suffer irreparable harm if a stay is not granted and that other factors to be considered in the balance of convenience support the grant of a stay. Where a stay is sought on grounds that legislation governing the proceedings is subject to constitutional challenge, the public interest must be considered a special factor to be weighed in assessing the balance of convenience.

The fact that there are conflicting decisions on the constitutional issues indicates that serious questions have been raised.

Pending resolution of the constitutional issues, there is likelihood of irreparable harm to the applicants if the proceedings of

La Southam Inc., qui publie deux quotidiens qui sont diffusés à Vancouver et dans le Lower Mainland de la Colombie-Britannique, a acquis des intérêts directs et indirects dans plusieurs autres entreprises de distribution et d'imprimerie du Lower Mainland. La Southam et d'autres sociétés requérantes ont pris des engagements tenus pour distincts aux termes desquels elles ont convenu de maintenir le statu quo qui existait à l'époque où la Southam avait acquis ses intérêts, en attendant que le directeur rende sa décision à la suite de son enquête. Après que la Southam eut donné avis que les engagements en question ne seraient pas prorogés, le directeur a demandé au Tribunal de la concurrence de rendre des ordonnances obligeant la Southam à se départir de ses intérêts dans trois publications.

Il s'agit d'une demande visant à suspendre toute procédure en instance devant le Tribunal de la concurrence relativement à une demande présentée par le directeur des enquêtes et recherches aux termes de l'article 92 de la *Loi sur la concurrence*. L'article 92 autorise le Tribunal à ordonner la dissolution d'une fusion ou à empêcher des parties de procéder à une fusion. Les requérantes sont également les demanderesse dans une action en jugement déclaratoire portant que l'article 92 de la *Loi sur la concurrence* est inconstitutionnel et que le Tribunal, dans la forme où il est constitué, viole la Charte et est contraire aux articles 96 et 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Cour supérieure du Québec a statué que l'article 92 contrevient à la *Déclaration canadienne des droits* et à la Charte, et que le Tribunal enfreignait les exigences constitutionnelles d'impartialité et d'indépendance parce qu'il compte parmi ses membres des personnes gardant des liens avec des institutions publiques et privées. Mais, dans la décision *NutraSweet*, le Tribunal de la concurrence a confirmé sa propre constitutionnalité. Les deux décisions ont été portées en appel. La Cour d'appel du Québec a confirmé l'ordonnance suspendant toute procédure en instance devant le Tribunal de la concurrence en attendant qu'une décision soit rendue au sujet des questions d'ordre constitutionnel. Les requérantes tentent d'obtenir une ordonnance suspendant toute procédure devant le Tribunal en attendant que soient tranchées deux affaires en instance devant des tribunaux d'appel, ou en attendant qu'une décision définitive soit prononcée au sujet de l'action qu'elles ont introduite devant la présente Cour.

*Jugement*: la demande devrait être rejetée.

Les principes qui régissent les demandes de suspension d'instance sont les mêmes que ceux qui régissent les demandes d'injonction interlocutoire. La partie qui cherche à obtenir une suspension doit faire la preuve qu'il existe une question sérieuse à juger, qu'elle subirait un préjudice irréparable si la suspension n'était pas accordée et que d'autres facteurs à prendre en considération dans l'appréciation de la prépondérance des inconvénients justifient la suspension. Lorsqu'une suspension est demandée en se fondant sur le motif que les dispositions législatives qui régissent l'instance font l'objet d'une contestation constitutionnelle, l'intérêt public doit être considéré comme un facteur spécial dont il faut tenir compte dans l'appréciation de la prépondérance des inconvénients.

Le fait qu'il existe des décisions contradictoires sur les questions constitutionnelles indique que des questions sérieuses ont été soulevées.

En attendant que l'on règle les questions constitutionnelles soulevées, les requérantes risquent de subir un préjudice irrépa-



the Competition Tribunal are not restrained. To proceed before further resolution of the constitutional issues, would expose the applicants to proceedings that may be unnecessary, and expenditures of time and money that are not compensable should the constitutional issues be ultimately determined in applicants' favour. It was judicially noted that those commitments may be substantial. That a superior court has determined the constitutional issues in a manner that supports applicants' position makes it more likely that their objections to the Tribunal proceedings will be upheld. The concern about possible release of confidential business information in the course of proceedings before the Tribunal is not a basis for finding irreparable harm as the Tribunal is empowered to issue confidentiality orders. The release of confidential information may be a possibility, but its likelihood at this stage cannot be deemed a probable consequence of Tribunal proceedings. The outcome of the proceedings (i.e. orders requiring Southam to divest itself of interests in certain publications) is not a foregone conclusion. The applicants could, moreover, apply to restrain application of the orders until the constitutional issues are resolved.

As to the balance of convenience, the potential of harm to the public interest outweighs the potential of harm to the applicants. If a stay or restraint order were granted but the constitution of the Tribunal was subsequently upheld and its legislated jurisdiction in relation to mergers found to be valid, the public interest would suffer harm in a variety of ways. The alleged anti-competitive effects of the merger may not all be deterred despite hold-separate undertakings. A stay order may have a precedential effect in other similar proceedings, at least those involving mergers before the Competition Tribunal. Restraining proceedings before the Tribunal indefinitely until the constitutional issues are resolved would complicate problems of evidence and of argument at such delayed hearings of the Tribunal. Moreover, it would add to the uncertainty concerning the law in relation to mergers and the operations of the Tribunal, not only pending resolution of the constitutional issues, but thereafter until disposition of the proceedings which would be delayed by the stay here sought.

As to the argument advocating judicial comity — the Quebec Court of Appeal having upheld a stay of proceedings before the Competition Tribunal — the Court respected that decision but had to exercise its own discretion.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III, s. 1(c).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act*

able si l'on ne suspend pas les procédures devant le Tribunal de la concurrence. Le fait de poursuivre les procédures avant que soient réglées les questions d'ordre constitutionnel exposerait les requérantes à des procédures qui peuvent s'avérer inutiles, ainsi qu'à des dépenses de temps et d'argent qui ne pourront être compensées si l'on tranche en fin de compte les questions d'ordre constitutionnel en leur faveur. La Cour prend connaissance d'office qu'il est possible que les engagements en question soient considérables. Il est plus probable que les objections que les requérantes ont soulevées au sujet des procédures du Tribunal soient accueillies, en raison du fait qu'une cour supérieure a tranché les questions d'ordre constitutionnel d'une manière qui étaye la position des requérantes. L'inquiétude exprimée au sujet de la divulgation éventuelle de renseignements commerciaux confidentiels au cours de procédures devant le Tribunal n'est pas un motif pour conclure à l'existence d'un préjudice irréparable car le Tribunal est habilité à rendre des ordonnances de confidentialité. Il est possible que des renseignements confidentiels soient dévoilés, mais, à ce stade-ci, on peut difficilement considérer que ce risque est une conséquence probable des procédures du Tribunal. On ne peut présumer que l'issue des procédures (c.-à-d., celle des ordonnances obligeant la Southam à se départir de ses intérêts dans certaines publications) est réglée d'avance. Les requérantes pourraient de plus demander que l'on suspende l'application des ordonnances en attendant que les questions d'ordre constitutionnel soient résolues.

Quant à la prépondérance des inconvénients, le risque de préjudice à l'intérêt public l'emporte sur le risque possible de préjudice aux requérantes. Si l'on rendait une ordonnance de suspension mais que la composition du Tribunal était par la suite confirmée et que le pouvoir légiféré qui lui a été conféré à l'égard des fusions était jugé valide, cela porterait atteinte de diverses façons à l'intérêt public. Les prétendus effets anti-concurrentiels de la fusion pourraient ne pas être tous atténués en dépit des engagements tenus pour distincts. Une ordonnance de suspension d'instance pourrait avoir valeur de précédent dans d'autres procédures analogues, au moins dans celles qui mettent en cause des fusions, engagées devant le Tribunal de la concurrence. Le fait de suspendre indéfiniment les procédures se déroulant devant le Tribunal aggraverait les problèmes de preuve et de plaidoiries aux audiences différées du Tribunal. Qui plus est, cela ajouterait à l'incertitude qui entoure les dispositions législatives relatives aux fusions et aux activités du Tribunal, non seulement en attendant que les questions constitutionnelles soient réglées, mais par la suite jusqu'au règlement des procédures que la suspension que l'on cherche ici à obtenir différerait.

Quant au moyen tiré de la courtoisie judiciaire — la Cour d'appel du Québec a confirmé la suspension de l'instance se déroulant devant le Tribunal de la concurrence — la Cour respecte cette décision mais doit exercer son propre pouvoir discrétionnaire.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 2d).

1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 2(d).  
*Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Suppl.), c. 19, s. 19), ss. 1.1 (as enacted *idem*), 10 (as am. *idem*, s. 23), 45 (as am. *idem*, s. 30), 45.1 (as enacted *idem*, s. 31), 92 (as enacted *idem*, s. 45), 97 (as enacted *idem*).  
*Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (2nd Suppl.), c. 19, ss. 8(2), 16.  
*Competition Tribunal Rules*, SOR/87-373, RR. 15, 40(2).  
*Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 96, 101.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 320(1) (as am. by SOR/88-221, s. 5), 332(1).

*Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice III, art. 1e).  
*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 96, 101.  
*Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), chap. C-34 (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), chap. 19, art. 19), art. 1.1 (édicte, *idem*), 10 (mod., *idem*, art. 23), 45 (mod., *idem*, art. 30), 45.1 (édicte, *idem*, art. 31), 92 (édicte, *idem*, art. 45), 97 (édicte, *idem*).  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.  
*Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), chap. 19, art. 8(2), 16.  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663, Règles 320(1) (mod. par DORS/88-221, art. 5), 332(1).  
*Règles du Tribunal de la concurrence*, DORS/87-373, Règles 15, 40(2).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*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:

*Yri-York Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 3 F.C. 186; (1988), 30 Admin. L.R. 1; 16 F.T.R. 319; 83 N.R. 195 (C.A.).

## CONSIDERED:

*Couture Inc. v. Canada (Attorney-General)* (1990), 69 D.L.R. (4th) 635 (Que. S.C.); *Canada (Director of Investigation and Research) v. NutraSweet Co.* (1990), 32 C.P.R. (3d) 1 (Comp. Trib.); *Canada (Attorney-General) v. Alex Couture Inc.*, [1987] R.J.Q. 1971; (1987), 14 Q.A.C. 259; 18 C.P.R. (3d) 382 (C.A.); *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; (1989), 58 D.L.R. (4th) 255; 24 C.P.R. (3d) 417; 93 N.R. 326; 32 O.A.C. 332.

## AUTHORS CITED

McKenna Christine Boersma "Hold Separate Orders in Government Antimerger suits" (1982), 70 *Georgetown L.J.* 1337.  
 Note "Preliminary Relief for the Government under Section 7 of the Clayton Act" (1965), 79 *Harv. L.R.* 391.

## COUNSEL:

*G. F. Leslie* and *R. E. Kwinter* for plaintiffs.  
*S. Wong* and *L. Rhul* for defendants.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*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:

*Yri-York Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 3 C.F. 186; (1988), 30 Admin. L.R. 1; 16 F.T.R. 319; 83 N.R. 195 (C.A.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Couture Inc. c. Canada (Procureur général)* (1990), 69 D.L.R. (4th) 635 (C.S.Qué.); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. NutraSweet Co.* (1990), 32 C.P.R. (3d) 1 (Trib. conc.); *Canada (Procureur général) c. Alex Couture Inc.*, [1987] R.J.Q. 1971; (1987), 14 Q.A.C. 259; 18 C.P.R. (3d) 382 (C.A.); *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; (1989), 58 D.L.R. (4th) 255; 24 C.P.R. (3d) 417; 93 N.R. 326; 32 O.A.C. 332.

## DOCTRINE

McKenna Christine Boersma «Hold Separate Orders in Government Antimerger suits» (1982), 70 *Georgetown L.J.* 1337.  
 Note «Preliminary Relief for the Government under Section 7 of the Clayton Act» (1965), 79 *Harv. L.R.* 391.

## AVOCATS:

*G. F. Leslie* et *R. E. Kwinter* pour les demandereses.  
*S. Wong* et *L. Rhul* pour les défendeurs.

## SOLICITORS:

*Blake, Cassels & Graydon*, Toronto, for plaintiffs.

*Deputy Attorney General of Canada* for defendants. <sup>a</sup>

## PROCUREURS:

*Blake, Cassels & Graydon*, Toronto, pour les demandereses.

*Le sous-procureur général du Canada* pour les défendeurs.

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

MACKAY J.: This is an application, pursuant to section 18 of the *Federal Court Act*,<sup>1</sup> for an order in the nature of prohibition, restraining any proceedings pending before the Competition Tribunal<sup>2</sup> relating to an application by the Director of Investigation and Research pursuant to section 92 of the *Competition Act*,<sup>3</sup> filed with the Tribunal November 29, 1990.

The Background

The applicants are plaintiffs in an action commenced by statement of claim filed in this Court December 3, 1990, by which they seek declarations that certain provisions of the *Competition Act*, including section 92, and the *Competition Tribunal Act* contravene provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*<sup>4</sup> and of the *Canadian Bill of Rights*<sup>5</sup> and that the Tribunal as constituted violates the Charter and is contrary to sections 96 and 101 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]]. The action also seeks an order prohibiting proceedings before the Competition Tribunal in relation to the application by the Director. The notice of motion initiating this application for a restraining order, originally filed December 4, 1990, was replaced by a notice of return of motion dated December 17, 1990, essentially in the same

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. F-7.

<sup>2</sup> As established by [*Competition Tribunal Act*] R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19.

<sup>3</sup> R.S.C., 1985, c. C-34, as am. [by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, ss. 19, 45].

<sup>4</sup> See *Constitution Act, 1982, Part I*, as enacted by the *Canada Act, 1982* (U.K.), Schedule B, (in R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44).

<sup>5</sup> S.C. 1960, c. 44, Part I, as amended. (See R.S.C., 1985, Appendix III.)

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

LE JUGE MACKAY: Il est question ici d'une demande, présentée en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*<sup>1</sup>, pour que soit rendue une ordonnance de prohibition suspendant toute procédure en instance devant le Tribunal de la concurrence<sup>2</sup> relativement à une demande déposée auprès du Tribunal, le 29 novembre 1990, par le directeur des enquêtes et recherches aux termes de l'article 92 de la *Loi sur la concurrence*<sup>3</sup>.

Contexte

Les requérantes sont les demandereses dans une action introduite par la voie d'une déclaration déposée auprès de la présente Cour, le 3 décembre 1990, par laquelle elles cherchent à obtenir qu'il soit statué que certaines dispositions de la *Loi sur la concurrence*, y compris l'article 92, et la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* contreviennent aux dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>4</sup> et de la *Déclaration canadienne des droits*<sup>5</sup>, et que le Tribunal, dans la forme où il est constitué, viole la Charte et est contraire aux articles 96 et 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]]. Les demandereses cherchent aussi à obtenir une ordonnance interdisant les procédures engagées devant le Tribunal de la concurrence à la suite d'une demande de la part du Directeur. L'avis de

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), chap. F-7.

<sup>2</sup> Tel qu'établi par la [*Loi sur le Tribunal de la concurrence*] L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), chap. 19.

<sup>3</sup> L.R.C. (1985), chap. C-34, mod. [par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), chap. 19, art. 19, 45].

<sup>4</sup> Voir la *Loi constitutionnelle de 1982, Partie I*, telle qu'adoptée par la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), annexe B, (L.R.C. (1985), appendice II, n° 44).

<sup>5</sup> S.C. 1960, chap. 44, Partie I, telle que modifiée. (Voir L.R.C. (1985), appendice III.)

substantive terms. The applicants seek an order restraining any proceedings before the Tribunal until decisions and any appeals therefrom are rendered in two cases pending before appellate courts,<sup>6</sup> in which the principal issues raised in the applicants' statement of claim are under consideration, or until final determination of the action initiated in this Court by the applicants.

At the hearing of this application, the plaintiffs, all of whom are named as respondents in the application by the Director of Investigation and Research to the Competition Tribunal, were together represented by counsel. The defendants, the Attorney General of Canada and the Director of Investigation and Research under the *Competition Act*, were together represented by counsel. Counsel did not appear on behalf of the Competition Tribunal.

The applicant Southam, a company incorporated under the laws of Canada with its head office in Toronto, carries on business of publishing newspapers and related businesses in various provinces of Canada. Through a wholly-owned subsidiary, incorporated in British Columbia, it owns and publishes two daily newspapers, the *Province* and the *Vancouver Sun*, both of which are circulated throughout the Vancouver Metropolitan area and the Lower Mainland. The proceedings initiated before the Competition Tribunal arise out of steps undertaken by Southam to extend its publishing and printing operations by acquisition of other enterprises in the Lower Mainland of British Columbia.

<sup>6</sup> *Couture Inc. v. Canada (Attorney-General)* (1990), 69 D.L.R. (4th) 635 (Que. S.C.), appeal pending Que. C.A.; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Nutra-Sweet Co.* (1990), 32 C.P.R. (3d) 1 (Comp. Trib.), appeal pending F.C.A.

requête par lequel a été introduite cette demande d'ordonnance de suspension, initialement déposé le 4 décembre 1990, a été remplacé par un avis de dépôt de requête, en date du 17 décembre 1990 et comportant essentiellement les mêmes dispositions quant au fond. Les requérantes tentent d'obtenir une ordonnance suspendant toute procédure devant le Tribunal en attendant que soient tranchées deux affaires en instance devant des tribunaux d'appel<sup>6</sup>, ainsi que tout appel découlant des décisions rendues, affaires dans le cadre desquelles sont analysées les questions principales que les requérantes ont soulevées dans leur déclaration, ou en attendant qu'une décision définitive soit prononcée au sujet de l'action que les requérantes ont introduite devant la présente Cour.

À l'audition de la présente demande, les demanderesse, toutes désignées comme intimées par le Directeur des enquêtes et recherches dans la demande présentée devant le Tribunal de la concurrence, étaient collectivement représentées par des procureurs. Les défendeurs, le procureur général du Canada et le Directeur des enquêtes et recherches en vertu de la *Loi sur la concurrence*, étaient collectivement représentés par des procureurs. Le Tribunal de la concurrence n'était pas représenté.

La Southam, société requérante, constituée en vertu des lois du Canada et ayant son siège à Toronto, a pour entreprise de publier des journaux et d'exécuter des activités connexes dans diverses provinces du Canada. Par l'entremise d'une filiale en propriété exclusive, constituée en Colombie-Britannique, la Southam possède et publie deux quotidiens, le *Province* et le *Vancouver Sun*, tous deux diffusés dans toute la région métropolitaine de Vancouver et dans ce que l'on appelle le Lower Mainland (les basses-terres continentales) de la Colombie-Britannique. Les procédures entamées devant le Tribunal de la concurrence découlent de mesures que la Southam a prises pour étendre ses activités de publication et d'impression en faisant l'acquisition d'autres entreprises dans le Lower Mainland de la Colombie-Britannique.

<sup>6</sup> *Couture Inc. c. Canada (Procureur général)* (1990), 69 D.L.R. (4th) 635 (C.S. Qué.), appel en instance devant la C.A. Qué.; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Nutra-Sweet Co.* (1990), 32 C.P.R. (3d) 1, (Trib. conc.), appel en instance devant la C.A.F.

By a series of transactions between and among the plaintiffs and others on January 27, 1989 and later on May 8, 1990, Southam acquired direct and indirect interests in some 13 community newspapers (including *The Vancouver Courier* and the *North Shore News*), a real estate advertising publication (the *Real Estate Weekly*), three flyer distribution businesses and two printing businesses, all operating in the Lower Mainland of British Columbia.

In advance of the first of those transactions by which Southam acquired a minority interest in one of the plaintiff companies, in December 1988 Southam advised the Director of Investigation and Research about that transaction. Thereafter it provided such information as the Director requested and in March of 1989 the Director confirmed in writing, as Southam had requested, that this initial transaction "will not, in the opinion of the Director of Investigation and Research, cause him to commence an inquiry under section 10 [as am. *idem*, s. 23] of the *Competition Act* or to make an application to the Competition Tribunal under section 92 of the Act". That opinion was said to be subject to the provisions of section 97 [as enacted *idem*, s. 45] of the Act which provides that an application may be made in respect of a merger (i.e., pursuant to section 92) up to three years after it has been substantially completed.

Apparently no advance information was provided to the Director about the later transactions in May 1990 which led to Southam's acquisition of direct and indirect interests in the other applicant companies and in a number of publications. Thereafter, at the request of the Director, Southam provided information about these transactions and on June 7, 1990 Southam and other applicant companies executed by their officers hold-separate undertakings by which they agreed that stipulated steps would be undertaken, all designed to maintain the *status quo* as it existed at the time Southam had acquired its interests, without further change in the relations or integration of the various plaintiff companies and their publications, pending decisions of the Director following his inquiry concerning the merger constituted by the transactions. Those hold-separate undertakings,

Dans le cadre d'une série d'opérations conclues entre les demandesses et d'autres sociétés le 27 janvier 1989 et, plus tard, le 8 mai 1990, la Southam acquit des intérêts directs et indirects dans quelque 13 journaux de portée locale (dont le *Vancouver Courier* et le *North Shore News*), une revue de publicité immobilière (*Real Estate Weekly*), trois entreprises de distribution de prospectus et deux imprimeries, toutes exploitées dans le Lower Mainland de la Colombie-Britannique.

Avant qu'ait lieu la première de ces opérations, par laquelle la Southam acquit un intérêt minoritaire dans l'une des sociétés demandesses, la Southam fit part au Directeur des enquêtes et recherches de l'opération en question en décembre 1988. Par la suite, elle communiqua les renseignements que le Directeur demanda et, au mois de mars 1989, celui-ci confirma par écrit, comme la Southam l'avait demandé, que cette opération initiale [TRADUCTION] «de l'avis du Directeur des enquêtes et recherches, ne l'incitera pas à entreprendre une enquête en vertu de l'article 10 [mod., *idem*, art. 23] de la *Loi sur la concurrence* ou de présenter une demande au Tribunal de la concurrence en vertu de l'article 92 de la Loi». Cette opinion était considérée comme soumise aux dispositions de l'article 97 [édicte, *idem*, art. 45] de la Loi, qui prescrit qu'une demande peut être faite à l'égard d'un fusionnement (c'est-à-dire, aux termes de l'article 92) jusqu'à trois ans après que l'opération a été exécutée en substance.

Il semble qu'aucun renseignement n'ait été fourni au préalable au Directeur au sujet des opérations qui eurent lieu plus tard, en mai 1990, et qui menèrent à l'acquisition, par la Southam, d'intérêts directs et indirects dans les autres sociétés requérantes et dans un certain nombre de publications. Par la suite, à la demande du Directeur, la Southam fournit des renseignements au sujet de ces opérations et, le 7 juin 1990, la Southam et d'autres sociétés requérantes prirent, par l'entremise de leurs dirigeants, des engagements tenus pour distincts, par lesquels lesdites sociétés convinrent de prendre des mesures prescrites, toutes conçues pour maintenir le statu quo, tel qu'il existait à l'époque où la Southam avait acquis ses intérêts, sans autre changement aux rapports ou à l'intégration des diverses sociétés demandesses et de leurs publications, et ce, en attendant que

made for an interim period, were extended from time to time and were amended apparently by exempting businesses and publications which the Director indicated were of no further concern to him in his enquiry. Notice was given in November on behalf of Southam that the hold-separate undertakings would not be further extended. Thereafter, as noted, the Director made application to the Competition Tribunal for orders which, if granted, would require Southam to divest its interests in the three publications noted, that is, *The Vancouver Courier*, the *North Shore News* and the *Real Estate Weekly*.

When the application was filed with the Competition Tribunal, when the action and this motion by the applicants were commenced and when this matter was heard, there were decisions, now pending appeal, concerning the principal issues raised in the applicants' action. Thus, in *Couture Inc. v. Canada (Attorney-General)*<sup>7</sup> by decision of April 6, 1990, Mr. Justice Philippon of the Quebec Superior Court held that provisions of the *Competition Act*, including section 92, which authorizes the Competition Tribunal to order dissolution of a merger or that parties not proceed with a merger, infringe the rights of association protected under paragraph 1(c) of the *Canadian Bill of Rights* and paragraph 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He also held that the Competition Tribunal was a court with broad powers of investigation and decision and that it infringed constitutional requirements of impartiality and independence because of the inclusion of lay persons who maintain connections with public and private institutions. An appeal to the Quebec Court of Appeal is now pending in that case. The second decision, dated October 4, 1990, by the Competition Tribunal itself in *NutraSweet*,<sup>8</sup> reached the opposite conclusion from that of Philippon J. in *Couture Inc.* in relation to the issue of the constitutionality of the Tribunal. That decision has been appealed,

le Directeur se prononce, à la suite de son enquête, sur le fusionnement que constituaient les opérations. Lesdits engagements, pris transitoirement, furent prorogés à l'occasion et modifiés, en exemptant apparemment des entreprises et des publications qui, selon le Directeur, ne lui étaient plus utiles pour son enquête. Avis fut donné au mois de novembre, pour le compte de la Southam, que les engagements ne seraient plus prorogés. Par la suite, ainsi qu'il fut noté, le Directeur demanda au Tribunal de la concurrence de rendre des ordonnances qui, si elles étaient octroyées, obligerait la Southam à se départir de ses intérêts dans les trois publications mentionnées, soit le *Vancouver Courier*, le *North Shore News* et le *Real Estate Weekly*.

Quand la demande fut déposée auprès du Tribunal de la concurrence, que l'action et la présente requête des requérantes furent entamées et que l'affaire fut entendue, des décisions, aujourd'hui en instance d'appel, avaient été rendues au sujet des questions principales que les requérantes soulevaient dans leur action. Ainsi, dans l'affaire *Couture Inc. c. Canada (Procureur général)*<sup>7</sup>, le juge Philippon, de la Cour supérieure du Québec, décréta, dans une décision qu'il rendit le 6 avril 1990, que les dispositions de la *Loi sur la concurrence*, dont l'article 92, qui autorise le Tribunal de la concurrence à ordonner la dissolution d'une fusion ou que des parties ne procèdent pas à une fusion, violent les droits d'association qui sont protégés en vertu de l'alinéa 1c) de la *Déclaration canadienne des droits* et de l'alinéa 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il statua aussi que le Tribunal de la concurrence était une cour investie de pouvoirs étendus en matière d'enquêtes et de décisions et qu'il enfreignait les exigences constitutionnelles d'impartialité et d'indépendance par suite de l'inclusion de non-juristes gardant des liens avec des institutions publiques et privées. L'affaire fut portée en appel devant la Cour d'appel du Québec, et elle est actuellement en instance. La seconde décision, qui est datée du 4 octobre 1990, et que le Tribunal de la concurrence a lui-même rendue dans l'affaire *NutraSweet*<sup>8</sup>, arriva à la conclusion opposée à celle de la décision que le juge Philippon rendit dans l'affaire *Couture*

<sup>7</sup> *Supra*, note 6.

<sup>8</sup> *Supra*, note 6.

<sup>7</sup> Précitée, note 6.

<sup>8</sup> Précitée, note 6.

in accord with the *Competition Tribunal Act* to the Federal Court of Appeal.

One other decision of relevance for this application was rendered by the Quebec Court of Appeal in *Canada (Attorney-General) v. Alex Couture Inc.*<sup>9</sup> There the Court upheld the grant by the motions judge of the Superior Court of an order staying proceedings before the Competition Tribunal until the date set for hearing of the action to declare void and inoperative certain provisions of the *Competition Act*, the action which led to the later decision of Philippon J. Subject to undertakings by the companies involved to limit integration of the operations constituting the merger there in question, the stay order was extended pending decision of the constitutional issues.<sup>10</sup>

#### The issue and the test for its resolution

The issue raised by this application is whether this Court should exercise its discretion under section 18 of the *Federal Court Act* to restrain proceedings of the Competition Tribunal. Jurisdiction to do so, and parallel jurisdiction under section 50, was settled by the Court of Appeal in *Yri-York Ltd. v. Canada (Attorney General)*.<sup>11</sup> The parties are agreed that the appropriate test governing the exercise of judicial discretion in applications for restraints, or stays, of proceedings on the basis of constitutional challenge is that set out by Mr. Justice Beetz in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*<sup>12</sup> In that case Mr. Justice Beetz for the Court decided that the principles governing applications for stays of proceedings in cases of this nature were the same as those governing applications for interlocutory injunctions. That is, the party seeking a stay must demonstrate that there exists a serious question to

<sup>9</sup> [1987] R.J.Q. 1971; (1987), 18 C.P.R. (3d) 382 (C.A.).

<sup>10</sup> *Per* Philippon J. in *Couture Inc.*, *supra*, note 6, at p. 640.

<sup>11</sup> [1988] 3 F.C. 186 (C.A.), *per* Heald J.A. at pp. 195-200.

<sup>12</sup> [1987] 1 S.C.R. 110.

*Inc.* relativement à la question de la constitutionnalité du Tribunal. Cette décision fut portée en appel, en accord avec la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, devant la Cour d'appel fédérale.

<sup>a</sup> *Canada (Procureur général) c. Alex Couture Inc.*<sup>9</sup> est une autre décision, rendue par la Cour d'appel du Québec, qui est pertinente en l'espèce. Dans cette affaire, la Cour a confirmé l'ordonnance accordée par le juge des requêtes de la Cour supérieure, laquelle ordonnance avait pour objet de suspendre les procédures engagées devant le Tribunal de la concurrence jusqu'à la date fixée pour l'audition de l'action visant à déclarer nulles et inopérantes certaines dispositions de la *Loi sur la concurrence*, action qui mena à la décision que prit ultérieurement le juge Philippon. L'ordonnance de suspension d'instance fut prorogée en attendant qu'une décision soit rendue au sujet des questions d'ordre constitutionnel en jeu, à la condition que les sociétés en cause s'engagent à restreindre l'intégration des opérations constituant la fusion<sup>10</sup>.

#### La question en litige et le critère permettant de la régler

La question que soulève la demande est celle de savoir si la Cour devrait user du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* pour suspendre des procédures du Tribunal de la concurrence. La Cour d'appel, dans l'arrêt *Yri-York Ltd. c. Canada (Procureur général)*<sup>11</sup>, a réglé la question de ce pouvoir, ainsi que celle du pouvoir parallèle prévu à l'article 50. Les parties sont convenues que le critère qui régit l'exercice du pouvoir discrétionnaire des juges à l'égard des demandes de suspension d'instance pour cause de contestation de dispositions constitutionnelles et celui qu'a énoncé le juge Beetz dans l'arrêt *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*<sup>12</sup> Dans cette affaire, le juge Beetz, qui s'exprimait au nom de la Cour, a déterminé que les principes qui régissent les demandes de suspension d'instance dans les affaires de cette nature sont les mêmes que ceux qui régissent les

<sup>9</sup> [1987] R.J.Q. 1971; (1987), 18 C.P.R. (3d) 382 (C.A.).

<sup>10</sup> Le juge Philippon, dans l'arrêt *Couture Inc.*, *précité*, note 6, à la p. 640.

<sup>11</sup> [1988] 3 C.F. 186 (C.A.), juge Heald, J.C.A., aux p. 195 à 200.

<sup>12</sup> [1987] 1 R.C.S. 110.

be tried, that it would suffer irreparable harm if a stay is not granted and that other factors to be considered in the balance of convenience support the grant of a stay. Where a stay is sought on grounds that legislation governing the proceedings is subject to constitutional challenge, Beetz J. held that the public interest must be considered a special factor to be weighed in assessing the balance of convenience.<sup>13</sup>

### Serious issues

For the applicants it is argued, and counsel for the respondents concedes, that the constitutional questions raised in the action initiated by the applicants do present serious issues to be tried. The fact that the principal issues have been decided by the Quebec Superior Court in favour of the submissions made by the applicants, though that decision is pending appeal, and that some of the same issues have been determined otherwise by the Competition Tribunal, a decision pending appeal in the Federal Court of Appeal, is sufficient indication that serious questions have been raised.

### Irreparable harm to the applicants

The second requirement to be met by the applicants, in accord with the test set by *Metropolitan Stores*, is to persuade the Court that they will suffer irreparable harm if proceedings before the Competition Tribunal are not restrained pending resolution of constitutional challenges to the governing legislation. Irreparable harm is, of course, harm not readily compensable in damages.

The irreparable harm anticipated by the applicants, if proceedings before the Competition Tribunal are continued and it is subsequently determined that those are invalid, is expressed in an

demandes d'injonction interlocutoire. C'est-à-dire que la partie qui cherche à obtenir une suspension doit faire la preuve qu'il existe une question sérieuse à juger, qu'elle subirait un préjudice irréparable si la suspension demandée n'était pas accordée et que d'autres facteurs à prendre en considération dans l'appréciation de la prépondérance des inconvénients étayent la suspension. Le juge Beetz a déclaré que, lorsqu'une suspension est demandée en se fondant sur le motif que les dispositions législatives qui régissent l'instance font l'objet d'une contestation constitutionnelle, l'intérêt public doit être considéré comme un facteur spécial dont il faut tenir compte dans l'appréciation de la prépondérance des inconvénients<sup>13</sup>.

### Le critère des questions sérieuses

Il est allégué pour les requérantes, et les procureurs des intimés le concèdent, que les questions constitutionnelles que celles-ci soulèvent dans l'action introduite présentent effectivement des questions sérieuses qu'il faut juger. Le fait que la Cour supérieure du Québec ait tranché les questions principales en faveur des requérantes, encore que cette décision soit en instance d'appel, et que le Tribunal de la concurrence ait déterminé autrement certaines des mêmes questions, une décision qui est aujourd'hui en instance devant la Cour d'appel fédérale, est une indication suffisante que l'on a soulevé des questions sérieuses.

### Le préjudice irréparable qu'ont subi les requérantes

La deuxième exigence à laquelle les requérantes doivent satisfaire, conformément au critère fixé par l'arrêt *Metropolitan Stores*, est de convaincre la Cour que celles-ci subiront un préjudice irréparable si l'on ne suspend pas les procédures engagées devant le Tribunal de la concurrence en attendant que soient réglées des contestations d'ordre constitutionnel à la législation applicable. Un préjudice irréparable est bien sûr un préjudice que l'on ne peut réparer facilement au moyen de dommages-intérêts.

Le préjudice irréparable qu'anticipent les requérantes, advenant que les procédures engagées devant le Tribunal de la concurrence se poursuivent et qu'il soit déterminé par la suite que ces

<sup>13</sup> *Idem*, at p. 149.

<sup>13</sup> *Idem*, à la p. 149.



affidavit sworn by Paul Renaud, Vice-President, Finance, of the Southam Newspaper Group, filed in support of the application. The relevant portion (paragraph 13) states:

I am advised by counsel and do verily believe that, if there were a full Tribunal hearing on the merits, Southam will suffer irreparable harm including:

a) vast amounts of management time and money will be expended preparing for and attending the Tribunal hearings, which could ultimately be found to be null and void;

b) Tribunal hearings would involve extensive public disclosure of confidential information pertaining to Southam and its business operations in the form of productions and oral evidence under oath which has the potential to damage Southam's competitive and business position. That is particularly so given that interventions may be granted to persons who are adverse in interest to Southam; and

c) in the event that the Director's Application is successful, Southam may be required to divest some or all of the assets which are the subject of the Application. These assets could likely not be re-acquired in the event that the Tribunal proceedings were subsequently struck down on constitutional grounds.

Also filed on behalf of the applicants, on January 23, 1991, the day prior to the hearing of this application, was an affidavit of John F. Howard, a partner in the firm of solicitors representing the applicants. This affidavit recounts the affiant's experience with other protracted proceedings before the Competition Tribunal where the Director of Investigation and Research sought a consent order in relation to a merger. The affidavit affirms that subparagraphs (a) and (c) of the Renaud affidavit above describe potential harm which "fully accords with my experience in proceedings of this kind", and that subparagraph (b) sets out the possibility of disclosure of confidential information which could result, though that cannot be predicted with certainty. Indeed, in the last regard, the only experience of the affiant, referred to in his affidavit, was that the Tribunal had granted orders protecting proprietary business information from public disclosure.

procédures sont invalides, est exprimé dans un affidavit établi sous serment par M. Paul Renaud, vice-président aux finances du Groupe Southam, et déposé à l'appui de la demande. Le passage pertinent de ce document (paragraphe 13) est libellé en ces termes:

[TRADUCTION] Des conseillers juridiques m'ont indiqué et je crois fermement que, si le Tribunal entendait complètement le fond de l'affaire, la Southam subirait un préjudice irréparable et, notamment:

a) la direction consacrerait beaucoup de temps et d'argent à se préparer aux audiences du Tribunal et à y participer, audiences qui pourraient être considérées au bout du compte comme nulles et non avenues;

b) lors des audiences du Tribunal seraient largement divulgués des renseignements confidentiels sur la Southam et ses activités commerciales, sous forme de production de documents et de témoignages verbaux sous serment, un fait qui présente le risque de porter atteinte à la situation commerciale et concurrentielle de la Southam, d'autant plus que l'on pourrait accorder le droit d'intervenir à des personnes dont les intérêts sont contraires à ceux de la Southam; et

c) si la demande du Directeur était retenue, la Southam pourrait être tenue de se départir d'une partie ou de la totalité des éléments d'actif auxquels la demande se rapporte. Il ne serait vraisemblablement pas possible d'acquérir de nouveaux éléments d'actif si l'on annulait par la suite les procédures engagées devant le Tribunal pour des raisons d'ordre constitutionnel.

Aussi été déposé pour le compte des requérantes, le 23 janvier 1991, soit la veille de l'audition de la demande, un affidavit de M. John F. Howard, membre associé du cabinet d'avocats représentant les requérantes. Cet affidavit relate l'expérience de son auteur à l'égard d'autres instances prolongées devant le Tribunal de la concurrence dans le cadre desquelles le Directeur des enquêtes et recherches visait à obtenir une ordonnance d'agrément au sujet d'une fusion. Selon l'affidavit, les sous-alinéas a) et c) de l'affidavit de M. Renaud décrivent un préjudice possible qui [TRADUCTION] «cadre parfaitement avec l'expérience que j'ai des procédures de cette nature», et le sous-alinéa b) évoque la possibilité que des renseignements confidentiels soient divulgués, encore qu'il s'agisse là d'une éventualité qui ne peut être prévue avec certitude. En fait, en ce qui concerne ce dernier point, la seule expérience qu'avait M. Howard, laquelle est mentionnée dans son affidavit, était que le Tribunal avait rendu des ordonnances protégeant des renseignements commerciaux de propriété contre toute divulgation.

Counsel for the respondents had a number of objections to admission of this "evidence" as set out in these affidavits. They are said to contravene Court Rule 332(1) [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663].<sup>14</sup> Counsel cited several cases in which affidavits containing hearsay statements as to belief of the witness were not admitted because the source of the information was not identified (here "counsel" was said not to be identified in the introductory portion of the paragraph from the Renaud affidavit), or the grounds for the stated belief were not set out. Counsel points as well to decisions in which dissatisfaction has been expressed about affidavits provided by solicitors. Moreover, it is said it is not clear in the Renaud affidavit whether "counsel", unnamed, is advising about irreparable harm, a matter that is within the knowledge and belief of the applicants, and for the Howard affidavit, it is said there is no qualification of the affiant as an expert on proceedings before the Competition Tribunal and that his experience in another unrelated case is by no means relevant to the situation of Southam and other applicants here. Finally, objection is taken to the Howard affidavit as not complying with Federal Court Rule 320(1) [as am. by SOR/88-221, s. 5].<sup>15</sup> Counsel for the respondents did note that if the Howard affidavit were admitted and proved to be a major factor in the decision of this matter, his objection to its admission would be pursued since

Les procureurs des intimés ont formulé un certain nombre d'objections aux «éléments de preuve» exposés dans ces affidavits. Ils sont réputés contrevenir à la Règle 332(1) [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663].<sup>14</sup> Les procureurs ont cité plusieurs causes où des affidavits renfermant des déclarations par ouï-dire sur l'opinion du témoin n'avaient pas été admis parce que la source des renseignements n'avait pas été indiquée (dans la présente espèce, il a été dit que les «conseillers juridiques» n'avaient pas été identifiés dans le passage introductif du paragraphe de l'affidavit de M. Renaud), ou que les motifs de l'opinion exprimée n'avaient pas été exposés. Le procureur des intimés a également parlé de décisions où l'on s'était dit insatisfait d'affidavits qu'avaient fournis des avocats. En outre, il a été indiqué que, dans l'affidavit de M. Renaud, il n'était pas clair que le «conseiller juridique», qui n'est pas nommé, indique qu'il y a un risque de préjudice irréparable, un point dont les requérantes pouvaient avoir connaissance, et, pour ce qui est de l'affidavit de M. Howard, il a été dit que ce dernier n'était pas qualifié comme expert des procédures devant le Tribunal de la concurrence et que son expérience dans une autre cause non liée n'avait aucun rapport avec la situation de la Southam et des autres requérantes. Enfin, les procureurs s'opposent à l'affidavit de M. Howard qui, selon eux, ne satisfait pas à la Règle 320(1) des *Règles de la Cour fédérale* [mod. par DORS/88-221, art. 5].<sup>15</sup> Le procureur des intimés a cependant signalé que, si l'affidavit de M. Howard était admis et se révélait un facteur important dans la décision sur cette affaire, il continuerait de s'opposer à son admission car, étant donné que l'affidavit avait été produit tardivement, il n'avait pas eu l'occasion d'obtenir des

<sup>14</sup>Federal Court Rule 332(1) provides:

*Rule 332.* (1) Affidavits shall be confined to such facts as the witness is able of his own knowledge to prove, except on interlocutory motions on which statements as to his belief with the grounds thereof may be admitted.

<sup>15</sup>Federal Court Rule 320(1) provides:

*Rule 320.* (1) Unless the court otherwise orders, the motion is one to which Rule 321.1 applies or the motion is made *ex parte*, a notice of motion, together with supporting affidavits, shall be filed at least two clear days before the day set out in the notice for the hearing of the motion.

<sup>14</sup>La Règle 332(1) prescrit ce qui suit:

*Règle 332.* (1) Les affidavits doivent se restreindre aux faits que le témoin est en mesure de prouver par la connaissance qu'il en a, sauf en ce qui concerne les requêtes interlocutoires pour lesquelles peuvent être admises des déclarations fondées sur ce qu'il croit et indiquant pourquoi il le croit.

<sup>15</sup>La Règle 320(1) prévoit ce qui suit:

*Règle 320.* (1) À moins que la Cour n'en ordonne autrement, qu'il ne s'agisse d'une requête visée à la Règle 321.1 ou que la requête ne soit présentée *ex parte*, l'avis de requête accompagné des affidavits à l'appui est déposé au moins deux jours francs avant le jour qui y est mentionné pour l'audience.

in view of its late filing he had no opportunity for instructions nor to consider cross-examination.

In my view, none of these technical exceptions are sufficient for this Court to rule against admission of paragraph 13 of the Renaud affidavit or the Howard affidavit. While the former is not well drafted and the Howard affidavit is not directly relevant to the question of irreparable harm the applicants here might suffer, both do go to the background against which the applicants, through the affidavit of Renaud, interpreted as expressing his beliefs based on advice of counsel about the nature of proceedings before the Tribunal, may be said to perceive the prospect of irreparable harm if proceedings of the Competition Tribunal are not restrained. My conclusion is to admit this affidavit evidence and avoid resolution of this application on technical grounds when, at the hearing before me, counsel for the respondents conceded that the proceedings before the Competition Tribunal in this matter are likely to involve time and commitment by management and their solicitors and expense, which will not be compensated in any event. I note also that in the respondents' memorandum of fact and law (paragraph 40), relating to another aspect of this application, it is said that an application under Part VIII of the *Competition Act* [as enacted *idem*] (which includes the proceedings in relation to the applicants here) involves consideration of complex legal and economic questions. It seems to me there is no disagreement with the assertion on behalf of the applicants that proceedings before the Tribunal are likely to involve the expenditure of time and money for which there would be no compensation even if ultimately those proceedings, should they go forward, are found to be invalid.

Before dealing further with this concern of the applicants, let me say that I am not persuaded that there is any basis for finding a likelihood of irreparable harm based on the other concerns they raise. The concern about possible release of confidential business information in the course of proceedings before the Tribunal, while it may be a matter of

instructions ou d'envisager d'effectuer un contre-interrogatoire.

Selon moi, aucune de ces exceptions de procédure suffisent pour que la Cour se prononce contre l'admission du paragraphe 13 de l'affidavit de M. Renaud ou de celui de M. Howard. Même si le premier n'est pas rédigé convenablement et que l'affidavit de M. Howard ne se rapporte pas directement à la question du préjudice irréparable dont pourraient souffrir les requérantes en l'espèce, tous deux portent sur les motifs pour lesquels les requérantes, par l'entremise de l'affidavit de M. Renaud, qui exprime l'opinion que ce dernier s'est fait d'après l'avis de conseillers juridiques sur la nature des procédures devant le Tribunal, considèrent, peut-on dire, qu'elles courent un risque de préjudice irréparable si les procédures du Tribunal de la concurrence ne sont pas suspendues. Je suis d'avis d'admettre cette preuve par affidavit et d'éviter de régler la demande en me fondant sur des questions de procédure quand, à l'audience, les procureurs des intimés ont concédé qu'en l'espèce les procédures devant le Tribunal de la concurrence nécessiteront vraisemblablement du temps et un engagement de la part des membres de la direction et de leurs avocats, ainsi que des dépenses, qui, quoi qu'il advienne, ne seront pas compensés. Je note aussi que, dans l'exposé des faits et du droit des intimés (paragraphe 40), au sujet d'un aspect différent de la demande, il est dit qu'une demande présentée en vertu de la Partie VIII de la *Loi sur la concurrence* [édicte, *idem*] (qui inclut les procédures relatives aux requérantes en l'espèce) comporte un examen de questions d'ordre juridique et économique complexes. Il me semble qu'il n'y a pas là de désaccord avec l'affirmation, faite pour le compte des requérantes, que les procédures devant le Tribunal impliqueront vraisemblablement une dépense de temps et d'argent qui ne sera aucunement compensée, même s'il était jugé au bout du compte que ces procédures sont frappées de nullité.

Avant de poursuivre, je voudrais dire que je ne suis pas convaincu que les autres préoccupations que soulèvent les requérantes justifient de quelque façon que l'on conclue à un risque de préjudice irréparable. Leur inquiétude au sujet de la divulgation éventuelle de renseignements commerciaux confidentiels au cours de procédures devant le

concern to the applicants, provides no basis for finding irreparable harm. The Tribunal is empowered to issue confidentiality orders,<sup>16</sup> and orders issued in *NutraSweet* in relation to confidentiality of documents were referred to in argument, as examples, by counsel for the respondents. Counsel for the applicants, however, points to their experience in relation to the filing of the application dealing with their agreements, when they had argued that some of the information included in the Director's application should be sealed in confidence, but that submission was not accepted at that stage by the presiding judicial member of the Tribunal. Despite that experience, it is my understanding that reasoned applications for treatment in confidence of particular documentary evidence produced by the applicants, or even of oral testimony, particularly containing information that might be of commercial value to competitors of the applicants, will be seriously considered by the Tribunal. That would seem to be supported implicitly by the affidavit of Howard. In short, the release of confidential information may be a possibility, but its likelihood at this stage can hardly be deemed a probable consequence of Tribunal proceedings, and concern about this is not a basis for finding irreparable harm.

It is true that if proceedings continue the Competition Tribunal may make the orders sought by the Director of Investigation and Research, requiring Southam and some other applicants to divest interests in certain publications. No doubt orders of this sort would have serious consequences for the applicants. The orders would, however, only be made after a hearing in which the applicants, assuming they believe that their agreements do not contravene the *Competition Act*, have full oppor-

<sup>16</sup> The *Competition Tribunal Act*, *supra*, note 2, s. 8(2) vests the Tribunal with "all such powers, rights and privileges as are vested in a superior court of record", and s. 16 authorizes the Tribunal to make rules for regulating its practice and procedure. Under the *Competition Tribunal Rules*, SOR/87-373, s. 15 provides for determination by the Tribunal of a request that a document not be accessible to the public or to particular persons; and s. 40(2) provides for the Tribunal, upon motion, to order that proceedings not be open to the public.

Tribunal n'est pas un motif pour conclure à l'existence d'un préjudice irréparable. Le Tribunal est habilité à rendre des ordonnances de confidentialité<sup>16</sup>, et le procureur des intimés a fait référence dans sa plaidoirie, à titre d'exemple, aux ordonnances rendues dans l'affaire *NutraSweet* au sujet du caractère confidentiel de documents. Les procureurs des requérantes ont fait toutefois ressortir l'expérience qu'ils avaient au sujet de la production de la demande portant sur leurs accords, lorsqu'elles avaient fait valoir qu'il fallait apposer le sceau de la confidentialité sur certains des renseignements que comprenait la demande du Directeur; cependant, à ce stade, le président du Tribunal n'avait pas retenu cet argument. Malgré cette expérience, je crois savoir que le Tribunal étudiera de façon sérieuse les demandes motivées qu'on lui soumet pour que l'on traite confidentiellement les preuves documentaires particulières que produisent les requérantes, voire des témoignages verbaux, notamment celles qui renferment des renseignements susceptibles de présenter une valeur commerciale aux yeux de concurrents. C'est ce que l'affidavit de M. Howard semble étayer implicitement. En bref, il est possible que des renseignements confidentiels soient dévoilés, mais, à ce stade-ci, on peut difficilement considérer que ce risque est une conséquence probable des procédures du Tribunal, et les préoccupations que suscite cette question ne constituent pas un fondement à une conclusion de préjudice irréparable.

Il est vrai que, si les procédures se poursuivent, il se peut que le Tribunal de la concurrence rende les ordonnances que cherche à obtenir le Directeur des enquêtes et recherches, exigeant que la Southam et d'autres requérantes se départissent d'intérêts dans certaines publications. Il ne fait aucun doute que de telles ordonnances auraient de sérieuses conséquences pour les requérantes. Ces ordonnances ne seraient toutefois rendues qu'après une audience où les requérantes, en supposant que ces

<sup>16</sup> L'art. 8(2) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, précitée, note 2, investit le Tribunal des «attributions d'une cour supérieure d'archives», et l'art. 16 autorise ce dernier à établir des règles régissant ses pratiques et procédures. L'art. 15 des *Règles du Tribunal de la concurrence*, DORS/87-373, prévoit que le Tribunal peut trancher une demande présentée à lui pour qu'un document ne soit pas accessible au public ou à des personnes en particulier; et l'art. 40(2) prévoit que, sur demande, le Tribunal peut ordonner que des procédures ne soient pas publiques.

tunity to persuade the Tribunal of the merits of their case. In short, the outcome of the proceedings cannot be assumed to be a foregone conclusion. Moreover, if proceedings continue before the Competition Tribunal and orders sought by the Director are made before the constitutional issues now raised are settled, the applicants would not be foreclosed from applying to restrain application of the orders until constitutional issues are resolved. The third concern expressed in the Renaud affidavit as a ground of likely irreparable harm is that if divesting were to be ordered, the assets divested, and the Tribunal's proceedings subsequently found invalid on constitutional grounds, then acquisition again of the assets divested would be unlikely. This series of conditional events is, in my view, entirely too speculative a basis for a finding of irreparable harm.

We are left then with the applicants' concern about participation in proceedings which may ultimately be found to be a nullity as a basis for finding irreparable harm. Recognizing that time and money will be expended by the applicants in connection with proceedings before the Competition Tribunal, in all probability before final resolution of the constitutional issues they have raised, the respondents urge there is no factual or opinion evidence of whether that expenditure will be significant. Yet, in a sense any opinion about prospective irreparable harm, a future contingency, is inevitably a matter of belief and the only real question can be whether the harm anticipated is reasonably based. At this stage no one could predict with accuracy commitments that may be required for proceedings that in all probability will be contested by the applicants. In my view, the Court in the circumstances of this case, can take judicial notice that it is reasonable to anticipate those commitments may be substantial before the constitutional issues are finally resolved. Even if this be so, the question is whether that constitutes

dernières croient que leurs accords ne contreviennent pas à la *Loi sur la concurrence*, aient toutes les possibilités voulues de convaincre le Tribunal du bien-fondé de leur cause. En bref, on ne peut a présumer que l'issue des procédures est réglée d'avance. En outre, si les procédures se poursuivent devant le Tribunal de la concurrence et que l'on rende les ordonnances que le Directeur cherche à obtenir avant que soient réglées les questions b d'ordre constitutionnel qui sont soulevées, rien n'empêcherait les requérantes de demander que l'on suspende l'application desdites ordonnances en attendant que les questions d'ordre constitutionnel soient résolues. La troisième préoccupation qui est c exprimée dans l'affidavit de M. Renaud, à titre de motif de préjudice irréparable vraisemblable, est que, s'il était ordonné aux requérantes de se départir d'éléments d'actif et s'il était jugé par la suite, pour des motifs constitutionnels, que le fait de se d départir des éléments d'actif en question et les procédures du Tribunal étaient invalides, il y aurait alors peu de chances d'acquérir de nouveau les éléments d'actif dont les requérantes se seraient départies. Cette série de faits conditionnels est, e selon moi, par trop spéculative pour conclure à l'existence d'un préjudice irréparable.

Reste donc, comme fondement à une conclusion f de préjudice irréparable, la préoccupation des requérantes au sujet de la participation à des procédures qui, en fin de compte, peuvent être considérées comme nulles. Reconnaisant que les requérantes dépenseront du temps et de l'argent g pour les procédures engagées devant le Tribunal de la concurrence, et ce, selon toute probabilité, avant que soient réglées définitivement les questions d'ordre constitutionnel qu'elles ont soulevées, les h intimés font valoir qu'aucune preuve de fait ou aucun témoignage d'opinion n'indique si cette dépense sera considérable. Toutefois, en un sens, tout avis au sujet d'un préjudice irréparable prospectif, une éventualité future, est inévitablement i une question d'opinion, et la seule question qui se pose véritablement est celle de savoir si le préjudice anticipé est raisonnablement fondé. À ce stade-ci, nul ne pourrait prévoir avec exactitude les engagements que pourraient nécessiter des procédures que les requérantes contesteront selon toute j probabilité. À mon sens, la Cour, dans les circonstances de l'espèce, peut prendre judiciairement

irreparable harm. It is not surprising that the parties differ on this issue.

In *Metropolitan Stores* where a stay was sought in proceedings before the Manitoba Labour Relations Board, the object of which was to impose a first collective agreement, and where the validity of legislation vesting that authority in the Board was questioned, the motions judge found that imposition of a first collective agreement would in itself constitute irreparable harm if it later were found that legislation providing for its imposition was a constitutional nullity. That finding was not questioned on appeal.<sup>17</sup>

In *Yri-York Ltd.*<sup>18</sup> the Federal Court of Appeal allowed an appeal from the motions judge and granted an order restraining proceedings before the Restrictive Practices Commission under legislation which was the predecessor to the current *Competition Act*. In that case the Court of Appeal found irreparable harm in that, under the legislation applicable, records or documents produced in proceedings might provide a basis for subsequent criminal prosecution against those who were ordered to produce them in investigatory hearings that the restraining order was sought to stay. That basis for a finding of irreparable harm does not appear to exist in this case for there is no possibility of criminal prosecution of Southam and other applicants, arising out of their agreements, in relation to the offence of conspiracy, the offence to which the agreements might give rise, since pro-

connaissance qu'il est raisonnable d'anticiper que ces engagements peuvent être considérables avant que les questions d'ordre constitutionnel soient définitivement réglées. Même si c'est le cas, la question qui se pose est celle de savoir si cela constitue un préjudice irréparable. Il n'est pas surprenant que les parties diffèrent d'opinion sur la question.

*b*

Dans l'affaire *Metropolitan Stores*, où l'on cherchait à obtenir une suspension d'instance dans des procédures engagées devant la Labour Relations Board (Commission des relations du travail) du Manitoba, procédures dont l'objet était d'imposer une première convention collective, et où l'on mettait en doute la validité des dispositions législatives investissant ce pouvoir à la Commission, le juge des requêtes déterminait que l'imposition d'une première convention collective constituerait en soi un préjudice irréparable s'il était plus tard déterminé que les dispositions législatives qui prévoyaient l'imposition de la convention étaient une nullité constitutionnelle. Cette conclusion ne fut pas contestée en appel.<sup>17</sup>

*f*

Dans l'affaire *Yri-York Ltd.*<sup>18</sup>, la Cour d'appel fédérale fit droit à un appel de la décision du juge des requêtes et rendit une ordonnance suspendant les procédures engagées devant la Commission sur les pratiques restrictives du commerce en vertu de la loi qui a précédé l'actuelle *Loi sur la concurrence*. Dans cette affaire, la Cour d'appel conclut à l'existence d'un préjudice irréparable en ce sens que, en vertu des dispositions législatives applicables, des registres ou des documents produits dans les procédures auraient pu constituer le fondement d'une poursuite criminelle subséquente contre les parties qui avaient reçu l'ordre de les produire dans des audiences d'enquête que l'ordonnance demandée visait à faire suspendre. Ce fondement à une conclusion de préjudice irréparable ne semble pas être présent en l'espèce car il est impossible que les accords conclus par la Southam et d'autres requérantes fassent l'objet d'une poursuite crimi-

<sup>17</sup> *Supra*, note 12, at p. 151.

<sup>18</sup> *Supra*, note 11.

<sup>17</sup> Affaire précitée, note 12, à la p. 151.

<sup>18</sup> Affaire précitée, note 11.

ceedings under section 92 of the *Competition Act* have been initiated.<sup>19</sup>

In the *Alex Couture Inc.* proceedings relating to the appeal from the grant of a stay of proceedings before the Competition Tribunal, the Quebec Court of Appeal discusses briefly the matter of irreparable harm, in the following terms:<sup>20</sup>

With respect to the second test, known as irreparable harm, it is found in the fact that if proceedings are not stayed the respondents must participate in proceedings before a tribunal the constitutionality and composition of which they dispute.

For the applicants it is urged that this Court should follow the Quebec Court of Appeal in this regard; for the respondents it is urged that the Court not do so.

The applicants' concern about irreparable harm can be summed up as the requirement to participate in proceedings before a tribunal when they question the constitutionality both of its formation and of its authority to deal with matters before it, and that participation is anticipated to require the commitment of time, effort and expense which will not be compensated even if the constitutional issues are finally resolved in their favour. In a generic sense that concern is not unique; it would be shared by any party involved in proceedings before any administrator, board or tribunal whose authority is questioned on constitutional grounds. Yet there will be few cases where an applicant to restrain proceedings of a tribunal will be able to point to a decision of a superior court which has already determined the constitutional issues, raised by the applicant, in a manner that supports the position of the applicant. It seems to me this

<sup>19</sup> The *Competition Act*, *supra*, note 3, provides in s. 45(1) [as am. *idem*, s. 30] for the indictable offence of conspiracy where there is agreement unduly lessening competition, the basis on which orders under section 92 are now sought from the Competition Tribunal. S. 45.1 of the *Act as enacted idem*, s. 31, provides:

**45.1** No proceedings may be commenced under subsection 45(1) against a person whom an order is sought under section 79 or 92 on the basis of the same or substantially the same facts as would be alleged in proceedings under that subsection.

<sup>20</sup> *Supra*, note 9, at p. 387 C.P.R.

nelle, relativement à l'infraction de complot à laquelle pourraient donner lieu les accords, étant donné que des procédures ont été engagées en vertu de l'article 92 de la *Loi sur la concurrence*<sup>19</sup>.

<sup>a</sup> Dans l'affaire *Alex Couture Inc.*, qui se rapportait à l'appel relatif à l'octroi d'une suspension d'instance devant le Tribunal de la concurrence, la Cour d'appel du Québec analyse brièvement la question du préjudice irréparable<sup>20</sup>:

<sup>b</sup> Quant au deuxième critère qu'on appelle le «préjudice irréparable», on le trouve dans le fait que les intimés, en l'absence d'un sursis, doivent participer à des procédures devant un tribunal dont ils contestent la constitutionnalité de même que sa composition.

<sup>c</sup> Pour les requérantes, il est allégué que la Cour devrait suivre les instructions de la Cour d'appel du Québec à cet égard; pour les intimés, il est allégué que la Cour ne devrait pas le faire.

<sup>d</sup> Il est possible de résumer l'inquiétude des requérantes au sujet du préjudice irréparable auquel elles s'exposent en disant qu'il s'agit de l'obligation de prendre part à des procédures devant un tribunal dont elles doutent de la constitutionnalité de la composition ainsi que du pouvoir qu'il a de disposer des questions qui lui sont soumises, et qu'elles anticipent que leur participation à ces procédures exigera du temps, des efforts et des dépenses qui ne seront pas compensés, même si les questions d'ordre constitutionnel en jeu sont, en fin de compte, tranchées en leur faveur. De façon générale, il ne s'agit pas là d'une préoccupation unique; toute partie qui prend part à des procédures devant un administrateur, un conseil ou tribunal quelconque dont on conteste le pouvoir pour des motifs d'ordre constitutionnel éprouverait le même sentiment. Toutefois, rares sont les causes où un requérant, qui demande que l'on suspende les procédu-

<sup>19</sup> La *Loi sur la concurrence*, précitée, note 3, prévoit dans l'art. 45(1) [mod., *idem*, art. 30] qu'il se commet un acte criminel de complot lorsque des parties s'entendent pour limiter ou réduire indûment la concurrence, soit le fondement sur lequel reposent les ordonnances que l'on demande ici au Tribunal de la concurrence de rendre en vertu de l'art. 92. L'art. 45.1 de la *Loi*, édicté, *idem*, art. 31, prescrit ce qui suit:

**45.1** Il ne peut être entamé de procédures en application du paragraphe 45(1) contre une personne qui fait l'objet d'une demande d'ordonnance en vertu de l'article 79 ou 92 lorsque les faits soulevés au soutien de la demande d'ordonnance sont les mêmes ou en substance les mêmes que ceux qui seraient soulevés dans les procédures prévues à ce paragraphe.

<sup>20</sup> Affaire précitée, note 9, à la p. 1974 R.J.Q.

circumstance makes this case somewhat unusual. In my view, it is now more likely that the applicants' objections to the Tribunal proceedings will be upheld, than it was before those objections were answered by the Quebec Superior Court in *Couture Inc.* To proceed before further resolution of the constitutional issues, raised not only by the applicants, but already pending consideration in two courts of appeal from other cases, exposes the applicants to proceedings that may be unnecessary, and expenditures of time and money that are not compensable if the constitutional issues are ultimately determined in accord with the applicants' submissions. In these circumstances confronting the applicants I find that, pending resolution of the constitutional issues, there is a likelihood of irreparable harm to the applicants if the proceedings of the Competition Tribunal are not restrained.

res d'un tribunal, sera en mesure d'invoquer une décision d'une cour supérieure qui a déjà tranché les mêmes questions d'ordre constitutionnel que celles que soulèvent le requérant d'une manière qui étaye sa position. Il me semble que cette circonstance rend la présente cause quelque peu inhabituelle. Selon moi, il y a maintenant plus de chances que les objections des requérantes aux procédures du Tribunal soient maintenues, plus qu'avant que la Cour supérieure du Québec ait fait réponse à ces objections dans l'affaire *Couture Inc.* Le fait de poursuivre les procédures avant que soient réglées les questions d'ordre constitutionnel en jeu, qui n'ont pas seulement été soulevées par les requérantes mais qui sont déjà en instance devant deux tribunaux d'appel dans d'autres causes, expose les requérantes à des procédures qui peuvent s'avérer inutiles, ainsi qu'à des dépenses de temps et d'argent qui ne pourront être compensées si l'on tranche en fin de compte lesdites questions d'ordre constitutionnel en leur faveur. Dans les circonstances de l'espèce, je considère que, en attendant que l'on règle les questions constitutionnelles soulevées, il y a un risque que les requérantes subissent un préjudice irréparable si l'on ne suspend pas les procédures du Tribunal de la concurrence.

#### Weighing the balance of convenience

This, of course, does not dispose of the matter, for it is essential to consider the balance of convenience. Thus, the likelihood of irreparable harm to the applicants if a restraining order is not issued, must be weighed against the likelihood of harm to public interests if an order of this sort is issued. In *Metropolitan Stores*, Beetz J. comments that where an injunction or stay is sought against public authorities, courts "have correctly held it is erroneous to deal with these authorities as if they have any interest distinct from that of the public to which they owe the duties imposed upon them by

#### L'évaluation de la prépondérance des inconvénients

g

Bien sûr, cela ne tranche pas la question, car il est indispensable de prendre en considération la prépondérance des inconvénients. Il faut donc mettre en balance le risque que les requérantes subissent un préjudice irréparable si l'on ne rend pas une ordonnance de suspension d'instance avec le risque que l'on porte préjudice aux intérêts publics si une ordonnance de cette nature est rendue. Dans l'affaire *Metropolitan Stores*, le juge Beetz a fait remarquer que, dans les cas où il est demandé de rendre une injonction ou une suspension d'instance contre des administrations publiques, les tribunaux «ont conclu à bon droit que c'est une erreur que d'agir à leur égard comme s'ils



statute.»<sup>21</sup> Further, with reference to assessing the balance of convenience in cases of this sort, Mr. Justice Beetz said:<sup>22</sup>

While respect for the Constitution must remain paramount, the question then arises whether it is equitable and just to deprive the public, or important sectors thereof, from the protection and advantages of impugned legislation, the invalidity of which is merely uncertain, unless the public interest is taken into consideration in the balance of convenience and is given the weight it deserves.

For the applicants it is urged that the balance of convenience favours an order restraining proceedings of the Tribunal. They are prepared to maintain the hold-separate agreement or undertakings, even one with variations, intended to maintain the *status quo* without implementing steps to integrate the publications which the Director seeks to have divested, even though they do not concede that their agreements lessen competition. They do not seek suspension of the *Competition Act* or its application, except in relation to themselves and only pending definitive resolution of constitutional issues. Thus, in the terms set out by Mr. Justice Beetz in *Metropolitan Stores*,<sup>23</sup> the applicants urge that this is an exemption case, that the grant of a stay of Tribunal proceedings here would have little significance as a precedent except pending resolution of constitutional issues, where parties are prepared to give undertakings to maintain the *status quo* and avoid steps which are seen by the Director as contravening the *Competition Act*. In this way it is said the public interest in maintaining the policy of the Act and its application is preserved, pending settlement of serious constitutional issues.

That reasoning may underlie the decision of the Quebec Court of Appeal upholding the stay granted in *Alex Couture Inc.* There the Court noted that, although the applicants believed their merger

avaient un intérêt distinct de celui du public au bénéfice duquel ils sont tenus de remplir les fonctions que leur impose la loi»<sup>21</sup>. En outre, faisant référence à l'évaluation de la prépondérance des incon vénients dans les causes de ce type, le juge Beetz a dit ceci<sup>22</sup>:

Quoique le respect de la Constitution doit conserver son caractère primordial, il y a lieu à ce moment-là de se demander s'il est juste et équitable de priver le public, ou d'importants secteurs du public, de la protection et des avantages conférés par la loi attaquée, dont l'invalidité n'est qu'incertaine, sans tenir compte de l'intérêt public dans l'évaluation de la prépondérance des incon vénients et sans lui accorder l'importance qu'il mérite.

Pour ce qui est des requérantes, il est allégué que la prépondérance des incon vénients favorise une ordonnance suspendant les procédures du Tribunal. Elles sont disposées à maintenir les accords ou engagements tenus pour distincts, même avec des changements, qui visent à maintenir le statu quo sans prendre de mesures pour intégrer les publications dont le Directeur cherche à obtenir qu'elles se départissent, même si elles ne reconnaissent pas que leurs accords diminuent la concurrence. Les requérantes ne cherchent pas à obtenir que l'on suspende la *Loi sur la concurrence* ou son application, sauf en ce qui les concerne et uniquement en attendant que des questions d'ordre constitutionnel soient réglées de façon définitive. En conséquence, selon ce que le juge Beetz a énoncé dans l'arrêt *Metropolitan Stores*<sup>23</sup>, les requérantes font valoir qu'il est question ici d'un cas d'exemption, que l'octroi d'une suspension des procédures du Tribunal aurait peu d'importance comme précédent, sauf en attendant que soient réglées des questions d'ordre constitutionnel, lorsque les parties sont disposées à s'engager à maintenir le statu quo et à éviter de prendre des mesures qui, selon le Directeur, sont contraires à la *Loi sur la concurrence*. Il est dit, de cette façon, qu'en maintenant l'économie de la Loi et de son application on préserve l'intérêt public, en attendant le règlement de questions constitutionnelles sérieuses.

C'est peut-être ce raisonnement qui sous-tend la décision qu'a prise la Cour d'appel du Québec de maintenir la suspension d'instance accordée dans l'affaire *Alex Couture Inc.* Dans cette dernière, la

<sup>21</sup> *Supra*, note 12, at p. 136.

<sup>22</sup> *Idem*, at p. 135.

<sup>23</sup> *Idem*, at pp. 135, 146.

<sup>21</sup> Affaire précitée, note 12, à la p. 136.

<sup>22</sup> *Idem*, à la p. 135.

<sup>23</sup> *Idem*, aux p. 135 et 146.

was entirely lawful and did not fall under the *Competition Act*, they were agreed to arrangements preserving the *status quo*. In these circumstances the Court found it was not required in the public interest that the order staying the proceedings be revoked.<sup>24</sup> It was not prepared to overrule the exercise of discretion by the motions judge in his inherent jurisdiction, apparently on the ground that the public interest did not clearly outweigh that of the corporate parties to whom the stay had been granted.

There is no doubt that the situation before this Court is generally comparable to that facing the Quebec courts in proceedings concerning a stay order in *Alex Couture Inc.* except that the jurisdiction of this Court to restrain proceedings of the Tribunal is statutory rather than inherent, that there are now decisions on the constitutional issues by the Superior Court of Quebec and by the Competition Tribunal, both now pending appeals, and, it may be, that arguments of the respondents are here different than were presented on behalf of the Attorney General of Canada in the *Couture* cases. These differences are sufficient, in my view, to require consideration of the issue of the balance of convenience in light of all arguments addressed to this Court, including argument about the precedential value to be accorded to the decisions rendered by the Quebec courts in the *Couture* cases.

I summarize the respondents' extensive arguments about the balance of convenience as follows:

First, the respondents emphasize the important public interests promoted by the *Competition*

<sup>24</sup> *Supra*, note 9 at p. 388 C.P.R.

Cour a noté que, même si les requérantes considéraient que leur fusion était parfaitement légitime et ne tombait pas sous le coup de la *Loi sur la concurrence*, elles avaient convenu d'arrangements qui préservaient le statu quo. Dans ce contexte, la Cour avait déterminé qu'il n'était pas nécessaire, dans l'intérêt du public, que l'ordonnance suspendant les procédures soit révoquée<sup>24</sup>. Elle n'était pas disposée à rejeter le pouvoir discrétionnaire dont jouissait le juge des requêtes dans sa compétence propre, apparemment pour le motif que l'intérêt public n'avait pas manifestement plus de poids que celui des sociétés auxquelles la suspension d'instance avait été accordée.

Il est indubitable que la situation dont il est question en l'espèce se compare de façon générale à celle dont ont été saisis les tribunaux du Québec dans les procédures relatives à une suspension d'instance dans l'affaire *Alex Couture Inc.*, sauf que le pouvoir qu'a la présente Cour de suspendre les procédures du tribunal est légal plutôt qu'inherent, que la Cour supérieure du Québec et le Tribunal de la concurrence ont maintenant rendu des décisions sur les questions d'ordre constitutionnel, décisions qui, aujourd'hui, sont toutes deux en instance d'appel, et qu'il se peut qu'en l'espèce les arguments des intimés soient différents de ceux qui ont été présentés pour le compte du procureur général du Canada dans les affaires *Couture*. Ces différences suffisent, selon moi, pour qu'il faille examiner la question de la prépondérance des inconvénients à la lumière de tous les arguments qui ont été invoqués devant la présente Cour, y compris celui qui concerne la valeur jurisprudentielle à accorder aux décisions que les tribunaux du Québec ont rendues dans les affaires *Couture*.

Je résumerai comme suit les arguments importants des intimés au sujet de la prépondérance des inconvénients.

Tout d'abord, les intimés font ressortir les intérêts publics importants que défend la *Loi sur la*

<sup>24</sup> Affaire précitée, note 9, à la p. 1975 R.J.Q.

*Act*<sup>25</sup> and implicitly recognized by Dickson C.J. when discussing its predecessor legislation, the *Combines Investigation Act*, in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*:<sup>26</sup>

... the purpose of the Act is to ensure the existence of a healthy level of competition in the Canadian economy. The deleterious effects of anti-competitive practices transcend provincial boundaries. Competition is not an issue of purely local concern but one of crucial importance for the national economy.

Second, counsel submits that those important public interests promoted by the Act which the Director seeks to encourage and protect through the application to the Tribunal would be harmed if a stay is granted. The undertakings given by the applicants were intended simply to prevent implementation of the completed merger transactions pending review to assess whether an application should be made to the Tribunal under section 92 of the Act and they are not perceived to preserve the public interest in maintaining and encouraging competition in the affected markets. Hold-separate undertakings, it is said, cannot restore the degree of competition existing before the merger transactions or prevent the occurrence of all anti-competitive effects before final disposition of proceedings challenging the merger.<sup>27</sup> Whether interim measures, such as hold-separate undertakings, adequately serve the public interest in maintaining competition may require a preliminary determination of the merits of the application now before the Competition Tribunal, a determination not appropriate for this Court but one particularly suited to

<sup>25</sup> *Supra*, note 2, s. 1.1 [as enacted *idem*, s. 19] which provides:

1.1 The purpose of this Act is to maintain and encourage competition in Canada in order to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy, in order to expand opportunities for Canadian participation in world markets while at the same time recognizing the role of foreign competition in Canada, in order to ensure that small and medium-sized enterprises have an equitable opportunity to participate in the Canadian economy and in order to provide consumers with competitive prices and product choices.

<sup>26</sup> [1989] 1 S.C.R. 641, at p. 678.

<sup>27</sup> Respondents refer to McKenna, *Hold Separate Orders in Government Antimerger Suits* (1982), 70 *Georgetown L.J.* 1337, at p. 1357, and Note, "Preliminary Relief for the Government under Section 7 of the Clayton Act" (1965), 79 *Harv. L. Rev.* 391, at p. 395.

*concurrence*<sup>25</sup> et que le juge en chef Dickson a implicitement reconnu lorsqu'il a analysé la loi qui l'a précédée, soit la *Loi sur les enquêtes relatives aux coalitions*, dans l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*<sup>26</sup>:

... la loi a pour objet d'assurer l'existence d'une saine concurrence dans l'économie canadienne. Les effets néfastes de pratiques monopolistiques dépassent les frontières provinciales. La concurrence est une question non pas d'intérêt purement local mais d'importance capitale pour l'économie canadienne.

Deuxièmement, les procureurs font valoir que, si l'on octroyait une suspension d'instance, on porterait préjudice aux intérêts publics importants que défend la Loi et que le Directeur cherche à encourager et à protéger en soumettant la demande au Tribunal. Les engagements qu'avaient pris les requérantes visaient simplement à empêcher la mise à exécution des opérations de fusion effectuées en attendant que l'on fasse un examen pour évaluer s'il fallait présenter une demande au Tribunal en vertu de l'article 92 de la Loi, et l'on ne perçoit pas qu'ils préservent l'intérêt public en maintenant et en encourageant la concurrence dans les marchés touchés. De tels engagements, est-il dit, ne peuvent rétablir le degré de concurrence qui existait avant les opérations de fusion ni empêcher la survenue de tous les effets anticoncurrentiels avant que l'on règle de façon définitive les procédures contestant la fusion<sup>27</sup>. La question de savoir si des mesures transitoires, comme des engagements tenus pour distincts, contribuent de façon adéquate à l'intérêt public en maintenant la concurrence peut requérir une décision préliminaire

<sup>25</sup> Précitée, note 2; l'art. 1.1 [édicte, *idem*, art. 19] édicte que:

1.1 La présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits.

<sup>26</sup> [1989] 1 R.C.S. 641, à la p. 678.

<sup>27</sup> Les intimés font référence à McKenna, *Hold Separate Orders in Government Antimerger Suits* (1982), 70 *Georgetown L.J.* 1337, à la p. 1357, et Note, «Preliminary Relief for the Government under Section 7 of the Clayton Act» (1965), 79 *Harv. L. Rev.* 391, à la p. 395.

the Competition Tribunal's specialized jurisdiction and functions.

Third, counsel argues that if a stay is granted its precedential effect could lead to harm to the general public interests in maintaining and encouraging competition in relation to similar proceedings in other cases relating to mergers, and more seriously in relation to other proceedings within Part VIII of the *Competition Act*, or preliminary procedures leading up to those, for consideration of the Competition Tribunal.

The first of those possibilities is acknowledged by counsel for the applicants but only where the parties concerned can bring themselves within the exemption classification outlined by Mr. Justice Beetz by giving undertakings to maintain the *status quo*, as the applicants are prepared to do and as the parties concerned in *Alex Couture Inc.* apparently had done. For the respondents that raises the prospect of exemption cases becoming suspension cases, so that pending resolution of the constitutional questions finally by the Supreme Court of Canada, proceedings under Part VIII would be effectively suspended. In the words of Beetz J. in *Metropolitan Stores*:<sup>28</sup>

The reason why exemption cases are assimilated to suspension cases is the precedential value and exemplary effect of exemption cases. Depending on the nature of the cases, to grant an exemption in the form of a stay to one litigant is often to make it difficult to refuse the same remedy to other litigants who find themselves in essentially the same situation, and to risk provoking a cascade of stays and exemptions, the sum of which make them tantamount to a suspension case.

The applicants suggest that there has been no flood of cases where a stay has been sought following the grant of a stay in *Alex Couture Inc.* in 1987 but that may be a factor of the relatively few cases dealing with mergers that have been brought before the Competition Tribunal, a comparatively

sur le bien-fondé de la demande dont est actuellement saisi le Tribunal de la concurrence, une décision qu'il n'appartient pas à la présente Cour de prendre, mais pour laquelle la compétence et les fonctions spécialisées du Tribunal de la concurrence conviennent particulièrement bien.

Troisièmement, les procureurs allèguent que, si l'on octroyait une suspension d'instance, cette mesure aurait un effet jurisprudentiel qui pourrait avoir comme conséquence de porter préjudice à l'intérêt public général à maintenir et à encourager la concurrence, relativement à des procédures similaires dans d'autres causes de fusion, et, plus sérieusement, relativement à d'autres procédures dans le cadre de la partie VIII de la *Loi sur la concurrence*, ou à des procédures préliminaires menant à ces dernières, à soumettre à l'examen du Tribunal de la concurrence.

Les procureurs des requérantes souscrivent à la première de ces possibilités mais uniquement dans la mesure où les parties en cause peuvent tomber dans la catégorie d'exemptions qu'a décrite le juge Beetz, en prenant l'engagement de maintenir le statu quo, comme les requérantes sont disposées à le faire et comme l'ont fait apparemment les parties en cause dans l'affaire *Alex Couture Inc.*. Pour les intimés, cela soulève la possibilité que des cas d'exemption deviennent des cas de suspension, de telle sorte que, en attendant que la Cour suprême du Canada règle de façon définitive des questions constitutionnelles, les procédures engagées en vertu de la Partie VIII seraient effectivement suspendues. Comme l'a indiqué le juge Beetz dans l'arrêt *Metropolitan Stores*:<sup>28</sup>:

Si les cas d'exemption sont assimilés aux cas de suspension, cela tient à la valeur jurisprudentielle et à l'effet exemplaire des cas d'exemption. Suivant la nature des affaires, du moment qu'on accorde à un plaideur une exemption sous la forme d'une suspension d'instance, il est souvent difficile de refuser le même redressement à d'autres justiciables qui se trouvent essentiellement dans la même situation et on court alors le risque de provoquer une avalanche de suspensions d'instance et d'exemptions dont l'ensemble équivaut à un cas de suspension de la loi.

Les requérantes soutiennent que l'octroi d'une telle suspension dans l'affaire *Alex Couture Inc.*, en 1987, n'a pas provoqué d'avalanche de suspensions; cependant, il peut s'agir d'un facteur du nombre relativement restreint de causes de fusion qui ont été portées devant le Tribunal de la concurrence.

<sup>28</sup> *Supra*, note 12, at p. 146.

<sup>28</sup> Affaire précitée, note 12, à la p. 146.

new body with new jurisdiction to deal with mergers. In any event that consideration does not detract from the precedential value of a stay, if here granted, for similar cases which I understand the applicants' submissions to concede.

The second possible precedential effect of a stay if granted which the respondents raise, that extending to other proceedings before the Competition Tribunal and even to other preliminary proceedings by the Director, for example, in investigations leading to possible action by him under Part VIII, goes too far in logical extension. It fails to take account of the fact that each application to restrain proceedings before the Competition Tribunal will of necessity be considered on its own merits and the significance of other decisions will be weighed by the court concerned. Thus, for example, I agree with the respondents that the grant of a restraining order by the Federal Court of Appeal in *Yri-York Ltd.* is distinguishable and has little precedential value in considering the balance of convenience in these proceedings, for there the legislation in question, section 17 of the *Combines Investigation Act* [R.S.C. 1970, c. C-23], had been repealed and few others would have been in the position of the applicants there to claim a stay pending resolution of constitutional issues.<sup>29</sup> In effect there was no precedential value of any stay there granted. That is not the case here.

Finally, the respondents raised some other matters, which I do not attempt to classify. The first suggests a basis for distinguishing *Couture Ltd.* from this situation by suggesting that if a stay is here granted and that should be upheld by the Court of Appeal, that would more effectively bind the Competition Tribunal, for the Federal Court of Appeal is itself the appellate body for appeals from the Tribunal. That is true, as it would be if the Court

<sup>29</sup> *Supra*, note 11, at pp. 215-216.

rence, un organisme relativement nouveau auquel de nouveaux pouvoirs ont été conférés pour disposer des fusions. Quoiqu'il en soit, cette remarque n'atténue pas la valeur jurisprudentielle d'une suspension d'instance, à supposer que l'on en octroie une en l'espèce, pour des causes similaires, ce que les requérantes reconnaissent, si j'ai bien compris, dans leur arguments.

Le second effet jurisprudentiel possible d'une suspension d'instance dont font état les intimés, à savoir qu'elle s'étendrait à d'autres procédures engagées devant le Tribunal de la concurrence et même à d'autres procédures préliminaires introduites par le Directeur, par exemple, dans le cadre d'enquêtes menant à une action possible de sa part en vertu de la Partie VIII, est trop poussé en termes d'extension logique. Il omet de tenir compte du fait que chaque demande visant à restreindre des procédures engagées devant le Tribunal de la concurrence sera nécessairement examinée par elle-même et que le tribunal concerné évaluera l'importance d'autres décisions. Par conséquent, par exemple, je conviens avec les intimés que l'octroi d'une ordonnance de suspension par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Yri-York Ltd.* peut être considérée d'espèce différente et a peu de valeur jurisprudentielle pour la prise en compte de la prépondérance des inconvénients dans les présentes procédures, car, dans cet arrêt, la disposition législative en question, soit l'article 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* [S.R.C. 1970, chap. C-23], a été abrogée, et peu d'autres parties auraient été en mesure, comme les requérantes en l'espèce, de demander une suspension d'instance en attendant que soient réglées des questions constitutionnelles<sup>29</sup>. En fait, toute suspension d'instance octroyée à ce moment n'avait aucune valeur jurisprudentielle. Tel n'est pas le cas ici.

Enfin, les intimés ont soulevé quelques autres questions, que je ne tenterai pas de classer. La première suggère une façon de distinguer l'affaire *Couture Ltd.* de la présente espèce en laissant entendre que, dans le cas où une suspension d'instance était octroyée en l'espèce et que la Cour d'appel maintenait cette décision, cela lierait de manière plus effective le Tribunal de la concurrence, car la Cour d'appel fédérale est elle-même

<sup>29</sup> Affaire précitée, note 11, aux p. 215 et 216.

of Appeal granted a stay after this Court declined to do so, but this does not assist in assessing whether discretion should be exercised to grant the relief sought by the applicants. As a counterpoint to this suggestion the applicants raise the matter of judicial comity, the recognition of the persuasive value of the Quebec courts' dealings with the application for a stay in *Alex Couture Ltd.*, urging that in a federal state the same relief as granted there in relation to a federal statute and constitutional questions should be available without regard to the court in which relief is sought. While I acknowledge with great respect the rulings of the Quebec courts in that case, I am bound to consider the exercise of this Court's discretion in the circumstances, so far as they can be perceived in interlocutory proceedings, of the case before me.

The second matter raised by the respondents concerns the time that may be required for final resolution of constitutional issues and the adverse effect that "suspension" of Part VIII of the Act will have, for a long time, uncertain at this stage, pending that resolution. While I do not agree that grant of a stay in this case will in itself effectively suspend Part VIII of the Act, the uncertain time, probably long, for final resolution of the constitutional issues, in all likelihood requiring decision by the Supreme Court of Canada, will have, even for this case treated as an exemption case, does raise the prospect of harm to the public interest if the final resolution upholds the validity of the Tribunal and of its statutory jurisdiction in regard to mergers. The passage of time inevitably will create difficulties in terms of presentation of evidence, for both the applicants and the Director. In my view, that is likely to complicate full and fair presentation of evidence and argument to the Tribunal if proceedings are postponed until after the constitutional issues here raised are resolved. That problem might be addressed by limiting the period of a stay, unless application to extend it were granted,

la cour devant laquelle sont interjetés les appels relatifs aux décisions du Tribunal. Cela est vrai, comme ce le serait si la Cour d'appel accordait une suspension d'instance après que la présente Cour eut refusé de le faire, mais cela n'aide pas à déterminer s'il faut user de discrétion pour faire droit au redressement que les requérantes cherchent à obtenir. En contrepoint de cette suggestion, les requérantes soulèvent la question de la courtoisie judiciaire, la reconnaissance de la valeur convaincante de la manière dont les cours du Québec ont traité la demande de suspension d'instance dans l'affaire *Alex Couture Ltd.*, faisant valoir que dans un état fédéral on devrait pouvoir disposer du même redressement que celui qui a été adjugé dans cette affaire relativement à une loi fédérale et à des questions constitutionnelles, indépendamment du tribunal devant lequel on cherche à obtenir un redressement. Bien que je souscrive avec beaucoup de respect aux décisions que les cours du Québec ont rendues dans cette affaire, je suis contraint de tenir compte de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la présente Cour dans les circonstances de la cause qui m'est soumise, dans la mesure où il est possible de discerner ces circonstances dans des procédures interlocutoires.

La seconde question qu'ont soulevée les intimés se rapporte au temps qui pourrait s'écouler avant que les questions constitutionnelles soient réglées de façon définitive, ainsi qu'à l'effet négatif qu'aura la «suspension» de la Partie VIII de la Loi, pendant une période prolongée, indéterminée à ce moment, en attendant que lesdites questions constitutionnelles soient tranchées. Je ne suis pas d'accord pour dire que l'octroi d'une suspension d'instance en l'espèce aura effectivement pour effet de suspendre la Partie VIII de la Loi, mais le temps incertain, long probablement, qui s'écoulera avant que les questions constitutionnelles soient réglées de façon définitive, et qui nécessiteront selon toute vraisemblance une décision de la Cour suprême du Canada, même si l'affaire est considérée comme un cas d'exemption, soulève effectivement la possibilité que l'on porte préjudice à l'intérêt public si la décision définitive confirme la validité du Tribunal et de son pouvoir légal à l'égard des fusions. Le temps qui s'écoulera occasionnera inévitablement des difficultés sur le plan de la présentation de preuves, et ce, tant aux requérantes qu'au Directeur. Il est vraisemblable, selon moi, que cela

which the applicants rightly point out was a solution incorporated in the grant of a stay by the Court of Appeal in *Yri-York Ltd.* In my view, a stay limited in time might more appropriately be considered by the Competition Tribunal itself, on application by the applicants if no restraint order were granted by this Court.

In sum, it is my assessment that if a stay or restraint order be granted in this matter and the constitutional issues are resolved so that the constitution of the Competition Tribunal is upheld and its legislated jurisdiction in relation to mergers is valid, the public interest will suffer harm in a variety of ways. There is danger that the alleged anti-competitive effects of the merger here, in the print media and print advertising markets in the Lower Mainland of British Columbia, will not all be deterred despite hold-separate undertakings. There is the precedential effect of any stay order in other similar proceedings, at least those involving mergers, before the Competition Tribunal. There is also the uncertain time that may be required for resolution of the constitutional issues. Restraining proceedings before the Tribunal until then will complicate problems of evidence and of argument at any delayed hearings of the Tribunal. Moreover, it will add to the uncertainty concerning the law in relation to mergers and the operations of the Tribunal, not only pending resolution of the constitutional issues, but thereafter until disposition of the proceedings which would be delayed by the stay here sought.

That harm to the public interest, if a stay be granted and ultimately the Tribunal is found constitutionally valid and its legislated jurisdiction

compliquera la présentation juste et complète de preuves et d'arguments au Tribunal si l'on diffère les procédures jusqu'à ce que les questions constitutionnelles soulevées ici aient été réglées. Il serait possible de régler ce problème en limitant la période de suspension, à moins que l'on fasse droit à une demande de prorogation, ce qui, comme les requérantes l'ont fait remarquer avec raison, est une solution qui a été intégrée dans la suspension d'instance accordée par la Cour d'appel dans l'affaire *YRI-York Ltd.* Selon moi, le Tribunal de la concurrence lui-même serait peut-être mieux placé pour envisager l'octroi d'une suspension d'une durée limitée, à la demande des requérantes, si la présente Cour ne rend pas d'ordonnance de suspension.

En résumé, je suis d'avis que, si l'on rendait une ordonnance de suspension dans la présente affaire et si l'on réglait les questions constitutionnelles de manière à ce que la composition du Tribunal de la concurrence soit maintenue et que le pouvoir légiféré qui lui a été conféré à l'égard des fusions soit valide, cela porterait atteinte de diverses façons à l'intérêt public. Il y a le danger que les prétendus effets anticoncurrentiels de la fusion, dans le marché de la presse écrite et celui de la publicité imprimée dans le Lower Mainland de la Colombie-Britannique, ne seront nullement atténués en dépit d'engagements tenus pour distincts. Il y a l'effet jurisprudentiel qu'aurait toute ordonnance de suspension d'instance dans d'autres procédures analogues, au moins celles qui mettent en cause des fusions, engagées devant le Tribunal de la concurrence. Il y a aussi le temps indéterminé qui pourrait s'écouler avant que les questions constitutionnelles soient réglées. Les procédures de suspension qui seront introduites devant le Tribunal jusqu'à ce moment aggraveront les problèmes de preuves et d'arguments à toute audience différée du Tribunal. Qui plus est, elles ajouteront à l'incertitude qui entoure les dispositions législatives relatives aux fusions et aux activités du Tribunal, non seulement en attendant que les questions constitutionnelles soient réglées, mais, par la suite, jusqu'au règlement des procédures que la suspension que l'on cherche ici à obtenir différerait.

Le préjudice qui serait porté à l'intérêt public, advenant qu'une suspension d'instance soit accordée et que l'on juge en fin de compte que le

confirmed, must be weighed against the prospect of harm to the applicants, the expenditure of uncertain but probably considerable time, energy and expense which will not be compensated in proceedings which may ultimately be found to be unconstitutional. In the balance of convenience, or as it is sometimes more aptly described, the balance of inconvenience, it is my view that the potential of harm to the public interest outweighs the potential of harm to the applicants.

#### Conclusion

In the result, I decline to exercise discretion to grant the restraining order here sought. An order goes dismissing the application with costs to the respondents in any event of the cause.

tribunal est constitutionnellement valide et que son pouvoir légiféré est confirmé, doit être mis en balance avec l'éventualité que les requérantes subissent un préjudice, le temps, l'énergie et les dépenses incertains mais probablement considérables qui ne seront pas compensés dans des procédures qui, jugera-t-on peut-être en définitive, sont inconstitutionnelles. Selon la prépondérance des inconvénients, je suis d'avis que le risque de préjudice à l'intérêt public l'emporte sur le risque possible de préjudice aux requérantes.

#### Conclusion

En définitive, je refuse d'user de discrétion pour accorder l'ordonnance de suspension que l'on cherche à obtenir en l'espèce. La demande est rejetée, et les dépens sont adjugés aux intimés en tout état de cause.



A-463-90

A-463-90

**Norman Severud (Applicant)**

v.

**Canada Employment and Immigration Commission (Respondent)**

INDEXED AS: SEVERUD v. CANADA (EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION) (C.A.)

Court of Appeal, Heald, Hugessen and Stone J.J.A.—Vancouver, January 28 and 31, 1991.

*Judicial review — Applications to review — Unemployment insurance — Whether Board of Referees having jurisdiction to “clarify” earlier decision — Functus officio rule to be applied to administrative tribunals in flexible manner.*

*Unemployment insurance — Whether Board of Refugees having jurisdiction to “clarify” earlier decision — Absence of statutory authority — As earlier decision failing to dispose of one of two issues before Board, common sense dictating Board should be allowed to complete task.*

This was an application to set aside a decision of an Umpire under the *Unemployment Insurance Act*, dismissing the applicant's appeal from a decision of the Board of Referees purporting to “clarify” an earlier decision. There were two separate, but related issues before the Board. The Board allowed the appeal without indicating to which issue it was addressing itself, although it was logically impossible to allow the appeal with respect to both issues. The applicant argued that he had been successful with respect to both issues. The Commission argued that the decision applied to only one issue. At the applicant's request, the Board held a second hearing to interpret its first decision. It held that its previous decision had failed to address one of the issues and that the appeal on that issue should be dismissed. The issue upon this application was as to whether the Board had jurisdiction to “clarify” its earlier decision.

*Held*, the application should be dismissed.

If the Board lacks jurisdiction, it can be conferred neither by the applicant requesting a clarification nor by the fact that the clarification is the only rational interpretation. But in the special circumstances of this case the Board, even in the absence of specific statutory authority, had jurisdiction to clarify or interpret its earlier decision because it was logically impossible to allow the appeal on both issues, and the decision was incomplete in that it failed to dismiss the appeal on the other issue. While the decision could have been appealed to the Umpire, such an appeal is limited by section 80 of the *Unemployment Insurance Act* to questions of law and jurisdiction. While it cannot be said that the principle of *functus officio* has no application to administrative tribunals, it should not be applied in a formalistic and inflexible manner to board decisions which are subject to appeal only on points of law.

**Norman Severud (requérant)**

c.

**Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada (intimée)**

RÉPERTORIÉ: SEVERUD c. CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)

Cour d'appel, juges Heald, Hugessen et Stone, J.C.A.—Vancouver, 28 et 31 janvier 1991.

*Contrôle judiciaire — Demandes de révision — Assurance-chômage — Le conseil arbitral avait-il le pouvoir de «clarifier» sa première décision — La règle functus officio doit s'appliquer aux tribunaux administratifs avec souplesse.*

*Assurance-chômage — Le conseil arbitral avait-il le pouvoir de «clarifier» sa première décision — Absence d'autorisation législative — Dans sa première décision, le conseil a omis de trancher l'une des questions dont il avait été saisi et, d'après le bon sens, celui-ci devrait pouvoir terminer ce qu'il a commencé.*

La Cour a été saisie d'une demande d'annulation d'une décision par laquelle un juge-arbitre agissant en vertu de la *Loi sur l'assurance-chômage* a rejeté l'appel formé par le requérant contre une décision du conseil arbitral qui prétendait «clarifier» une décision antérieure. Le conseil devait se prononcer sur deux questions distinctes mais liées. Le conseil a accueilli l'appel sans préciser laquelle des questions il tranchait, même s'il était logiquement impossible d'accueillir l'appel sur les deux questions. Le requérant a soutenu qu'il avait eu gain de cause sur les deux questions. Selon la Commission, la décision ne portait que sur une question. À la demande du requérant, le conseil a tenu une deuxième audience pour interpréter sa première décision. Il a statué qu'il avait omis de trancher l'une des questions dans sa première décision et que l'appel sur cette question devrait être rejeté. La question en litige dans la présente demande était de savoir si le conseil avait le pouvoir de «clarifier» sa première décision.

*Arrêt*: la demande devrait être rejetée.

Si le conseil n'est pas compétent, ni la demande de clarification formulée par le requérant ni le fait que la clarification soit la seule interprétation logique ne peuvent être attributifs de compétence. Toutefois, dans les circonstances particulières de l'espèce, le conseil, même en l'absence d'une autorisation législative expresse, avait le pouvoir de clarifier ou d'interpréter sa première décision parce qu'il lui était logiquement impossible d'accueillir l'appel sur les deux questions, et la décision était incomplète parce qu'elle omettait de rejeter l'appel sur l'autre question. Bien que cette décision eût pu être portée en appel devant le juge-arbitre, l'article 80 de la *Loi sur l'assurance-chômage* limite un tel appel aux questions de droit et de compétence. On ne peut affirmer que le principe *functus officio* ne s'applique pas aux tribunaux administratifs; il ne devrait cependant pas s'appliquer de manière formaliste et rigide aux décisions d'un conseil qui ne font l'objet d'un appel que sur des questions de droit.

The original decision failed to dispose of one of the issues before the Board. That issue was one which the Act empowered the Board to dispose of. The statute does not specify any remedies which the Board is empowered to apply and the Board did not purport to select any particular remedy. Common sense dictates that it should be allowed to complete its task, something which only the Board could do. So long as it remained undone the dispute between the parties — for which the Act provides a speedy and inexpensive means of resolution — remained unresolved.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.  
*Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1, ss. 9(6), 79, 80, 86.  
*Unemployment Insurance Regulations*, C.R.C., c. 1576, s. 66.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848; (1989), 101 A.R. 321; 62 D.L.R. (4th) 577; [1989] 6 W.W.R. 521; 70 Alta. L.R. (2d) 193; 40 Admin. L.R. 128; 36 C.L.R. 1; 99 N.R. 277.

##### COUNSEL:

*R. Tim Louis* for applicant.  
*Paul Partridge* for respondent.

##### SOLICITORS:

*Tim Louis & Company*, Vancouver, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

HUGESSEN J.A.: This section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7] application is taken against a decision of Reed J., sitting as an Umpire under the *Unemployment Insurance Act* [R.S.C., 1985, c. U-1], in which she dismissed the applicant's appeal against a decision by the Board of Referees dated March 16, 1988. By that decision the Board, acting at the request of the applicant, purported to "clarify" an earlier decision which was dated October 28, 1987.

Dans sa première décision, le conseil a omis de trancher l'une des questions dont il était saisi. C'était une question qu'il était habilité par la Loi à trancher. Cette Loi ne précise pas les moyens de redressement que le conseil est habilité à appliquer, et le conseil n'a pas, dans les faits, prétendu choisir un moyen de redressement particulier. D'après le bon sens, il devrait pouvoir terminer ce qu'il a commencé, car lui seul pouvait accomplir cette tâche. Tant qu'elle restait inachevée, le litige entre les parties, à l'égard duquel la Loi prévoit des modes de règlement rapides et peu coûteux, demeurait non résolu.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.  
*Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), chap. U-1, art. 9(6), 79, 80, 86.  
*Règlement sur l'assurance-chômage*, C.R.C., chap. 1576, art. 66.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848; (1989), 101 A.R. 321; 62 D.L.R. (4th) 577; [1989] 6 W.W.R. 521; 70 Alta. L.R. (2d) 193; 40 Admin. L.R. 128; 36 C.L.R. 1; 99 N.R. 277.

##### AVOCATS:

*R. Tim Louis* pour le requérant.  
*Paul Partridge* pour l'intimée.

##### PROCUREURS:

*Tim Louis & Company*, Vancouver, pour le requérant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimée.

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

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: La présente demande fondée sur l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7] attaque une décision par laquelle le juge Reed, qui siégeait en qualité de juge-arbitre aux termes de la *Loi sur l'assurance-chômage* [L.R.C. (1985), chap. U-1], a rejeté l'appel interjeté par le requérant contre une décision du conseil arbitral en date du 16 mars 1988. Par cette décision, le conseil, qui agissait à la demande du requérant, a prétendu [TRADUCTION] «clarifier» une décision qu'il avait prise le 28 octobre 1987.

The only issue of any consequence on the present application has to do with the jurisdiction of the Board to make the second decision and to enter upon the exercise of clarifying or interpreting its earlier decision.

A number of preliminary observations are in order. In the first place, there is no statutory mandate for the Board to do as it did, it being common ground that the conditions precedent to the exercise of the powers conferred by section 86 of the *Unemployment Insurance Act*<sup>1</sup> have not been met in this case.

Secondly, the fact that the Board undertook to clarify its earlier decision at the specific request of the present applicant cannot in itself confer jurisdiction if there is none in law.

Finally, even though the clarification or interpretation issued by the Board was in fact, as the learned Umpire found, the only rational one open to them, that fact does not confer jurisdiction on the Board, the Umpire or this Court to issue a binding declaration to that effect in these proceedings. It may, of course, render the present application academic and of no possible ultimate benefit to the applicant but that has no bearing on the strictly legal question.

In its decision of October 28, 1987 the Board had to deal with two separate but related issues. The first was the applicant's appeal of the Commission's decision of August 20, 1987 denying his claim for benefit on the ground that he had only 12 insurable weeks in his qualifying period while a minimum of 16 such weeks was required (A.B., page 38). The second had to do with the Commission's refusal of his request (under subsection 9(6)) to retroactively voluntarily terminate as of December 7, 1986 a benefit period which had been established in his favour from August 10, 1986. In

<sup>1</sup> 86. The Commission, a board of referees or the umpire may in respect of any decision given in any particular claim for benefit rescind or amend the decision on the presentation of new facts or on being satisfied that the decision was given without knowledge of, or was based on a mistake as to, some material fact.

La seule question de conséquence en l'espèce est de savoir si le conseil avait la compétence de rendre la deuxième décision et d'entreprendre de clarifier ou d'interpréter sa première décision.

a

Il convient de faire plusieurs observations préliminaires. En premier lieu, le conseil n'est pas habilité par la Loi à faire ce qu'il a fait, puisqu'il est reconnu que les conditions préalables à l'exercice des pouvoirs conférés par l'article 86 de la *Loi sur l'assurance-chômage*<sup>1</sup> n'ont pas été remplies en l'espèce.

b

Deuxièmement, le fait que le conseil ait entrepris de clarifier sa première décision à la demande expresse du requérant en l'espèce ne peut en soi être attributif de compétence s'il n'en existe aucune en droit.

c

Enfin, même si la clarification ou l'interprétation formulée par le conseil était effectivement, comme le juge-arbitre l'a décidé, la seule qui logiquement s'offrait à lui, ce fait ne donne pas au conseil, au juge-arbitre ou à la présente Cour le pouvoir de rendre un jugement déclaratoire obligatoire à cet effet dans la présente espèce. Il peut, bien entendu, rendre la présente demande théorique et, en définitive, parfaitement vaine pour le requérant, mais cela n'a aucun rapport avec la question purement juridique.

d

e

f

Dans la décision qu'il a rendue le 28 octobre 1987, le conseil devait se prononcer sur deux questions distinctes mais liées. Premièrement, il y avait l'appel que le requérant a interjeté contre la décision en date du 20 août 1987 de la Commission de rejeter sa demande de prestations au motif que sa période de référence ne comptait que douze semaines d'emploi assurable, alors qu'il devait avoir à son actif au moins seize semaines d'emploi assurable (dossier d'appel, à la page 38). Deuxièmement, il y avait le refus de la Commission d'accéder à la demande du requérant (conformément au paragraphe 9(6)) de mettre fin volontairement et rétroactivement au 7 décembre 1986 à une période de prestations qui avait été établie en sa faveur à

g

h

i

<sup>1</sup> 86. La Commission, un conseil arbitral ou le juge-arbitre peut annuler ou modifier toute décision relative à une demande particulière de prestations si on lui présente des faits nouveaux ou si, selon sa conviction, la décision a été rendue avant que soit connu un fait essentiel ou a été fondée sur une erreur relative à un tel fait.

its observations to the Board the Commission accurately stated the issues:

Norman Severud established a claim for Unemployment Insurance effective August 10, 1986 after having worked for B & C List (1982) Ltd. (Exhibit 2.1, 2.2). He filed again several weeks later having again worked for B & C List (1982) Ltd. (Exhibit 3.1, 3.2, 4). His claim of August 10, 1986 was renewed effective December 7, 1986 (Exhibit 5).

Mr. Severud subsequently enquired about his option to terminate his claim in favour of a new claim and, after having been advised of the pros and cons, chose not to disturb the existing claim (Exhibit 6). His claim continued until the maximum duration was reached and the claim terminated whereupon he refiled (Exhibit 7.1-7.3).

Mr. Severud was advised that he lacked sufficient insured weeks to qualify for a new claim (Exhibit 10). He has appealed that decision and in so doing pointed to his earlier decision not to terminate his claim of August 10, 1986 saying that he based his decision on misinformation by the Commission (Exhibit 11). The Commission has considered Mr. Severud's request to retroactively voluntarily terminate his earlier claim and has denied his request (Exhibit 12). Hence there are two issues before the Board of Referees, namely, Mr. Severud's request for a retroactive voluntary termination of his claim and his failure to prove sufficient insurable weeks to establish a subsequent claim (Exhibit 10). Should Mr. Severud's appeal be successful on the issue of retroactive voluntary termination, he would qualify for a claim effective December 7, 1986 as the qualifying conditions at that time differ from the requirements in August 1987. Hence, the issue of Mr. Severud's failure to establish a claim in August 1987 would not need to be addressed.

The point made by the Commission in the final sentence of the above extract was repeated and expanded upon by the learned Umpire in her reasons when she said:

If the Board was allowing the claimant's appeal on the first issue, then, there was no need for it to have considered the second issue. Conversely, if the Board was allowing the claimant's appeal on the second issue, it would have been redundant for it to have decided the first issue.

The decision of the Board, rendered 28 October 1987, was as follows:

Two issues:

(1) Benefit Period Not Established – Sections 17 and 18 of the Unemployment Insurance Act.

(2) Voluntary Termination of Claim – Section 20(3)(6) of the Unemployment Insurance Act

The claimant attended and was represented by his lawyer Mr. Tim Louis.

partir du 10 août 1986. Dans les observations qu'elle a soumises au conseil, la Commission a fidèlement exposé les points litigieux:

[TRADUCTION] Après avoir travaillé pour B & C List (1982) Ltd., Norman Severud a formulé une demande d'assurance-chômage qui a pris effet le 10 août 1986 (pièce 2.1, 2.2). Il a formulé une nouvelle demande plusieurs semaines plus tard, après avoir de nouveau travaillé pour B & C List (1982) Ltd. (pièce 3.1, 3.2, 4). Sa demande du 10 août 1986 a été renouvelée le 7 décembre 1986 (pièce 5).

M. Severud s'est par la suite renseigné au sujet de la possibilité de mettre fin à sa demande afin d'en formuler une nouvelle, et, après qu'on lui eut fait part du pour et du contre, il a décidé de ne pas modifier la demande initiale (pièce 6). Sa demande a pris fin à l'expiration de la durée maximale qui avait été prévue, après quoi le prestataire a formulé une nouvelle demande (pièce 7.1-7.3).

On a avisé M. Severud qu'il n'avait pas suffisamment de semaines d'emploi assurable pour pouvoir formuler une nouvelle demande (pièce 10). Il a fait appel de cette décision et, ce faisant, a rappelé la décision qu'il avait prise de ne pas mettre fin à sa demande du 10 août 1986, en disant qu'il s'était appuyé sur des renseignements erronés fournis par la Commission (pièce 11). La Commission a étudié la demande de M. Severud de mettre fin volontairement et rétroactivement à sa première demande et a refusé d'y accéder (pièce 12). Par conséquent, le conseil arbitral est saisi de deux questions, à savoir la demande de M. Severud de mettre fin volontairement et rétroactivement à sa demande et l'incapacité de ce dernier de justifier d'un nombre suffisant de semaines d'emploi assurable pour formuler une autre demande (pièce 10). Si l'appel de M. Severud est accueilli sur la question de la cessation volontaire rétroactive, il pourrait formuler une demande prenant effet le 7 décembre 1986, vu que les conditions requises à ce moment diffèrent de celles en vigueur en août 1987. Le conseil n'aurait donc pas besoin de se prononcer sur l'incapacité de M. Severud de formuler une demande en août 1987.

Dans ses motifs, le juge-arbitre a repris et développé la remarque faite par la Commission dans la dernière phrase de l'extrait précité, lorsqu'elle a affirmé:

[TRADUCTION] Si le conseil accueillait l'appel du prestataire sur la première question, alors, il n'était pas nécessaire qu'il examine la deuxième question. Inversement, si le conseil accueillait l'appel du prestataire sur la deuxième question, il aurait été superflu qu'il tranche la première question.

La décision rendue par le conseil le 28 octobre 1987 était la suivante:

[TRADUCTION] Deux questions:

(1) Période de prestations non établie – Articles 17 et 18 de la Loi sur l'assurance-chômage

(2) Cessation volontaire de la demande – Paragraphes 20(3)(6) de la Loi sur l'assurance-chômage

Le prestataire a comparu et il était assisté de son avocat, M<sup>e</sup> Tim Louis.

Mr. Louis informed the Board that the claimant had no argument with the facts submitted in the docket. The issue was whether Mr. Severud had been fully informed of his options on the document of "pros & cons" as shown in exhibit #6. The unemployment rate variable was not included as a factor in spite of its possible fluctuation. It was over 11.5% at time claimant made his decision to continue his original claim on January 20, 1987 when he made his decision; the unemployment rate 11.4% from July 19, 1987 to August 15, 1987. Mr. Severud signed the form provided and understood the options as they were outlined, but the document contained no reference to the key unemployment rate factor. Mr. Louis, on behalf of the claimant was basing his appeal on the grounds of 'Informed Consent'.

The Board after review of both the oral and written submission find the claimant was not fully informed of all the pros and cons and the appeal is allowed.

The reference to "pros and cons" is to a document (A.B., page 31) which bears that title given by the Commission to the applicant January 20, 1987; its purpose was to assist the applicant in deciding at that time whether or not to voluntarily terminate his earlier benefit period (August 10, 1986) and establish a new one effective December 7, 1986. Clearly it was relevant only to the issue of retroactive voluntary termination (described by the Board as issue number 2) since it could have no possible bearing on whether or not the applicant had the necessary number of qualifying weeks in August 1987, seven months later.

The Commission read the Board's decision of October 28, 1987 as dealing only with the issue relating to retroactive voluntary termination. The applicant, however, took another view. Focussing on the last four words of that decision, "the appeal is allowed", he contended that he had won on both issues and that he was entitled both to retroactively terminate his August 1986 benefit period and to keep the benefit of that old period while at the same time qualifying for a new period commencing in August of 1987 even though having only 12 insurable weeks when a minimum of 16 was required.

The parties being at an impasse, the applicant requested a hearing from the Board "to seek fur-

M<sup>e</sup> Louis a indiqué au conseil que le prestataire n'avait aucun argument à faire valoir au sujet des faits contenus dans le dossier. La question était de savoir si l'on avait renseigné à fond M. Severud au sujet des options qu'il pouvait exercer, dans le document concernant [TRADUCTION] «le pour et le contre» déposé comme pièce 6. La variable qu'était le taux de chômage ne figurait pas au nombre des facteurs mentionnés, en dépit de sa fluctuation possible. Ce taux dépassait 11,5 % au moment où le prestataire a pris la décision de conserver sa demande initiale le 20 janvier 1987 lorsqu'il a pris sa décision; entre le 19 juillet 1987 et le 15 août 1987, ce taux s'établissait à 11,4 %.

M. Severud a signé le formulaire qui lui avait été remis et a compris les options telles qu'elles étaient exposées, mais le document ne mentionnait rien au sujet du facteur clé qu'était le taux de chômage. Au nom du prestataire, M<sup>e</sup> Louis faisait reposer son appel sur le motif du «consentement éclairé».

Après avoir analysé l'argumentation orale et écrite, le conseil en arrive à la conclusion que le prestataire n'a pas été renseigné à fond sur le pour et le contre, et l'appel est accueilli.

Le [TRADUCTION] «pour et le contre» dont parle le conseil est un document (dossier d'appel, à la page 31) portant ce titre que la Commission a remis au requérant le 20 janvier 1987 pour aider ce dernier à décider, à ce moment, s'il devait ou non mettre fin volontairement à sa période de prestations initiale (celle du 10 août 1986) et établir une nouvelle période prenant effet le 7 décembre 1986. Il est clair que ce document concernait uniquement la question de la cessation volontaire rétroactive (que le conseil a décrite comme la question n<sup>o</sup> 2), car il ne pouvait absolument pas avoir rapport avec la question de savoir si le requérant avait à son actif le nombre nécessaire de semaines d'emploi assurable en août 1987, soit sept mois plus tard.

Selon l'interprétation de la Commission, la décision en date du 28 octobre 1987 du conseil ne portait que sur la question de la cessation volontaire rétroactive. Par contre, le requérant ne partageait pas cet avis. S'appuyant sur les trois derniers mots de cette décision, [TRADUCTION] «l'appel est accueilli», il a soutenu qu'il avait eu gain de cause sur les deux questions et qu'il avait le droit à la fois de mettre fin rétroactivement à la période de prestations du mois d'août 1986 et de conserver l'avantage de cette première période, tout en étant admissible à une nouvelle période commençant en août 1987, même s'il n'avait à son actif que douze semaines d'emploi assurable au lieu du minimum de seize semaines exigé.

Comme les parties étaient dans une impasse, le requérant a présenté une demande d'audience au

ther clarification” of the decision. The Board granted the request and by its decision of March 16, 1988 held, by a majority, that the first decision “failed to address Issue #1”, and that the appeal on that issue should be dismissed. The dissenting member of the Board indicated that in his view the Board’s decision of October 28, 1987 intended to and did allow the appeal on both issues. As indicated, an appeal to the Umpire was unsuccessful.

It is my opinion that in the special circumstances of this case the Board, even in the absence of specific statutory authority, had the jurisdiction to do what it did. Its original decision was ambiguous in the sense that although there were two issues before the Board it was logically impossible to allow the appeal on both of them at the same time. The words “the appeal is allowed” could only mean that the applicant had succeeded on one or the other. By the same token, the decision was incomplete in that it failed to dismiss the appeal on the other issue. While the decision could have been appealed to the Umpire, such an appeal is limited by section 80 of the *Unemployment Insurance Act* to questions of law and jurisdiction.

In *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848 the Supreme Court had to deal with a very similar jurisdictional problem to the one raised here. An administrative tribunal, the Practice Review Board of the Association of Architects, having held a hearing, made a report containing a number of findings which were found to be beyond its jurisdiction. The Board then indicated that it proposed to continue the original hearing so as to consider making another report. The objection was taken that the Board was *functus officio*, i.e., without jurisdiction. Sopinka J., speaking for a majority of the Supreme Court, dealt with that contention as follows [at pages 860-862]:

I am, however, of the opinion that the application of the *functus officio* principle is more appropriately dealt with in the context of the following characterization of the current state of the Board’s proceedings. The Board held a valid hearing into certain practices of the appellants. At the conclusion of the

conseil [TRADUCTION] «pour tenter d’obtenir des clarifications» au sujet de la décision. Le conseil a accédé à sa demande et, dans une décision en date du 16 mars 1988, il a jugé à la majorité qu’il a [TRADUCTION] «avait omis de trancher la question n° 1» dans sa première décision, et que l’appel sur cette question devait être rejeté. Le membre dissident a indiqué que, à son avis, le conseil avait voulu accueillir l’appel sur les deux questions dans sa décision du 28 octobre 1987, et l’avait effectivement accueilli. Comme je l’ai mentionné, l’appel devant le juge-arbitre a été infructueux.

Je suis d’avis que, dans les circonstances particulières de l’espèce, le conseil, même en l’absence d’une autorisation législative expresse, avait le pouvoir de faire ce qu’il a fait. Sa première décision était ambiguë parce que, même s’il était saisi de deux questions, il lui était logiquement impossible d’accueillir l’appel sur les deux questions en même temps. Les mots [TRADUCTION] «l’appel est accueilli» pouvaient uniquement signifier que le requérant avait eu gain de cause sur l’une ou l’autre question. De plus, la décision était incomplète parce qu’elle omettait de rejeter l’appel sur l’autre question. Bien que cette décision eût pu être portée en appel devant le juge-arbitre, l’article 80 de la *Loi sur l’assurance-chômage* limite un tel appel aux questions de droit et de compétence.

Dans l’arrêt *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848, la Cour suprême du Canada devait examiner une question de compétence fort semblable au cas qui nous occupe. Un tribunal administratif, à savoir la Commission de la révision des pratiques de l’Association des architectes, avait tenu une audience et présenté un rapport contenant plusieurs conclusions qui outrepassaient sa compétence. La Commission a ensuite indiqué qu’elle avait l’intention de poursuivre l’audience initiale afin de décider s’il convenait de rédiger un autre rapport. On s’y est opposé en faisant valoir que la Commission était *functus officio*, c’est-à-dire qu’elle n’avait pas compétence. Le juge Sopinka, parlant au nom de la majorité de la Cour suprême, a répondu à cet argument de la façon suivante [aux pages 860-862]:

J’estime cependant qu’il faut plutôt traiter de l’application du principe *functus officio* dans le contexte de la qualification suivante de l’état actuel des procédures devant la Commission. La Commission a tenu une audience valide au sujet de certaines pratiques des appelants. À la fin de l’audience, au lieu d’envisa-

hearing, in lieu of considering recommendations and directions, it made a number of *ultra vires* findings and orders which were void and have been quashed. In these circumstances, is the decision of the Board final so as to attract the principle of *functus officio*?

#### Functus Officio

The general rule that a final decision of a court cannot be reopened derives from the decision of the English Court of Appeal in *In re St. Nazaire Co.* (1879), 12 Ch. D. 88. The basis for it was that the power to rehear was transferred by the *Judicature Acts* to the appellate division. The rule applied only after the formal judgment had been drawn up, issued and entered, and was subject to two exceptions:

1. where there had been a slip in drawing it up, and,
2. where there was an error in expressing the manifest intention of the court. See *Paper Machinery Ltd. v. J. O. Ross Engineering Corp.*, [1934] S.C.R. 186.

In *Grillas v. Minister of Manpower and Immigration*, [1972] S.C.R. 577, Martland J., speaking for himself and Laskin J., opined that the same reasoning did not apply to the Immigration Appeal Board from which there was no appeal except on a question of law. Although this was a dissenting judgment, only Pigeon J. of the five judges who heard the case disagreed with this view. At page 589 Martland J. stated:

The same reasoning does not apply to the decisions of the Board, from which there is no appeal, save on a question of law. There is no appeal by way of a rehearing.

In *R. v. Development Appeal Board, Ex p. Canadian Industries Ltd.*, the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta was of the view that the Alberta Legislature had recognized the application of the restriction stated in the *St. Nazaire Company* case to administrative boards, in that express provision for rehearing was made in the statutes creating some provincial boards, whereas, in the case of the Development Appeal Board in question, no such provision had been made. The Court goes on to note that one of the purposes in setting up these boards is to provide speedy determination of administration problems

He went on to find in the language of the statute an intention to enable the Board to hear further evidence in certain circumstances although a final decision had been made.

I do not understand Martland J. to go so far as to hold that *functus officio* has no application to administrative tribunals. Apart from the English practice which is based on a reluctance to amend or reopen formal judgments, there is a sound policy reason for recognizing the finality of proceedings before administrative tribunals. As a general rule, once such a tribunal has reached a final decision in respect to the matter that is before it in accordance with its enabling statute, that decision cannot be revisited because the tribunal has changed its mind, made an error within jurisdiction or because there has been a change of circumstances. It can only do so if authorized by statute or if there has been a slip or error within the exceptions

ger de formuler des recommandations et des directives, elle a formulé un certain nombre de conclusions et d'ordonnances *ultra vires* qui étaient nulles et qui ont été annulées. Dans ces circonstances, la décision de la Commission est-elle définitive, ce qui justifierait l'application du principe du *functus officio*?

#### Functus officio

La règle générale portant qu'on ne saurait revenir sur une décision judiciaire définitive découle de la décision de la Court of Appeal d'Angleterre dans *In re St. Nazaire Co.* (1879), 12 Ch. D. 88. La cour y avait conclu que le pouvoir d'entendre à nouveau une affaire avait été transféré à la division d'appel en vertu des *Judicature Acts*. La règle ne s'appliquait que si le jugement avait été rédigé, prononcé et inscrit, et elle souffrait deux exceptions:

1. lorsqu'il y avait eu lapsus en la rédigeant, ou
2. lorsqu'il y avait une erreur dans l'expression de l'intention manifeste de la cour. Voir *Paper Machinery Ltd. v. J. O. Ross Engineering Corp.*, [1934] R.C.S. 186.

Dans *Grillas c. Ministre de la Main-d'Oeuvre et de l'Immigration*, [1972] R.C.S. 577, le juge Martland, s'exprimant en son propre nom et en celui du juge Laskin, s'est dit d'avis que le même raisonnement ne s'appliquait pas à la Commission d'appel de l'immigration dont les décisions ne pouvaient faire l'objet d'un appel que sur une question de droit. Même s'il s'agissait d'une opinion dissidente, seul le juge Pigeon, parmi les cinq juges ayant entendu l'affaire, n'y a pas souscrit. Le juge Martland affirme, à la p. 589:

Le même raisonnement ne s'applique pas aux décisions de la Commission, dont il n'y a pas d'appel, sauf sur une question de droit. Il n'y a pas d'appel par voie de nouvelle audition.

Dans *R. v. Development Appeal Board, Ex p. Canadian Industries Ltd.*, la Chambre d'appel de la Cour suprême de l'Alberta a exprimé l'avis que la législature albertaine reconnaissait l'application de la restriction énoncée dans l'affaire *St. Nazaire Company* aux commissions administratives, puisque des dispositions expresses prévoyant une nouvelle audition avaient été insérées dans les lois établissant certaines commissions provinciales, tandis que, dans le cas du Development Appeal Board en question, il n'y en avait pas. La Cour a poursuivi en signalant que l'un des buts de la création de ces commissions était d'arriver rapidement au règlement de problèmes administratifs.

Il a ensuite conclu que le texte de la loi exprimait l'intention d'habiliter la Commission à entendre d'autres éléments de preuve, dans certains cas, même si une décision définitive avait été rendue.

Je ne crois pas que le juge Martland ait voulu affirmer que le principe *functus officio* ne s'applique aucunement aux tribunaux administratifs. Si l'on fait abstraction de la pratique suivie en Angleterre, selon laquelle on doit hésiter à modifier ou à rouvrir des jugements officiels, la reconnaissance du caractère définitif des procédures devant les tribunaux administratifs se justifie par une bonne raison de principe. En règle générale, lorsqu'un tel tribunal a statué définitivement sur une question dont il était saisi conformément à sa loi habilitante, il ne peut revenir sur sa décision simplement parce qu'il a changé d'avis, parce qu'il a commis une erreur dans le cadre de sa compétence, ou parce que les circonstances ont changé. Il ne peut le

enunciated in *Paper Machinery Ltd. v. J.O. Ross Engineering Corp.*, *supra*.

To this extent, the principle of *functus officio* applies. It is based, however, on the policy ground which favours finality of proceedings rather than the rule which was developed with respect to formal judgments of a court whose decision was subject to a full appeal. For this reason I am of the opinion that its application must be more flexible and less formalistic in respect to the decisions of administrative tribunals which are subject to appeal only on a point of law. Justice may require the reopening of administrative proceedings in order to provide relief which would otherwise be available on appeal.

Accordingly, the principle should not be strictly applied where there are indications in the enabling statute that a decision can be reopened in order to enable the tribunal to discharge the function committed to it by enabling legislation. This was the situation in *Grillas*, *supra*.

Furthermore, if the tribunal has failed to dispose of an issue which is fairly raised by the proceedings and of which the tribunal is empowered by its enabling statute to dispose, it ought to be allowed to complete its statutory task. If, however, the administrative entity is empowered to dispose of a matter by one or more specified remedies or by alternative remedies, the fact that one is selected does not entitle it to reopen proceedings to make another or further selection. Nor will reserving the right to do so preserve the continuing jurisdiction of the tribunal unless a power to make provisional or interim orders has been conferred on it by statute. [Underlining added.]

In my view the underlined words describe exactly what has occurred here. The Board of Referees failed in its original decision to dispose of one of the issues before it. That issue was one which the Act empowered it to dispose of. The statute does not specify any remedies which the Board is empowered to apply,<sup>2</sup> and the Board did not in fact purport to select any particular remedy. It simply allowed the appeal without saying which of the Commission's decisions was found to be bad. Common sense as well as sound policy would indicate that it should be allowed to complete its task. This is something which only the Board could do, and so long as it remained undone the dispute between the parties, for which the Act provides a speedy and inexpensive means of resolution, remained unsolved.

<sup>2</sup> Indeed s. 79 of the *Unemployment Insurance Act* and s. 66 of the *Unemployment Insurance Regulations* [C.R.C., c. 1576] are entirely silent as to the substance of the Board's decision and speak only of matters of form.

faire que si la loi le lui permet ou s'il y a eu un lapsus ou une erreur au sens des exceptions énoncées dans l'arrêt *Paper Machinery Ltd. v. J. O. Ross Engineering Corp.*, précité.

Le principe du *functus officio* s'applique dans cette mesure. a Cependant, il se fonde sur un motif de principe qui favorise le caractère définitif des procédures plutôt que sur la règle énoncée relativement aux jugements officiels d'une cour de justice dont la décision peut faire l'objet d'un appel en bonne et due forme. C'est pourquoi j'estime que son application doit être plus souple et moins formaliste dans le cas de décisions rendues par b des tribunaux administratifs qui ne peuvent faire l'objet d'un appel que sur une question de droit. Il est possible que des procédures administratives doivent être rouvertes, dans l'intérêt de la justice, afin d'offrir un redressement qu'il aurait par ailleurs été possible d'obtenir par voie d'appel.

c Par conséquent, il ne faudrait pas appliquer le principe de façon stricte lorsque la loi habilitante porte à croire qu'une décision peut être rouverte afin de permettre au tribunal d'exercer la fonction que lui confère sa loi habilitante. C'était le cas dans l'affaire *Grillas*, précitée.

d De plus, si le tribunal administratif a omis de trancher une question qui avait été soulevée à bon droit dans les procédures et qu'il a le pouvoir de trancher en vertu de sa loi habilitante, on devrait lui permettre de compléter la tâche que lui confie la loi. Cependant, si l'entité administrative est habilitée à trancher e une question d'une ou de plusieurs façons précises ou par des modes subsidiaires de redressement, le fait d'avoir choisi une méthode particulière ne lui permet pas de rouvrir les procédures pour faire un autre choix. Le tribunal ne peut se réserver le droit de le faire afin de maintenir sa compétence pour l'avenir, à moins que la loi ne lui confère le pouvoir de rendre des décisions provisoires ou temporaires. [C'est moi qui souligne.]

f À mon sens, les mots soulignés décrivent exactement ce qui s'est produit en l'espèce. Dans sa première décision, le conseil arbitral a omis de trancher l'une des questions dont il était saisi. g C'était une question qu'il était habilité par la Loi à trancher. Cette Loi ne précise pas les moyens de redressement que le conseil est habilité à appliquer<sup>2</sup>, et le conseil n'a pas, dans les faits, prétendu choisir un moyen de redressement particulier. Il a h simplement accueilli l'appel sans préciser laquelle des décisions de la Commission il estimait mal fondée. D'après le bon sens et la logique, le conseil devrait pouvoir terminer ce qu'il a commencé. Lui i seul pouvait accomplir cette tâche, et, tant qu'elle restait inachevée, le litige entre les parties, à l'égard duquel la Loi prévoit des modes de règlement rapides et peu coûteux, demeurait non résolu.

<sup>2</sup> De fait, l'art. 79 de la *Loi sur l'assurance-chômage* et l'art. 66 du *Règlement sur l'assurance-chômage* [C.R.C., chap. 1576] sont tout à fait muets quant au fond de la décision du conseil et ne traitent que de questions de forme.



I would dismiss the application.

HEALD J.A.: I agree.

STONE J.A.: I agree.

Je rejetterais la demande.

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

*a* LE JUGE STONE, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

A-1026-90

A-1026-90

**Pacific Press Limited and Neil Graham (Applicants)**

v.

**Minister of Employment and Immigration, R. G. Smith, in his capacity as Adjudicator pursuant to the Immigration Act (Canada) and Charles Julius McVey (Respondents)**

*INDEXED AS: PACIFIC PRESS LTD. v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (C.A.)*

Court of Appeal, Mahoney, MacGuigan and Décary J.J.A.—Vancouver, March 3; Ottawa, April 22, 1991.

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — Freedom of press — Immigration Act, s. 29(3) requiring inquiries to be held in camera unless member of public seeking access establishing public conduct of inquiry neither impeding inquiry nor adversely affecting subject or family — Immigration Act inquiries analogized to judicial proceedings — Media coverage rendering courts truly open to public — Charter, s. 2(b) infringed as purpose of legislation to prevent access to immigration inquiries — Impugned legislation deemed valid for one year to preserve rule of law, allow Parliament time to amend.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Limitation clause — Immigration Act, s. 29(3) (requiring inquiries held in camera unless member of public seeking access establishing public conduct of inquiry neither impeding inquiry nor adversely affecting subject or family) infringing Charter, s. 2(b) freedom of press — Although objective (that refugee claimant or family not suffer reprisals due to testimony) sufficient to warrant overriding freedom of expression, means not proportional to end — S. 29(3) overinclusive.*

*Immigration — Practice — Immigration Act, s. 29(3) (requiring inquiries held in camera unless member of public seeking access establishing public conduct of inquiry neither impeding inquiry nor adversely affecting subject or family) infringing Charter, s. 2(b) freedom of press — Analogy between inquiries under Immigration Act and judicial proceedings — Legislation not justified under Charter, s. 1 as excessive — Although s. 29(3) void, deemed valid for one year to avoid confusion in administration of refugee program and to give Parliament time to amend — Meaning of “adversely affected” dealt with in view of temporary validity authorization.*

**Pacific Press Limited et Neil Graham (requérants)**

a c.

**Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, R. G. Smith, en sa qualité d'arbitre conformément à la Loi sur l'immigration (Canada) et Charles Julius McVey (intimés)**

*RÉPERTORIÉ: PACIFIC PRESS LTD. c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)*

Cour d'appel, juges Mahoney, MacGuigan et Décary, J.C.A.—Vancouver, 3 mars; Ottawa, 22 avril 1991.

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Liberté de la presse — L'art. 29(3) de la Loi sur l'immigration exige que les enquêtes se tiennent à huis clos sauf si celui qui veut y assister démontre que la tenue en public de l'enquête n'entraverait pas cette dernière et que ni l'intéressé ni les membres de sa famille ne s'en trouveraient lésés — Analogie établie entre les enquêtes en vertu de la Loi sur l'immigration et les procédures judiciaires — La couverture assurée par les médias rend les tribunaux réellement accessibles au public — Violation de l'art. 2b) de la Charte puisque l'objet de la loi est d'interdire l'accès aux enquêtes en matière d'immigration — La mesure législative contestée est réputée valide pour un an afin de préserver le principe de la primauté du droit et permettre au législateur d'apporter la modification nécessaire.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — L'art. 29(3) de la Loi sur l'immigration (qui exige la tenue des enquêtes à huis clos sauf si celui qui en fait la demande démontre que la tenue en public de l'enquête n'entraverait pas cette dernière et que ni l'intéressé ni les membres de sa famille ne s'en trouveraient lésés) viole le droit à la liberté de la presse garanti à l'art. 2b) de la Charte — Bien que l'objectif (faire en sorte que le demandeur du statut de réfugié et sa famille ne souffrent pas de représailles à la suite des dépositions) soit suffisant pour l'emporter sur la liberté d'expression, les moyens ne sont pas proportionnés à la fin — L'art. 29(3) est une disposition qui va beaucoup trop loin.*

*Immigration — Pratique — L'art. 29(3) de la Loi sur l'immigration (qui exige la tenue des enquêtes à huis clos sauf si celui qui en fait la demande démontre que la tenue en public de l'enquête n'entraverait pas cette dernière et que ni l'intéressé ni les membres de sa famille ne s'en trouveraient lésés) viole le droit à la liberté de la presse garanti à l'art. 2b) de la Charte — Analogie établie entre les enquêtes en vertu de la Loi sur l'immigration et les procédures judiciaires — La mesure législative ne se justifie pas en vertu de l'art. premier de la Charte, car elle est excessive — Bien que l'art. 29(3) soit nul, il est réputé valide pendant un an pour éviter la confusion dans l'administration du programme des réfugiés et pour donner le temps au législateur d'apporter la modification nécessaire — L'expression «adversely affected» (lésés) est interprétée compte tenu de la validité temporaire.*

This was an application to set aside the Adjudicator's decision that the inquiry and detention review hearings under the *Immigration Act* concerning respondent, McVey, should be held *in camera* because he would be adversely affected by the stress resulting from publicity. The press was interested in the case because McVey was wanted for the commission of offences in California, but the British Columbia Court of Appeal had held that the offences were not extraditable. *Immigration Act*, subsection 29(3) provides that an inquiry shall be held *in camera* unless it is established to the adjudicator's satisfaction, on application by a member of the public, that the conduct of the inquiry in public would not impede the inquiry and would not adversely affect the subject of the inquiry or any member of his family. The applicants argued that subsection 29(3) was void as inconsistent with the Charter, paragraph 2(b) guarantees freedom of expression and of the press. The respondents argued that the "unless" clause in subsection 29(3) established a full and fair process containing a "built-in balancing procedure" that foreclosed the need for balancing under Charter, section 1 and that therefore did not infringe paragraph 2(b) rights. They relied on *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Kenney* wherein Martin J. refused to declare subsection 29(3) void based on his interpretation of *dicta* in *Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* as meaning that any constitutional problems with subsection 29(3) had been resolved.

*Held*, the application should be allowed, although subsection 29(3) shall be deemed valid for one year to allow Parliament time to amend the law.

The legislative history of subsection 29(3) indicates that it was adopted to prevent access to immigration inquiries by the press and the public except in limited circumstances, so that Convention refugees could speak freely of their experiences without risking reprisals by those from whom they have fled.

Martin J. misinterpreted the *dicta* in *Pacific Press*. It expressly excluded a concluded opinion that subsection 29(3) should be "read down". In fact, Mahoney J.A. noted two problems: the limitation of the protected group to the refugee claimant and his family and the placing of the onus of proof on the person requesting an open hearing. A statute should not be read down unless an offending clause is severable without causing damage to the whole, or unclear language can easily be made more clear.

The principle of public access to the courts was established before the Charter came into being. At the present day it is media coverage which renders courts truly open to the public. Detention review hearings have been held to be judicial or quasi-judicial in nature. The legitimacy of authority of tribunals exercising judicial or quasi-judicial functions requires maintenance of confidence in their integrity and understanding of their operations, which can be achieved only if their proceedings are open to the public. The principle of openness must be deemed to apply to every "exercise of judicial powers" and therefore even to that of an adjudicator under the Act. Also, the policy considerations underlying the reluctance of our law

Il s'agit d'une demande d'annulation de la décision de l'arbitre suivant laquelle l'enquête et les audiences tenues au sujet de l'intimé McVey conformément à la *Loi sur l'immigration* devraient se tenir à huis clos parce qu'il subirait un préjudice en raison du stress causé par la présence des médias. La presse s'intéressait à l'affaire parce que McVey était recherché pour différentes infractions en Californie, mais la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué que les infractions ne pouvaient donner lieu à l'extradition. Le paragraphe 29(3) de la *Loi sur l'immigration* prévoit la tenue à huis clos des enquêtes sauf si celui qui en fait la demande démontre que la tenue en public de l'enquête n'entraverait pas cette dernière et que ni l'intéressé ni les membres de sa famille ne s'en trouveraient lésés. Les requérants ont soutenu que le paragraphe 29(3) était inopérant parce qu'il est incompatible avec l'alinéa 2b) de la Charte, qui garantit la liberté d'expression et la liberté de la presse. Les intimés ont affirmé que la clause «sauf si» au paragraphe 29(3) établissait un processus complet et équitable constituant une «procédure d'appréciation inhérente» qui écartait la nécessité d'un examen sous le régime de l'article premier de la Charte et qui ne violait donc pas les droits prévus à l'alinéa 2b). À l'appui de cette approche, ils ont cité l'arrêt *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Kenney* dans lequel le juge Martin a refusé de déclarer inopérant le paragraphe 29(3) en se fondant sur les remarques incidentes dans l'arrêt *Pacific Press Ltd. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* qu'il interprétait comme disant que tout problème constitutionnel posé par le paragraphe 29(3) avait été réglé.

*Arrêt*: la demande devrait être accueillie, mais le paragraphe 29(3) sera considéré comme valide pendant un an pour permettre au législateur de modifier la loi.

Il ressort de la genèse législative du paragraphe 29(3) qu'il a été adopté pour empêcher l'accès de la presse et du public aux enquêtes en matière d'immigration, sauf dans des circonstances restreintes, pour permettre aux réfugiés au sens de la Convention de parler librement de leurs expériences, sans craindre de faire l'objet de représailles de la part de ceux qu'ils ont fuies.

Le juge Martin a mal interprété les opinions incidentes exprimées dans l'arrêt *Pacific Press*. Elles évitaient expressément d'exprimer l'opinion définitive que le paragraphe 29(3) devrait recevoir une «interprétation atténuée». De fait, le juge Mahoney, J.C.A. a fait mention de deux difficultés: la limitation de la portée de la protection au demandeur et à sa famille, et l'imposition du fardeau de la preuve à la personne qui demande une enquête publique. Une loi ne devrait recevoir une interprétation atténuée que lorsqu'une clause irrégulière peut être clairement écartée sans nuire au tout, ou qu'un libellé imprécis peut facilement être précisé.

Le principe de l'accès du public aux tribunaux a été établi avant l'avènement de la Charte. Dans la société d'aujourd'hui, ce sont les comptes rendus de la presse qui font que les tribunaux sont accessibles au public. L'audience de révision des motifs de la détention a été déclarée de nature judiciaire ou quasi judiciaire. Le crédit accordé aux tribunaux qui exercent des fonctions judiciaires ou quasi judiciaires exige qu'on ait confiance dans leur intégrité et qu'on comprenne leur mode de fonctionnement, ce qui ne saurait s'accomplir que dans la mesure où le public aura accès à leurs séances. Le principe de la transparence des procédures judiciaires doit être présumé s'appliquer à chaque «exercice des pouvoirs judiciaires», et par

to inhibit the accessibility of immigration inquiries and court proceedings are analogous. The "penetrating light of public scrutiny" is required in respect of inquiries under the *Immigration Act* and court proceedings equally.

The Supreme Court of Canada has held that procedure in freedom-of-expression cases should be: (1) determine whether the activity of the litigant falls within the protected paragraph 2(b) sphere; (2) determine whether the purpose of the impugned government action is to restrict freedom of expression. If so, the section 2 guarantee will necessarily be infringed. Since the legislative purpose behind subsection 29(3) is to prevent access to immigration inquiries by the press and public, and is thus to restrict freedom of expression, subsection 29(3) infringes freedom of expression and of the press.

As to whether the limit on freedom of expression could be demonstrably justified in a free and democratic society under Charter, section 1, it was necessary to distinguish between end and means. The Government must establish that (1) the impugned state action has an objective of pressing and substantial concern in a free and democratic society and (2) the means are proportional to the end. (1) The objective of the legislation was to ensure that neither the refugee claimant nor his family was endangered by testimony given at the hearing. That objective is of sufficient stature to warrant overriding freedom of expression and of the press. (2) The importance of freedom of expression and of public access to the courts is, however, of such paramount importance that any interference with it must be of a minimal nature. The interference herein is not of a minimal nature. Subsection 29(3) is seriously excessive legislation and should be held to be of no force or effect under *Constitution Act, 1982*, subsection 52(1). It is overinclusive because it imposes an impossible burden of proof on the member of the public seeking to open the hearing; it does not provide alternatives, such as a ban on publication; the combined effect of subsections 29(2) and (3) is to give the person who is the subject of the inquiry a "licence" to determine which members of the public, including possibly the media, would have exclusive access to the hearing; and, perhaps most importantly, a final decision can be made on access before a refugee claim is actually made. It would be enough to allow a temporary decision to be made on access to remain in place only until a refugee claim had been made. The legislative intention of protecting refugee claimants cannot be defended beyond the moment when claimants must indicate whether they are making refugee claims.

Subsection 29(2) had not been challenged herein and accordingly continues in force. That, coupled with the invalidity of subsection 29(3) may cause confusion in the administration of the refugee program. To preserve the rule of law, Parliament must be allowed sufficient time to amend the law. Subsection

conséquent, même à celui d'un arbitre nommé en vertu de la Loi. De plus, les raisons de principe qui sous-tendent la réputation de notre droit à l'accessibilité des enquêtes en matière d'immigration et des procédures judiciaires sont analogues. Les «regards pénétrants du public» s'imposent aussi bien dans les procédures judiciaires que dans les enquêtes en matière d'immigration.

La Cour suprême du Canada a statué que la procédure appropriée à suivre dans les affaires portant sur la liberté d'expression devrait être la suivante: (1) se demander si l'activité de la partie qui allègue l'atteinte à la liberté d'expression est comprise dans la sphère protégée par l'alinéa 2b); (2) déterminer si l'action gouvernementale attaquée vise à restreindre la liberté d'expression. Si tel est le cas, il sera nécessairement porté atteinte à la garantie assurée à l'article 2. Puisque le but législatif visé par le paragraphe 29(3) est d'empêcher l'accès par la presse et le public aux enquêtes en matière d'immigration, et donc de restreindre la liberté d'expression, le paragraphe 29(3) viole la liberté d'expression et la liberté de presse.

Pour ce qui est de déterminer si la restriction de la liberté d'expression peut se justifier dans une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la Charte, il a été nécessaire de faire une distinction entre la fin et les moyens. Le gouvernement doit établir que (1) la mesure gouvernementale attaquée a un objectif qui se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique et (2) que les moyens sont proportionnels à la fin. (1) La mesure législative avait pour objectif de faire en sorte que ni le demandeur du statut de réfugié ni les membres de sa famille ne soient en danger à la suite de dépositions faites au cours de l'audience. Cet objectif est suffisamment important pour justifier de passer outre à la liberté d'expression et à la liberté de la presse. (2) La liberté d'expression et l'accès du public aux tribunaux sont toutefois d'une telle importance prépondérante que toute atteinte doit être minimale. L'atteinte en l'espèce n'est pas minimale. Le paragraphe 29(3) est une disposition législative qui va beaucoup trop loin et devrait être déclarée inopérante en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ce paragraphe a une couverture excessive parce qu'il impose au membre du public qui cherche à obtenir la tenue en public de l'enquête un fardeau de la preuve dont il est impossible de s'acquitter. Il n'offre pas de solutions de rechange, comme l'interdiction de publier; le paragraphe 29(3), combiné avec le paragraphe 29(2), a pour effet de donner à la personne qui fait l'objet d'une enquête l'«autorisation» de déterminer les membres du public, y compris les médias, qui auraient l'accès exclusif à l'audience; et, plus important peut-être, une décision définitive sur l'accès peut être rendue avant qu'une demande de statut de réfugié ne soit faite réellement. Il suffirait de permettre qu'une décision temporaire soit rendue au sujet de l'accès du public et qu'elle reste applicable seulement jusqu'à ce qu'une demande de statut de réfugié soit faite. L'intention législative de protéger les demandeurs de statut de réfugié ne saurait être défendue au-delà du moment où les demandeurs doivent faire savoir s'ils revendiquent le statut de réfugié.

Le paragraphe 29(2) n'a pas été contesté en l'espèce et il reste donc en vigueur. Le maintien de ce paragraphe, combinée à l'invalidité du paragraphe 29(3), peut créer de la confusion dans l'application du programme des réfugiés. Pour préserver la primauté du droit, il faut accorder au législateur suffisamment

29(3) shall be deemed temporarily valid for one year, allowing Parliament adequate time to amend the law. In view of the one-year temporary validity authorization, applicants' submission as to the meaning of "adversely affected" in subsection 29(3) needed to be dealt with. The guidelines proposed by the Minister should be agreed with: (1) it is insufficient to establish embarrassment or humiliation by publication of information; (2) privacy interest is not enough to establish adverse effect; (3) inquiry subjects may establish adverse effect by showing that their concerns are consistent with Charter principles; and (4) there must be some direct link between the publicity and personal danger to inquiry subjects or their families. Stress generated by the presence of the news media, whatever its effect on the health of the participants is insufficient in law to constitute adverse effect as set out in subsection 29(3). "Lésés" — word used in the French version of the subsection means wronged, damaged or injured and connotes something more than psychological adversity. The legislation contemplated physical harm from reprisals such as imprisonment, mistreatment and even death. Although tension may have serious health consequences, it could be placed no higher than the sensibilities of the individuals involved, which are no basis for exclusion of the public from judicial proceedings.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2(b), 7.

*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52(1).

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 341A(4) (as added by SOR/79-57, s. 8).

*Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52, s. 29.

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 27 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 4), 29(3) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 99), 43(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Southam Inc. v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1987] 3 F.C. 329; (1987), 13 F.T.R. 138; 3 Imm. L.R. (2d) 226 (T.D.); *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; [1986], 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; [1985], 19 D.L.R. (4th) 1; [1985] 4 W.W.R. 385; 35 Man.R. (2d) 83; 59 N.R. 321.

de temps pour modifier la loi. Le paragraphe 29(3) sera donc considéré temporairement valide pendant un an, délai qui suffira au législateur pour modifier la loi. Étant donné la validité temporaire d'un an, il fallait statuer sur l'argument des requérants sur le sens de l'expression «*adversely affected*» (lésés) au paragraphe 29(3). Les lignes directrices proposées par le ministre devraient recueillir l'assentiment: (1) il ne suffit pas de prouver que la publication de renseignements sera cause d'embarras et d'humiliation; (2) l'intérêt à la protection de la vie privée ne suffit pas à établir le préjudice; (3) ceux qui font l'objet d'une enquête peuvent établir leur préjudice en montrant que leurs préoccupations correspondent aux principes posés par la Charte; et (4) il doit y avoir un lien direct entre la publicité et le danger personnel pour ceux qui font l'objet d'une enquête ou leur famille. Le stress causé par la présence des médias d'information, quel que soit son effet sur la santé des participants à la procédure, ne suffit pas en droit pour constituer un préjudice au sens du paragraphe 29(3). «Lésés», le mot utilisé dans la version française du paragraphe, désigne le tort, le dommage ou le préjudice subi, et il connote quelque chose qui est plus que l'adversité psychologique. Le législateur avait en vue les lésions corporelles imputables aux représailles telles l'emprisonnement, les mauvais traitements physiques et même la mort. Même si la tension peut entraîner de graves conséquences pour la santé, elle ne saurait dépasser la susceptibilité des personnes en cause, qui ne justifie pas qu'on exclut le public des procédures judiciaires.

#### 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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2b), 7.

*Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52(1).

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

*Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, chap. 52, art. 29.

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 27, (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), chap. 30, art. 4), 29(3) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 31, art. 99), 43(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 14).

*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663, Règle 341A(4) (ajoutée par DORS/79-57, art. 8).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Southam Inc. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1987] 3 C.F. 329; (1987), 13 F.T.R. 138; 3 Imm. L.R. (2d) 226 (1<sup>re</sup> inst.); *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; [1986], 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; (1985), 19 D.L.R. (4th) 1; [1985] 4 W.W.R. 385; 35 Man.R. (2d) 83; 59 N.R. 321.

## NOT FOLLOWED:

*Toronto Star Newspapers Ltd. v. Kenney*, [1990] 1 F.C. 425; (1990), 33 F.T.R. 194; 10 Imm. L.R. (2d) 22 (T.D.).

## CONSIDERED:

*Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113; 34 C.R. (3d) 27; 33 R.F.L. (2d) 279 (C.A.); *Thomson v. Canada*, [1988] 3 F.C. 108; (1988), 50 D.L.R. (4th) 454; 31 Admin. L.R. 14; 84 N.R. 169 (C.A.); *Attorney General of Nova Scotia et al. v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; (1985), 49 N.S.R. (2d) 609; 132 D.L.R. (3d) 385; 96 A.P.R. 609; 65 C.C.C. (2d) 129; 26 C.R. (3d) 193; 40 N.R. 181; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; (1989), 103 A.R. 321; 64 D.L.R. (4th) 577; [1990] 1 W.W.R. 577; 71 Alta. L.R. (2d) 273; 45 C.R.R. 1; 102 N.R. 321; *C.D. v. Canada (Minister of National Revenue)*, F.C.A., A-207-90, judgment dated 15/3/91, Décary J.A., not yet reported.

## REFERRED TO:

*Re McVey*, [1989] 2 W.W.R. 673; (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 28; 45 C.C.C. (3d) 413 (B.C.C.A.); *McVey v. U.S.* (1989), 40 B.C.L.R. (2d) 273; 52 C.C.C. (3d) 34 (C.A.); *Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 1 F.C. 419; (1990), 10 Imm. L.R. (2d) 42; 104 N.R. 228 (C.A.); *Lor-Wes Contracting Ltd. v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 346; [1985] CTC 79; (1985), 85 DTC 5310; 60 N.R. 321 (C.A.); *Re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; (1976), 68 D.L.R. (3d) 452; 9 N.R. 541; *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591; (1989), 96 A.R. 352; 58 D.L.R. (4th) 317; [1989] 4 W.W.R. 1; 66 Alta. L.R. (2d) 97; 38 C.R.R. 193; 93 N.R. 266; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; (1990), 111 N.R. 161; *R. v. Logan*, [1990] 2 S.C.R. 731; (1990), 58 C.C.C. (3d) 391; *Dick v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 309; (1985), 23 D.L.R. (4th) 33; [1986] 1 W.W.R. 1; 69 B.C.L.R. 184; 22 C.C.C. (3d) 129; [1985] 4 C.N.L.R. 55; 62 N.R. 1; *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495; (1978), 92 D.L.R. (3d) 1; [1978] CTC 829; 78 DTC 6258; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; (1988), 54 D.L.R. (4th) 577; 19 Q.A.C. 69; 10 C.H.R.R. D/5559; 36 C.R.R. 1; 90 N.R. 84; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *Minister of Employment and Immigration v. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171 (F.C.A.).

## COUNSEL:

Roger D. McConchie for applicants.

## DÉCISION NON SUIVIE:

*Toronto Star Newspapers Ltd. c. Kenney*, [1990] 1 C.F. 425; (1990), 33 F.T.R. 194; 10 Imm. L.R. (2d) 22 (1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113; 34 C.R. (3d) 27; 33 R.F.L. (2d) 279 (C.A.); *Thomson c. Canada*, [1988] 3 C.F. 108; (1988), 50 D.L.R. (4th) 454; 31 Admin. L.R. 14; 84 N.R. 169 (C.A.); *Procureur général de la Nouvelle-Écosse et autre c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; (1985), 49 N.S.R. (2d) 609; 132 D.L.R. (3d) 385; 96 A.P.R. 609; 65 C.C.C. (2d) 129; 26 C.R. (3d) 193; 40 N.R. 181; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; (1989), 103 A.R. 321; 64 D.L.R. (4th) 577; [1990] 1 W.W.R. 577; 71 Alta. L.R. (2d) 273; 45 C.R.R. 1; 102 N.R. 321; *C.D. c. Canada (Ministre du Revenu national)*, C.A.F., A-207-90, jugement en date du 15-3-91, le juge Décary, J.C.A., encore inédit.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Re McVey*, [1989] 2 W.W.R. 673; (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 28; 45 C.C.C. (3d) 413 (C.A.C.-B.); *McVey v. U.S.* (1989), 40 B.C.L.R. (2d) 273; 52 C.C.C. (3d) 34 (C.A.); *Pacific Press Ltd. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 1 C.F. 419; (1990), 10 Imm. L.R. (2d) 42; 104 N.R. 228 (C.A.); *Lor-Wes Contracting Ltd. c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 346; [1985] CTC 79; (1985), 85 DTC 5310; 60 N.R. 321 (C.A.); *Renvoi Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; (1976), 68 D.L.R. (3d) 452; 9 N.R. 541; *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591; (1989), 96 A.R. 352; 58 D.L.R. (4th) 317; [1989] 4 W.W.R. 1; 66 Alta. L.R. (2d) 97; 38 C.R.R. 193; 93 N.R. 266; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; (1990), 111 N.R. 161; *R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731; (1990), 58 C.C.C. (3d) 391; *Dick c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 309; (1985), 23 D.L.R. (4th) 33; [1986] 1 W.W.R. 1; 69 B.C.L.R. 184; 22 C.C.C. (3d) 129; [1985] 4 C.N.L.R. 55; 62 N.R. 1; *Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495; (1978), 92 D.L.R. (3d) 1; [1978] CTC 829; 78 DTC 6258; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; (1988), 54 D.L.R. (4th) 577; 19 Q.A.C. 69; 10 C.H.R.R. D/5559; 36 C.R.R. 1; 90 N.R. 84; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171 (C.A.F.).

## j AVOCATS:

Roger D. McConchie pour les requérants.

*Mary A. Humphries* for respondent Minister of Employment and Immigration.

*Robert S. Anderson* for respondent Charles McVey.

*Mary A. Humphries* pour l'intimé ministre de l'Emploi et de l'Immigration.

*Robert S. Anderson* pour l'intimé Charles McVey.

SOLICITORS:

*Ladner, Downs*, Vancouver, for applicants.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent Minister of Employment and Immigration.

*Farris, Vaughan, Wills & Murphy*, Vancouver, for respondent Charles McVey.

PROCUREURS:

*Ladner, Downs*, Vancouver, pour les requérants.

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé ministre de l'Emploi et de l'Immigration.

*Farris, Vaughan, Wills & Murphy*, Vancouver, pour l'intimé Charles McVey.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

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

MACGUIGAN J.A.: The applicants seek, for the second time, to set aside a decision of Adjudicator R. G. Smith that the inquiry and detention review hearings concerning the respondent McVey ("McVey") held under the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, as amended ("the Act"), should be held *in camera*.

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Les requérants cherchent, pour la deuxième fois, à faire annuler la décision de l'arbitre R. G. Smith suivant laquelle l'enquête et les audiences relatives à la révision des motifs de la détention concernant l'intimé McVey («McVey»), tenues sous le régime de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2, modifiée («la Loi»), devraient être à huis clos.

The story begins with two attempts by the United States, following his arrest on an extradition warrant in the Yukon in August, 1987, to extradite McVey for different offences committed in California. Both times the British Columbia Court of Appeal held, *per* Hutcheon J.A., that the offences were not extraditable: *Re McVey*, [1989] 2 W.W.R. 673; *McVey v. U.S.* (1989), 40 B.C.L.R. (2d) 273. McVey has been the subject of substantial publicity in the United States since late 1983, and in British Columbia since his 1987 arrest.<sup>1</sup>

L'histoire commence avec deux tentatives par les États-Unis, par suite de son arrestation à l'occasion d'un mandat d'extradition dans le Yukon en août 1987, d'obtenir l'extradition de McVey pour différentes infractions commises en Californie. À deux reprises, le juge Hutcheon de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, a statué que ces infractions ne pouvaient donner lieu à une extradition: *Re McVey*, [1989] 2 W.W.R. 673; *McVey v. U.S.* (1989), 40 B.C.L.R. (2d) 273. McVey a fait l'objet d'une publicité considérable aux États-Unis depuis la fin de 1983, et en Colombie-Britannique depuis son arrestation en 1987<sup>1</sup>.

On November 9, 1989, the day after the latter of these decisions was handed down, a report mandated by two paragraphs of section 27 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 4] of the Act

Le 9 novembre 1989, le lendemain du dépôt de la dernière de ces décisions, un rapport prévu à deux alinéas de l'article 27 [mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), chap. 30, art. 4] de la Loi a été

<sup>1</sup> The respondent McVey noted in his factum (par. 9): "There were either twelve or thirteen articles dealing with the extradition hearing before Macdonnell, J. There was one small article dealing with the extradition hearing before Dohm, J. The enormous difference in the amount of publicity was because Dohm, J. granted a ban of publication, whereas Macdonnell, J. did not."

<sup>1</sup> L'intimé McVey a noté dans son mémoire (par. 9): [TRANSDUCTION] «Il y avait soit douze soit treize articles portant sur l'audience en matière d'extradition tenue devant le juge Macdonnell. Il existait un petit article portant sur l'audience en matière d'extradition tenue devant le juge Dohm. L'énorme différence quant à l'ampleur de la publicité était que le juge Dohm a accordé une interdiction de publier, alors que le juge Macdonnell ne l'a pas accordée.»

was made against McVey by an immigration officer: under paragraph 27(2)(e) he was reported as overstaying after entering as a visitor; and under paragraph 27(2)(g) as entering on a false visa in the name of a citizen of Guatemala.

McVey's immigration inquiry, held in accordance with the report, began on November 15, 1989, and the first decision by Adjudicator Smith under subsection 29(3) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 99] of the Act, dismissing the applicants' application for access to the inquiry and the detention review hearings, was given on December 4, 1989, on the ground that McVey's wife, then resident in California, might suffer a worsening of her terminal medical condition if the hearings were open to the public.

That decision was struck down by this Court in *Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 1 F.C. 419 (hereinafter referred to as *McVey No. 1*). Mahoney J.A. said, at page 423, in delivering judgment:

His [the Adjudicator's] reason for holding the inquiry *in camera* was based solely on undisputed submissions, not evidence, to the effect that McVey's wife, resident somewhere in the United States, "is suffering from terminal cancer and that the publicity issuing from an inquiry may have a severe adverse affect on her". Nothing was said of other measures that might reasonably be taken to deny her access to the publicity. In my opinion, that provided no proper basis for an exercise of discretion to close the inquiry. Whatever freedom of the press entails, there must surely be an evidentiary basis to support its lawful impairment in a judicial or quasi-judicial proceeding. The Adjudicator erred in law in making the order he did without evidence to support it.

The matter was returned to Adjudicator Smith, who, after receiving evidence in both public and *in camera* hearings, decided on October 18, 1990, that the inquiry should be closed to the public, and on November 2, 1990, that the complete reasons for decision should not be published. It is those two decisions which are under attack in the present section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7] application. This time the reason for the Adjudicator's decision was not the health of McVey's wife, who had in the meantime passed

établi contre McVey par un agent d'immigration: en vertu de l'alinéa 27(2)e, il a été signalé comme quelqu'un qui a prolongé indûment son séjour après être entré en tant que visiteur; et en vertu de l'alinéa 27(2)g, il a été signalé comme quelqu'un qui est entré avec un faux visa sous le nom d'un citoyen du Guatemala.

L'enquête en matière d'immigration de McVey, tenue conformément au rapport, a commencé le 15 novembre 1989, et la première décision de l'arbitre Smith fondée sur le paragraphe 29(3) [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 31, art. 99] de la Loi, rejetant la demande des requérants visant à obtenir l'accès à l'enquête et à la révision des motifs de la détention a été rendue le 4 décembre 1989, invoquant le motif que l'état de santé de l'épouse de McVey, qui résidait en Californie et qui était en phase terminale, pourrait empirer si les audiences étaient publiques.

Cette Cour a infirmé cette décision dans l'arrêt *Pacific Press Ltd. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 1 C.F. 419 (ci-après appelé *McVey N° 1*). Le juge Mahoney, J.C.A., qui a rendu le jugement, s'est prononcé en ces termes à la page 423:

Sa raison [celle de l'arbitre] de conclure à la tenue d'une enquête à huis clos était fondée uniquement sur des arguments non contestés, et non pas des éléments de preuve, selon lesquels l'épouse de M. McVey, résidant quelque part aux États-Unis, [TRADUCTION] «souffre d'un cancer en phase terminale et que la publicité découlant d'une enquête pourrait avoir un grave effet préjudiciable sur sa santé». Rien n'a été dit des autres mesures qui pourraient raisonnablement être prises pour empêcher de prendre connaissance de l'enquête. À mon avis, cela ne constituait pas un fondement approprié justifiant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire en faveur de la tenue d'une enquête à huis clos. Peu importe ce que comporte la liberté de la presse, il doit certainement y avoir des éléments de preuve pour justifier qu'on y porte atteinte dans une instance judiciaire ou quasi judiciaire. L'arbitre a commis une erreur de droit en rendant l'ordonnance sans élément de preuve pour la justifier.

L'affaire a été renvoyée à l'arbitre Smith qui, après avoir reçu des éléments de preuve lors d'audiences tenues tant en public qu'à huis clos, a décidé, le 18 octobre 1990, que l'enquête ne devait pas être ouverte au public et, le 2 novembre 1990, que les motifs complets de la décision ne devaient pas être publiés. Ce sont ces deux décisions qui sont attaquées dans la présente demande fondée sur l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7]. Cette fois, le fondement de la décision de l'arbitre n'était pas la santé de l'épouse



away, but that of McVey himself (Case IV, at page 567):

Doctor Tamplin's evidence establishes two things. Firstly, that Mr. McVey suffers from serious medical problems, and secondly, that publication of stories relating to Mr. McVey causes stress for Mr. McVey and significantly increases the risk to Mr. McVey's health.

The testimony of Mr. Neil Graham, city editor of the PROVINCE newspaper has satisfied me that if access to the public is denied at Mr. McVey's inquiry the amount of publicity surrounding this proceeding will be drastically reduced.

Therefore, it is my opinion that if Mr. McVey's inquiry were open to the public he would be adversely affected by way of stress generated by the presence of the news media and the resultant publication of the events.

What the final result of that adverse affect might be is impossible for anyone to forecast with any certainty. I am, however, satisfied from the whole of Dr. Tamplin's testimony that the potential exists for those results to be of a very dire nature.

I am satisfied therefore that the adverse affect is of such a serious potential nature as to meet the test for excluding the public from attending Mr. McVey's inquiry.

The statutory provision principally in question is section 29 of the Act:

29. (1) An inquiry by an adjudicator shall be held in the presence of the person with respect to whom the inquiry is to be held wherever practicable.

(2) At the request or with the permission of the person with respect to whom an inquiry is to be held, an adjudicator shall allow any person to attend an inquiry if such attendance is not likely to impede the inquiry.

(3) Except as provided in subsection (2), an inquiry by an adjudicator shall be held *in camera* unless it is established to the satisfaction of the adjudicator, on application by a member of the public, that the conduct of the inquiry in public would not impede the inquiry and that the person with respect to whom the inquiry is to be held or any member of that person's family would not be adversely affected if the inquiry were to be conducted in public.

Subsection 29(3) was challenged by the applicants as being of no force and effect because inconsistent with paragraph 2(b) of the 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]], which reads as follows:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

de McVey, qui était morte entre-temps, mais celle de McVey lui-même (dossier d'appel IV, à la page 567):

[TRADUCTION] Le témoignage du docteur Tamplin établit deux choses. Il établit tout d'abord que M. McVey connaît de sérieux problèmes médicaux et, en deuxième lieu, que la publication des histoires concernant M. McVey lui cause du stress et constitue un risque considérable pour sa santé.

Le témoignage de M. Neil Graham, chef du service des nouvelles du journal PROVINCE m'a convaincu que si l'accès du public à l'enquête de M. McVey était refusé, la publicité entourant la présente procédure serait rigoureusement réduite.

J'estime donc que si l'enquête de M. McVey était publique, il subirait un préjudice en raison du stress causé par la présence des médias d'information et la publication des événements qui en découle.

Il est impossible pour quiconque de prévoir avec certitude ce que pourrait être ce préjudice. L'ensemble du témoignage du docteur Tamplin me convainc toutefois qu'il se peut que ces résultats soient néfastes.

Je suis persuadé donc que le préjudice peut être si grave qu'il satisfasse au critère qui permet d'interdire au public d'assister à l'enquête de M. McVey.

La disposition législative principalement en cause est l'article 29 de la Loi:

29. (1) L'arbitre mène l'enquête, dans la mesure du possible, en présence de l'intéressé.

(2) À la demande ou avec l'autorisation de l'intéressé, l'arbitre permet la présence d'observateurs, dans la mesure où elle ne risque pas d'entraver le déroulement de l'enquête.

(3) Sous réserve du paragraphe (2), l'arbitre tient son enquête à huis clos sauf si, quelqu'un lui en ayant fait la demande, il lui est démontré que la tenue en public de l'enquête n'entraverait pas cette dernière et que ni l'intéressé ni les membres de sa famille ne s'en trouveraient lésés.

Les requérants prétendent que le paragraphe 29(3) est inopérant parce qu'il est incompatible avec l'alinéa 2b) de 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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], qui est ainsi rédigé:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

A similar constitutional challenge was also raised in *McVey No. 1*, but the issue was not considered ripe for determination by this Court at that time, both because it had not been squarely before the Adjudicator and because the respondents had not had an opportunity to adduce evidence in relation to a section 1 justification.

Alternatively, the applicants argued that subsection 29(3) does not apply to *McVey* because, properly interpreted, it relates not to all immigration claimants, but only to refugee claimants who prove they require secrecy in order to avoid persecution by foreign authorities, and in those instances the probable consequences of such persecution outweigh the rights guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter.

As a further alternative, the applicants claimed that the Adjudicator erred in law by finding that *McVey* would be adversely affected on the basis of conjecture and speculation, rather than evidence, the evidence permitting only an inference that *McVey's* objective is to censor the media to prevent publicity he considers unfavourable.

Courts often prefer not to address constitutional issues where cases can be decided on other grounds, but I believe that approach would not be appropriate in the case at bar, since Parliament enacted subsection 29(3) with great deliberateness.

The legislative history of the provision was reviewed by Martin J. in *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Kenney*, [1990] 1 F.C. 425 (T.D.), at pages 436-440. The original section 29 [*Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52] read simply:

29. (1) An inquiry by an adjudicator shall be held in the presence of the person with respect to whom the inquiry is to be held wherever practicable.

(2) At the request or with the permission of the person with respect to whom an inquiry is to be held, an adjudicator shall allow any person to attend an inquiry if such attendance is not likely to impede the inquiry.

(3) Except as provided in subsection (2), an inquiry by an adjudicator shall be held *in camera*.

Une contestation constitutionnelle semblable a été soulevée dans l'affaire *McVey N° 1*, mais la question n'était pas considérée comme mûre pour que la Cour la tranche à cette époque, à la fois parce que l'arbitre n'en était pas régulièrement saisi et parce que les intimés n'avaient pas eu la possibilité de produire des éléments de preuve concernant la justification fondée sur l'article premier.

Les requérants soutiennent subsidiairement que le paragraphe 29(3) ne s'applique pas au cas de *McVey* parce que, si on l'interprète de façon appropriée, il se rapporte, non pas à tous les demandeurs en matière d'immigration, mais seulement aux revendicateurs du statut de réfugié qui prouvent qu'ils ont besoin de secret pour éviter d'être persécutés par des autorités étrangères, et que, dans ces cas, les conséquences probables d'une telle persécution l'emportent sur les droits garantis par l'alinéa 2b) de la Charte.

Les requérants prétendent subsidiairement encore que l'arbitre a commis une erreur de droit en concluant, par voie de conjecture et de spéculation et non au moyen d'éléments de preuve, que *McVey* se trouverait lésé, lesdits éléments de preuve permettant uniquement de conclure que *McVey* avait comme objectif de censurer les médias pour empêcher une publicité qu'il considère défavorable.

Les tribunaux préfèrent souvent ne pas aborder les questions constitutionnelles lorsqu'il leur est possible de se fonder sur d'autres motifs, mais je crois que cette approche n'est pas appropriée en l'espèce, puisque le législateur a édicté le paragraphe 29(3) intentionnellement.

Le juge Martin a examiné l'historique de cette disposition dans l'affaire *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Kenney*, [1990] 1 C.F. 425 (1<sup>re</sup> inst.), aux pages 436 à 440. Au début, l'article 29 [*Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, chap. 52] portait simplement:

29. (1) Toute enquête par un arbitre a lieu, dans la mesure du possible, en présence de la personne qui en fait l'objet.

(2) À la demande ou avec l'autorisation de la personne faisant l'objet de l'enquête, l'arbitre doit permettre à des observateurs d'assister à l'enquête, dans la mesure où leur présence n'est pas susceptible d'en entraver le déroulement.

(3) Sous réserve du paragraphe (2), l'arbitre mène l'enquête à huis clos.

The Government became concerned, following *Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113 (C.A.) that this virtually mandatory *in camera* proceeding would offend against freedom of the press as guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter. In *Re Southam (No. 1)* the Ontario Court of Appeal had struck down a provision of the *Juvenile Delinquents Act* [R.S.C. 1970, c. J-3] which provided for an absolute ban on the public's attending the hearings of juvenile proceedings, leaving no discretion in the juvenile court judge to permit public hearings in any case. Consequently the Government proposed in 1985 that subsections (2) and (3) of section 29 be repealed and be replaced by the following:

29. ...

(2) An inquiry by an adjudicator may, on application therefor, be held *in camera* if it is established to the satisfaction of the adjudicator that the person with respect to whom the inquiry is to be held, or any interest of Her Majesty, as the case may be, would be adversely affected if the inquiry were conducted in public.

But the parliamentary committee studying the bill felt that this wording was not sufficiently protective of Convention refugees. In the words of Martin J., at pages 439-440:

By May 9, 1985, it became apparent that the legislators were not satisfied with the proposed amendment because it appeared it would be too easy for a member of the public to compel a public hearing and thereby, in the minds of the legislators at least, to jeopardize the safety of the refugee claimant or his family. The following exchange between Mr. Robinson and Mr. Speyer at the House of Commons Committee on Justice and Legal Affairs [Issue No. 29], at which the amendment, which is the present law, was proposed, states quite clearly the intention behind the amendment [at pages 29:22-29:23]:

**Mr. Robinson:** ... I just wanted to seek the clarification from the Parliamentary Secretary that, in fact, the intent of this wording is that an individual — presumably usually a member of the press, but it could be any member of the public — who does want to have an open hearing would have to show two things: first of all, that an open hearing would not impede the inquiry, and second, that there would be an affirmative obligation on the applicant to show there would be no adverse impact either on the applicant for refugee status or on that person's family. In other words, they could not just say, well, I want to be here, I am not going to impede this hearing, and then that is the end of the matter. They have to go beyond that. There are two onuses which they have to establish.

Par suite de l'arrêt *Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113 (C.A.), le gouvernement s'est inquiété du fait que cette disposition pratiquement obligatoire sur le huis clos irait à l'encontre de la liberté de la presse garantie par l'alinéa 2b) de la Charte. Dans *Re Southam (No. 1)*, la Cour d'appel de l'Ontario a rendu inopérante une disposition de la *Loi sur les jeunes délinquants* [S.R.C. 1970, chap. J-3], qui interdisait absolument au public d'assister aux audiences en matière de délinquance juvénile, ne laissant au juge du tribunal de la jeunesse aucun pouvoir discrétionnaire de permettre des audiences publiques dans quelque affaire que ce soit. En conséquence, le gouvernement a proposé, en 1985, que les paragraphes (2) et (3) de l'article 29 soient abrogés et remplacés par ce qui suit:

29. ...

(2) L'arbitre peut, sur demande, tenir son enquête à huis clos s'il estime que la personne qui en fait l'objet ou les intérêts de Sa Majesté seraient lésés par la tenue de l'enquête en public.

Mais le comité parlementaire qui a étudié le projet de loi a estimé que ce libellé ne protégeait pas suffisamment les réfugiés au sens de la Convention. Le juge Martin a tenu les propos suivants, aux pages 439 et 440:

Vers le 9 mai 1985, les législateurs n'étaient pas, semble-t-il, satisfaits de la modification projetée en ce sens qu'il serait trop facile pour un membre du public de forcer la tenue en public d'une audience, ce qui, selon eux du moins, compromettrait la sécurité du demandeur de statut ou de sa famille. L'échange de vues suivant entre M. Robinson et M. Speyer à une séance du Comité de la justice et des questions juridiques de la Chambre des communes [fascicule n° 29], au cours de laquelle la modification, qui fait partie de la loi actuelle, a été proposée, exprime très clairement la fin visée par la modification [aux pages 29:22 et 29:23]:

**M. Robinson:** ... Je voulais simplement demander l'assurance du secrétaire parlementaire que ce libellé vise à prévoir que quiconque — il s'agit habituellement d'un journaliste, mais ce pourrait être n'importe qui — souhaite une enquête publique doit prouver deux choses: premièrement que la tenue d'une enquête publique n'entravera pas le processus et deuxièmement, que la tenue en public de l'enquête ne compromettrait la personne qui en fait l'objet ni les membres de sa famille. En d'autres termes, ils ne pourraient pas assister à l'enquête juste en affirmant qu'ils n'ont pas l'intention d'en entraver le déroulement. Il faut aller plus loin. Le fardeau de la preuve est double ici.

**Mr. Speyer:** Mr. Chairman, that is precisely what our intent is. There has been extensive discussion with respect to this section. I think it is important we come back to Mr. Robinson's point a few moments ago.

The purpose of this exercise today, and of this bill, is to seek to make sure existing sections of federal statutes conform to the Charter of Rights. It is the perception of this government that the sections we have here do not, and that is why we are improving them. Mr. Heap asked the Minister of Justice certain questions about legitimate concerns he has with respect to refugee hearings.

I must speak for myself, and having discussed it with members from our side, we want to do nothing to jeopardize a refugee at a hearing when he might be adversely affected by testimony that is given; and it is important to understand the nature of a refugee hearing and what the refugee has to demonstrate. We do not want relatives of the refugees, or the refugee himself, in any way to be put in peril as the result of a constitutional amendment, as opposed to a policy amendment. I give you that undertaking in terms of that is our intention; and that is why I think your amendment is an improvement over what was in the bill.

As a result, subsection 29(3) as it is before us was adopted at that time. It seems clear from this account of the genesis of this legislative provision that its very purpose was to prevent access to immigration inquiries by the press and the public, except in limited circumstances, in order to enable Convention refugees to speak freely of their experiences, without danger of reprisals from those from whom they have fled.<sup>2</sup>

Thus, given Parliament's clear awareness of the constitutional dimension and its determination at all costs not to jeopardize Convention refugees at inquiries, it seems to me that it would not be appropriate here to pass by the constitutional issue, and therefore I propose to turn to it first.

<sup>2</sup> Although there are still limitations on the use that may be made of Parliamentary Debates in interpreting statutes (see *Lor-Wes Contracting Ltd. v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 346 (C.A.); *Thomson v. Canada*, [1988] 3 F.C. 108 (C.A.)), such "extrinsic material, bearing on the circumstances in which the legislation was passed, may be considered by the Court in determining whether the legislation rests on a valid constitutional base": *Re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, at p. 391 (*per* Laskin C.J.).

**M. Speyer:** Monsieur le président, c'est exactement notre intention. On a beaucoup discuté de la teneur de cet article. Je pense qu'il est important de revenir sur le sujet de préoccupation exprimé par M. Robinson il y a quelques instants.

Cette réunion et le projet de loi ont pour but de rendre divers articles de lois fédérales conformes à la Charte des droits. Les articles visés dans le projet de loi dont nous sommes saisis ne remplissent pas cette fonction, de l'avis du gouvernement, et c'est pourquoi nous les amendons. M. Heap a posé au ministre de la Justice certaines questions concernant ses préoccupations bien légitimes, à propos des enquêtes en matière de statut de réfugié.

Je parle également en mon propre nom, et à la lumière des discussions que nous avons eues avec d'autres députés de ce côté, nous voulons éviter tout ce qui peut compromettre un réfugié au cours de l'audience où les témoignages pourraient lui faire du tort; il est également important de comprendre la nature de ce genre d'enquêtes et des preuves que doit fournir le réfugié. Nous ne voulons pas que le réfugié ou des membres de sa famille soient en danger par suite d'une modification constitutionnelle, qui n'est pas un changement de politique. Je vous assure que c'est là notre intention et c'est pourquoi je pense que votre amendement constitue une amélioration par rapport au libellé initial du projet de loi.

En conséquence, le paragraphe 29(3) dont nous sommes saisis a été adopté à cette époque. Il ressort de l'exposé de la genèse de cette disposition législative que son but véritable était d'empêcher l'accès par la presse et le public aux enquêtes en matière d'immigration, sauf dans des circonstances restreintes, pour permettre aux réfugiés au sens de la Convention de parler librement de leurs expériences, sans craindre de faire l'objet de représailles de la part de ceux qu'ils ont fuis<sup>2</sup>.

Ainsi donc, étant donné que le législateur prend clairement conscience de la dimension constitutionnelle et est déterminé coûte que coûte à ne pas compromettre les réfugiés au sens de la Convention à l'occasion d'enquêtes, en l'espèce, il ne conviendrait pas, à mon avis, d'ignorer la question constitutionnelle, et je me propose donc de l'aborder en premier lieu.

<sup>2</sup> Bien qu'il existe toujours des restrictions relatives à l'usage qu'on peut faire des débats parlementaires dans l'interprétation des lois (voir *Lor-Wes Contracting Ltd. c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 346 (C.A.); *Thomson c. Canada*, [1988] 3 C.F. 108 (C.A.)), «la Cour peut tenir compte d'éléments de preuve extrinsèques des circonstances qui ont entouré l'adoption de la Loi pour déterminer si elle repose sur un fondement solide»: *Renvoi Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, à la p. 391 (le juge en chef Laskin).

Subject to the issue I shall later raise as to the extent to which inquiries under the Act should be analogized to judicial proceedings, if the ban on attendance at immigration inquiries by the public, including the press, were absolute, then there can be little doubt that it would even at first blush infringe paragraph 2(b): *Re Southam (No. 1)*. However, the ban on public attendance at hearings is not here absolute; after stating that “an inquiry by an adjudicator shall be held *in camera*”, subsection 29(3) of the *Immigration Act* goes on to add “unless . . .” It was on this “unless” clause that the respondents built their argument.

They said that, in addition to the rights of the press under paragraph 2(b) of the Charter, we must also take account of the rights of a person concerned in an immigration inquiry, rights which were recognized under section 7 of the Charter in *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177. In such a case of collision among Charter rights, they contended, it is not necessary to go immediately to section 1 to attempt to justify one of them. The extent of the right alleged to be infringed should first be examined to determine whether that right can by definition include the right to infringe on a section 7 right. It was argued that paragraph 2(b) contains within itself a limitation which prevents the unrestricted access by the press or public where such access would infringe the person's section 7 right.

In my view this appeal to a section 7 right is inapposite here. The section 7 right to be treated “in accordance with the principles of fundamental justice” could conceivably be infringed where a statute provided no protection from public disclosure, but it would be just as adequately protected, e.g., by the original Government proposal in 1985 as by the version finally adopted. No one in this case has argued for the invasion of section 7 rights and, given the implied *in camera* effect of the unchallenged subsection 29(2), they do not appear to be threatened by any outcome of this case.

Nevertheless, an issue does remain as to the extent of the paragraph 2(b) right of freedom of

Sous réserve de la question que je vais plus tard soulever quant à la mesure dans laquelle on devrait établir une analogie entre les enquêtes en vertu de la Loi et les procédures judiciaires, si l'interdiction faite au public, y compris la presse, d'assister aux enquêtes en matière d'immigration était absolue, on ne doute guère qu'elle violerait de prime abord l'alinéa 2b): *Re Southam (No. 1)*. Toutefois, l'interdiction au public d'assister aux enquêtes n'est pas absolue en l'espèce; après avoir dit que «l'arbitre tient son enquête à huis clos», le paragraphe 29(3) de la *Loi sur l'immigration* ajoute «sauf si. . .» C'est sur cette clause «sauf si» que les intimés fondent leur argumentation.

Ils prétendent que, à part les droits de la presse prévus à l'alinéa 2b) de la Charte, nous devons également tenir compte des droits d'une personne qui fait l'objet d'une enquête en matière d'immigration, droits reconnus sous le régime de l'article 7 de la Charte dans l'affaire *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177. Dans un tel cas de collision des droits garantis par la Charte, il n'est pas nécessaire de recourir immédiatement à l'article premier pour tenter de justifier l'un d'entre eux. On devrait tout d'abord examiner la portée du droit qui aurait été violé pour déterminer si ce droit peut par définition comprendre le droit d'empiéter sur un droit garanti par l'article 7. Il est allégué que l'alinéa 2b) contient en soi une restriction qui empêche l'accès libre par la presse ou le public lorsque cet accès violerait le droit de la personne garanti par l'article 7.

J'estime que ce recours à un droit garanti par l'article 7 est hors de propos en l'espèce. Ce droit d'être traité «en conformité avec les principes de justice fondamentale» pourrait être violé lorsqu'une loi n'a prévu aucune protection contre la divulgation publique, mais il serait aussi suffisamment protégé par la proposition initiale de 1985 faite par le gouvernement que par la version finalement adoptée. Aucune partie en l'espèce n'invoque l'atteinte des droits garantis par l'article 7 et, étant donné que le paragraphe 29(2) non contesté a comme effet implicite de reconnaître le huis clos, elles ne semblent pas menacées par l'issue de l'espèce.

Il se pose néanmoins la question de la portée du droit prévu à l'alinéa 2b), c'est-à-dire, la liberté de

the press, apart from its putative collision with section 7. Basing themselves on the “unless” clause, the respondents argued that the statute sets up a constitutionally valid process by which the competing values can be addressed and weighed. It establishes what they called a full and fair process containing “a built-in balancing procedure” that forecloses the need for balancing under section 1 of the Charter and that therefore does not infringe paragraph 2(b) rights. In support of this approach they cited *Toronto Star, supra*. In that case Martin J. wrote, at pages 444-446:

[T]o apply the literal meaning of subsection 29(3) burden of proof upon the applicants in this case, and in general, is to apply a burden which is impossible to discharge. How can, for example, the applicants prove to the satisfaction of the adjudicator that no member of Mohammad’s family would be adversely affected if the inquiry were to be conducted in public when the applicants may not, and in most cases will not, have any idea who or where are the members of the refugee claimant’s family.

Likewise it is impossible for the applicants in this case or any other case to prove that the conduct of the inquiry in public would not impede it. To some extent the answer to that question will depend upon the evidence which the refugee claimant intends to lead. A refugee claimant from the United States or the United Kingdom might not have the same concerns about disclosing fully his reasons for claiming refugee status as would a refugee claimant from Northern Ireland, Iran or China, but the factual basis for those concerns, like the concerns for the safety of the refugee claimant’s family left in his country of origin, are uniquely within the knowledge of the refugee claimant and not the applicant from the public. By that I mean to say it is not in all cases of refugee claimants that there will be automatically generated an environment in which the claimant cannot feel free to disclose the reasons for his claimed status and that the burden should be upon the refugee claimant to establish the existence of an environment which will diminish his ability to fully disclose the facts which support his claim. Furthermore, as I understand the position of the Attorney General of Canada, it is admitted there can be some credible basis hearings which could be held in public without impeding the inquiry or having adverse affect upon the refugee claimant or his family.

In my view, if the burden of proof or onus of proof apparently placed upon the member of the public by subsection 29(3) is, as a practical matter, one which is impossible to discharge and, if the exercise of the adjudicator’s discretion in favour of conducting the hearing in public is dependent upon the member of the public meeting that burden or discharging that onus, then in fact and in substance there is no discretion and subsection 29(3) would have to be declared unconstitutional on the basis of *Southam (No. 1)*.

la presse, à part le fait qu’il irait à l’encontre de l’article 7. Se fondant sur la clause «sauf si», les intimés prétendent que la loi établit un processus valide sur le plan constitutionnel par lequel les valeurs en concurrence peuvent être examinées et soupesées. Elle établit ce qu’ils appellent un processus complet et équitable contenant [TRADUCTION] «une procédure d’appréciation inhérente» qui écarte la nécessité d’un examen sous le régime de l’article premier de la Charte et qui ne viole donc pas les droits prévus à l’alinéa 2b). À l’appui de cette approche, ils citent la décision *Toronto Star, précitée*. Dans cette affaire, le juge Martin a dit, aux pages 444 à 446:

[A]ppliquer le sens littéral du fardeau de la preuve prévu au paragraphe 29(3) aux requérants, en l’espèce et en général, revient à imposer une obligation impossible à exécuter. À titre d’exemple, comment les requérants peuvent-ils prouver à la satisfaction de l’arbitre qu’aucun membre de la famille de Mohammad ne serait lésé si l’enquête devait être tenue en public alors qu’ils peuvent fort bien ignorer, et dans la plupart des cas ignorent totalement, qui sont les membres de la famille du demandeur de statut, et où ils se trouvent.

De même, il est impossible pour les requérants à l’instance ou dans tout autre cas de prouver que la tenue en public de l’enquête compromettrait cette dernière. Dans une certaine mesure, la réponse à cette question dépend des éléments de preuve que le demandeur de statut de réfugié entend produire. Un demandeur de statut provenant des États-Unis ou du Royaume-Uni pourrait ne pas avoir les mêmes préoccupations quant à la révélation complète de ses raisons de revendiquer le statut de réfugié qu’un demandeur de statut venant de l’Irlande du Nord, de l’Iran ou de la Chine, mais les faits à la source de ces préoccupations, ainsi que les inquiétudes quant à la sécurité de la famille que le demandeur de statut a laissée dans son pays d’origine, seul ce dernier les connaît, et non le requérant membre du public. Je veux dire par là que ce n’est pas dans tous les cas de revendication du statut de réfugié que se produira automatiquement un climat dans lequel le demandeur ne saurait se sentir libre de divulguer les raisons de sa revendication du statut, et qu’il devrait incomber au demandeur de statut d’établir l’existence d’un climat qui va réduire sa capacité de divulguer pleinement les faits qui étayent sa revendication. De plus, si je comprends bien la position du procureur général du Canada, il est reconnu qu’il peut y avoir des audiences sur le minimum de fondement qui pourraient être tenues en public sans pour autant compromettre l’enquête ou léser le demandeur de statut ou sa famille.

À mon avis, si le fardeau de la preuve que le paragraphe 29(3) impose apparemment au membre du public est une charge qu’il est impossible d’exécuter dans la pratique et si l’exercice du pouvoir discrétionnaire de l’arbitre en faveur de la tenue en public de l’audience dépend de l’exécution de cette charge, alors, dans les faits et essentiellement, il n’y a pas de pouvoir discrétionnaire et le paragraphe 29(3) devrait être déclaré inconstitutionnel compte tenu de l’arrêt *Southam (No. 1)*.

The arguments before me all proceeded on the basis that in the application of subsection 29(3) the burden would be upon the member of the public seeking to have the inquiry held in public to establish by evidence which would be lead [*sic*] by the applicant that its conduct in public would not impede it nor would the immigrant or any members of his family be adversely affected if it were conducted in public.

As I have indicated I would find subsection 29(3) to be unconstitutional if it were to be applied in that manner and, in the absence of the recent *Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 1 F.C. 419 (C.A.), I would have found that to be the manner in which the subsection should be applied [see 104 N.R. 228]. In that respect I would have been overruled by the Appeal Division which found [at page 6] that, with respect to the burden of proof,

... the assertion of a right to access to a judicial or quasi-judicial proceeding founded on paragraph 2(b) of the Charter must, of itself, inferentially satisfy that slight burden and shift the onus to the person seeking to exclude the press.

Given that interpretation of subsection 29(3) of the Act it is my view that the constitutional balance between the right of access to the hearing and the protection of the rights of the refugee claimant have been maintained by the restoration of a real discretion in the Adjudicator to determine on a case-by-case basis and on the particular circumstances of each case whether or not the credible basis hearing should be held *in camera* or conducted in public. So long as subsection 29(3) is applied in that manner I can see no reason for finding it to be unconstitutional.

In the light of this interpretation of *McVey No. 1* Martin J. refused to declare that subsection 29(3) of the Act was void and of no effect or unconstitutional.

In my view he misinterpreted the dicta of *McVey No. 1* in coming to that conclusion. Mahoney J.A. was very careful in *McVey No. 1*, although identifying two weaknesses in subsection 29(3), not to express "a concluded opinion" on the issue of constitutionality. He said, at pages 422-423:

Subsection 29(3) does give the Adjudicator a discretion. It places on a member of the public, interested in doing so, the onus of establishing two negatives: that the conduct of the inquiry in public would not impede it and that neither the person concerned nor any member of that person's family would be thereby adversely affected. The latter limitation is odd. What, for example of the prison guard, policeman or soldier who, through friendship, bribery or sympathy, has facilitated a refugee claimant's escape and what of resident foreigners, perhaps missionaries or business people, willing to testify only if their opportunity to return is not prejudiced?

Tous les arguments invoqués devant moi reposent sur l'idée que, dans l'application du paragraphe 29(3), il incomberait au membre du public qui cherche à faire tenir l'enquête en public d'établir, au moyen d'éléments de preuve qui seraient produits par le requérant, que la tenue en public de l'enquête ne compromettrait pas celle-ci ni ne léserait l'immigrant ou l'un quelconque des membres de sa famille.

Ainsi que je l'ai indiqué, je déclarerais le paragraphe 29(3) inconstitutionnel s'il devait s'appliquer de cette manière et, n'eût été l'arrêt récent *Pacific Press Ltd. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 1 C.F. 419 (C.A.), j'aurais conclu que telle devait être la manière dont ce paragraphe devrait s'appliquer [Voir 104 N.R. 228]. À cet égard, ma décision aurait été infirmée par la Section d'appel qui a conclu [à la page 6] que, pour ce qui est du fardeau de la preuve,

... l'affirmation d'un droit d'accès à une procédure judiciaire ou quasi judiciaire fondé sur l'alinéa 2b) de la Charte doit en soi, par déduction, répondre à ce léger fardeau et imposer celui-ci par inversion à la personne qui demande que la presse soit exclue.

Étant donné cette interprétation du paragraphe 29(3) de la Loi, j'estime que l'équilibre constitutionnel entre le droit d'accès à l'audience et la protection des droits du demandeur de statut a été préservé par la restitution à l'arbitre d'un véritable pouvoir discrétionnaire, celui de déterminer dans chaque cas d'espèce si l'audience sur le minimum de fondement devrait être tenue à huis clos ou en public. Tant que le paragraphe 29(3) s'applique de cette manière, je ne vois aucune raison de le déclarer inconstitutionnel.

À la lumière de cette interprétation de l'arrêt *McVey No. 1*, le juge Martin n'a pas déclaré le paragraphe 29(3) de la Loi inopérant ou inconstitutionnel.

J'estime qu'il a mal interprété les opinions incidentes exprimées dans l'arrêt *McVey No. 1* en parvenant à cette conclusion. Dans cette affaire, le juge Mahoney, J.C.A., bien qu'il ait relevé deux points faibles du paragraphe 29(3), a pris bien soin de ne pas exprimer «une opinion définitive» sur la constitutionnalité. Il a fait cette remarque aux pages 422 et 423:

Le paragraphe 29(3) confère à l'arbitre un pouvoir discrétionnaire. Il impose au membre du public intéressé le fardeau d'établir deux conditions négatives: que la tenue en public de l'enquête n'entraverait pas cette dernière et que ni l'intéressé ni les membres de sa famille ne s'en trouveraient lésés. Cette dernière restriction est étrange. Qu'en est-il par exemple du gardien de prison, du policier ou du soldat qui par amitié, corruption ou sympathie a facilité la fuite d'un revendicateur du statut de réfugié, et qu'en est-il des résidents étrangers, peut-être des missionnaires ou des gens d'affaires, qui n'acceptent de témoigner que si leur possibilité de retour n'est pas compromise?

It may be arguable that the onus is misplaced. Again, I think it best, in the circumstances, not to express a concluded opinion on that aspect of the provision. The practical consequence seems not, in my view of the question, to be particularly significant since the standard properly to have been applied by the Adjudicator was as stated by Aylesworth, J.A., in *R. v. Cameron*, [1966] 58 D.L.R. (2d) 486; (1966), 4 C.C.C. 273; 49 C.R. 49 (Ont. C.A.), at page 498 D.L.R.:

Where, however, the onus lies upon the Crown to prove a negative as an element of the charge, little proof will often suffice. Such proof often must be drawn by inference from other proven facts.

It seems to me that the assertion of a right to access to a judicial or quasi-judicial proceeding founded on paragraph 2(b) of the Charter must, of itself, inferentially satisfy that slight burden and shift the onus to the person seeking to exclude the press.

It seems to me that Mahoney J.A. in this passage was referring to two apparent problems with subsection 29(3): the limitation of the ambit of protection to the claimant and his family; and the placing of the onus of proof on the person requesting an open hearing. But the Court was not going to carry out such an analysis in that case because it would have led eventually to a consideration of section 1, on which no evidence had been presented. Nevertheless, the Court could say at least this, viz., that, abstracting from the effect the Charter might have had on the constitutionality of subsection 29(3), it must as an alternative have had the effect of transforming the statutory language by discharging the burden of proof and relocating it on the claimant.

I do not believe that the above passage represents a concluded opinion that subsection 29(3) should be "read down." In fact, it explicitly excludes any such concluded opinion, and therefore cannot be taken as establishing, as Martin J. took it, that any constitutional problems with subsection 29(3) have been resolved. In fact, as Mahoney J.A. indicated in his comment on what he found to be the "odd" limitation of the protected group to the refugee claimant and his family, possible constitutional problems with subsection 29(3) are not limited to the question of onus.

On peut prétendre que le fardeau est mal placé. Encore une fois, je pense qu'il est préférable dans les circonstances de ne pas exprimer une opinion définitive sur cet aspect de la disposition. Compte tenu de ma façon d'aborder la question, j'estime que les conséquences pratiques ne sont pas particulièrement importantes puisque la norme que l'arbitre a correctement appliquée est celle formulée par le juge Aylesworth de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. Cameron*, [1966] 58 D.L.R. (2d) 486; (1966), 4 C.C.C. 273; 49 C.R. 49 (C.A. Ont.), à la page 498 D.L.R.:

[TRANSDUCTION] Cependant, lorsque la Couronne a le fardeau d'établir une condition négative comme élément de l'accusation, il suffit souvent que peu d'éléments de preuve soient apportés. Ces éléments de preuve doivent souvent être déduits des autres faits prouvés.

Il me semble que l'affirmation d'un droit d'accès à une procédure judiciaire ou quasi judiciaire fondé sur l'alinéa 2b) de la Charte doive en soi, par déduction, répondre à ce léger fardeau et imposer celui-ci par inversion à la personne qui demande que la presse soit exclue.

À mon avis, le juge Mahoney, J.C.A., a fait mention de deux difficultés relatives au paragraphe 29(3): la limitation de la portée de la protection au demandeur et à sa famille; et l'imposition du fardeau de la preuve à la personne qui demande une audience publique. Mais la Cour ne s'est pas livrée à une telle analyse dans cette affaire-là parce qu'elle aurait en fin de compte conduit à l'examen de l'article premier, au sujet duquel aucun élément de preuve n'avait été produit. Toutefois, la Cour pourrait dire au moins ceci, savoir que, abstraction faite de l'effet que la Charte aurait pu avoir sur la constitutionnalité du paragraphe 29(3), cela pourrait avoir eu pour effet subsidiaire de transformer le langage législatif pour faire en sorte que le fardeau de la preuve incombe au demandeur.

Je ne crois pas que le passage précédent représente une opinion définitive selon laquelle le paragraphe 29(3) devrait recevoir «une interprétation atténuée». En fait, il exclut expressément toute conclusion définitive de ce genre, et on ne saurait le considérer comme établissant, comme le juge Martin l'a fait, que tous problèmes constitutionnels relatifs au paragraphe 29(3) ont été résolus. En fait, comme le juge Mahoney, J.C.A., l'a indiqué dans son commentaire sur ce qu'il a considéré comme une restriction «étrange» du groupe protégé au demandeur de statut de réfugié et à sa famille, les problèmes constitutionnels possibles relatifs au paragraphe 29(3) ne sont pas limités à la question du fardeau de la preuve.



Reading a statute down is essentially judicial re-drafting of it and is done only when an offending clause is clearly severable without causing damage to the whole, or unclear language can easily be made more clear: *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *R. v. Logan*, [1990] 2 S.C.R. 731. Where the impact of the legislative provision is “the very result contemplated by the Legislature and pursued by it as a matter of policy,” reading down is particularly inappropriate: *Dick v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 309, at page 322.

When we turn to paragraph 2(b) of the Charter, we find that the principle of public access to the courts was established even before the Charter itself came into being in 1982. In *Attorney General of Nova Scotia et al. v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, where the issue was the access of a journalist to court records, a majority of the Supreme Court endorsed the statement by Dickson J. [as he then was] (at page 189) that “The presumption . . . is in favour of public access and the burden of contrary proof lies upon the person who would deny the exercise of the right.” Dickson J. (at pages 186-187) also enunciated the principle that “curtailment of public accessibility can only be justified where there is present the need to protect social values of superordinate importance.”

In the recent Charter decision, *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, which concerned provisions of the *Alberta Judicature Act* [R.S.A. 1980, c. J-1] limiting the publication of details of matrimonial proceedings and civil proceedings generally, Cory J. for three of the seven members of the Court (at page 1336) referred to the “absolute terms” of paragraph 2(b), which “should therefore only be restricted in the clearest of circumstances.” He spoke of the role of the press in relation to the courts as follows (at pages 1337 and 1346):

There can be no doubt that the courts play an important role in any democratic society. They are the forum not only for the resolution of disputes between citizens, but for the resolution of disputes between the citizens and the state in all its manifestations. The more complex society becomes, the more important becomes the function of the courts. As a result of their signifi-

L’interprétation atténuée d’une loi constitue essentiellement une reformulation judiciaire de celle-ci et ne se fait que quand une clause irrégulière peut être clairement écartée sans nuire au tout, ou qu’un langage imprécis peut facilement être précisé: *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d’Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731. Lorsque l’effet de la disposition législative est «exactement ce qu’envisageait le législateur et ce vers quoi elle tendait de par ses principes directeurs», l’interprétation atténuée n’est pas appropriée: *Dick c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 309, à la page 322.

Lorsque nous abordons l’alinéa 2b) de la Charte, nous constatons que le principe de l’accès du public aux tribunaux a été établi avant même l’avènement de la Charte en 1982. Dans l’affaire *Procureur général de la Nouvelle-Écosse et autre c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, où il s’agissait de l’accès d’un journaliste à des dossiers judiciaires, une majorité de la Cour suprême a approuvé l’énoncé fait par le juge Dickson [tel était alors son titre] (à la page 189) selon lequel «Il y a présomption en faveur de l’accès du public à ces dossiers et il incombe à celui qui veut empêcher l’exercice de ce droit de faire la preuve du contraire». Le juge Dickson (aux pages 186 et 187) a également énoncé le principe selon lequel «restreindre l’accès du public ne peut se justifier que s’il est nécessaire de protéger des valeurs sociales qui ont préséance».

Dans un arrêt récent relatif à la Charte, *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, qui portait sur les dispositions de la *Judicature Act* [R.S.A. 1980, chap. J-1] de l’Alberta limitant la publication des détails sur les instances matrimoniales et les procédures civiles généralement, le juge Cory, au nom de trois des sept membres de la Cour (à la page 1336) a fait état des «termes absolus» de l’alinéa 2b), qui «ne devraient être restreints que dans les cas les plus clairs». Il a parlé du rôle de la presse par rapport aux tribunaux (aux pages 1337 et 1346):

Il est certain que les tribunaux jouent un rôle important dans toute société démocratique. C’est là que sont résolus non seulement les litiges qui opposent les citoyens entre eux, mais aussi les litiges qui opposent les citoyens à l’État dans toutes ses manifestations. Plus la société devient complexe, plus le rôle des tribunaux devient important. En raison de cette importance, il

cance, the courts must be open to public scrutiny and to public criticism of their operation by the public.

In today's society it is the press reports of trials that make the courts truly open to the public.

Wilson J., also in the majority, agreed (at page 1362) that "there would have to be very powerful considerations in order to justify inroads into the open court process."

Although no party raised the issue in argument, I believe we must address the question I referred to at the outset of this part, viz., as to the extent to which inquiries under the Act should be analogized to judicial proceedings. Immigration adjudicators are not judges as such, and immigration inquiries are not courts. To what extent does the right of the citizen and of the press to access apply to adjudicators engaged in inquiries?

This issue arose before Rouleau J. in *Southam Inc. v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1987] 3 F.C. 329 (T.D.), where he ordered an open hearing with respect to detention review hearings under the Act (but where no provision of the Act was impugned because the Act is silent on that particular question). After citing the decision in *Re Southam (No. 1)*, Rouleau J. raised the question (at page 336):

That decision [*Re Southam (No. 1)*] arose in the context of a court proceeding. The detention review hearing in this case involves a statutory body exercising its functions and it is to be determined if they are judicial or quasi-judicial in nature and by implication subject to accessibility; does the openness rule apply to their proceedings.

He then referred to the fourfold test adumbrated by Dickson J. (as he then was) in *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495, at page 504, for determining whether a proceeding is judicial or quasi-judicial. He concluded (at page 336):

I am satisfied that these tests in the case at bar have been met and it is not at all unreasonable to extend to proceedings of such decision-makers the application of this principle of public accessibility. After all, statutory tribunals exercising judicial or quasi-judicial functions involving adversarial-type processes

faut que le public puisse faire l'examen critique des tribunaux et de leur fonctionnement.

Dans la société d'aujourd'hui, ce sont les comptes rendus de la presse qui font que les tribunaux sont accessibles au public.

Le juge Wilson, également de la majorité, a convenu (à la page 1362) qu'«il faudrait des raisons très sérieuses pour justifier des atteintes à la publicité du processus judiciaire».

Bien qu'aucune partie n'ait soulevé la question au débat, j'estime que nous devons aborder la question que j'ai mentionnée au début de cette partie, c'est-à-dire la mesure dans laquelle il faudrait établir une analogie entre les enquêtes sous le régime de la Loi et les procédures judiciaires. Les arbitres en matière d'immigration ne sont pas des juges en tant que tels, et les enquêtes en matière d'immigration ne sont pas des instances judiciaires. Dans quelle mesure le droit du citoyen et de la presse à l'accès s'applique-t-il aux arbitres qui mènent des enquêtes?

Cette question a été soulevée devant le juge Rouleau dans l'affaire *Southam Inc. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1987] 3 C.F. 329 (1<sup>re</sup> inst.), où il a ordonné une audience publique pour ce qui est de la révision des motifs de la détention sous le régime de la Loi (mais où aucune disposition de la Loi n'a été contestée parce que celle-ci est muette sur cette question particulière). Après avoir cité la décision rendue dans *Re Southam (N° 1)*, le juge Rouleau a soulevé la question (à la page 336):

Cette décision [*Re Southam (no 1)*] a été rendue dans le cadre d'une procédure judiciaire. L'audience de révision des motifs de la détention en l'espèce met en cause un organisme statutaire exerçant ses fonctions, dont il faut établir si elles sont de nature judiciaire ou quasi-judiciaire et par voie de conséquence, si elles sont visées par le principe de l'accessibilité. Il s'agit de savoir si le principe de la transparence s'applique aux procédures de l'organisme en question.

Il a alors cité le quadruple critère esquissé par le juge Dickson (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495, à la page 504, pour déterminer si une procédure est judiciaire ou quasi-judiciaire. Il a conclu (à la page 336):

Je suis convaincu que les exigences des critères susmentionnés ont été satisfaites dans l'affaire en litige et qu'il est tout à fait raisonnable d'étendre la portée du principe de l'accessibilité du public aux mesures prises par les responsables des décisions en question. Après tout, les tribunaux créés par la loi et qui

which result in decisions affecting rights truly constitute part of the "administration of justice". The legitimacy of such tribunals' authority requires that confidence in their integrity and understanding of their operations be maintained, and this can be effected only if their proceedings are open to the public.

In my view Rouleau J. was entirely correct in his analysis, both as to the quasi-judicial nature of the adjudicator's role in an inquiry and as to the consequences with respect to access.

In *MacIntyre, supra*, the issue of access arose with respect to the issuance of search warrants by a justice of the peace. In upholding the application of the principle of access to search warrants and the information upon which they were issued, Dickson J. (as he then was) said (at pages 185-186):

The cases mentioned, however, and many others which could be cited, establish the broad principle of "openness" in judicial proceedings, whatever their nature, and in the exercise of judicial powers. The same policy considerations upon which is predicated our reluctance to inhibit accessibility at the trial stage are still present and should be addressed at the pretrial stage. [Emphasis added.]

It seems to me clear from the breadth of the language employed that the principle of openness must be deemed to apply to every "exercise of judicial powers," and therefore even to that of an adjudicator under the Act.

It also appears that the respective policy considerations founding the reluctance of our law to inhibit the accessibility of immigration inquiries and court proceedings are analogous. The principal thrust, for example, of Cory J.'s argument for access in *Edmonton Journal, supra*, is to ensure what he termed "the penetrating light of public scrutiny" (at page 1339). This penetrating light is, I believe, equally required in respect of inquiries under the *Immigration Act*.

The legislative history we have reviewed shows that it was following *Re Southam (No. 1)* that the Government became concerned about the constitutionality of subsection 29(3), obviously concluding that no distinction could be drawn between immigration inquiries and judicial proceedings on this

exercer des fonctions judiciaires ou quasi judiciaires donnant lieu à des procédures contradictoires qui entraînent des décisions quant aux droits des parties, participent vraiment à «l'administration de la justice». Le crédit accordé à ces tribunaux exige qu'on ait confiance dans leur intégrité et qu'on comprenne leur mode de fonctionnement, ce qui ne saurait s'accomplir que dans la mesure où le public aura accès à leurs séances.

J'estime que le juge Rouleau a eu entièrement raison dans son analyse, à la fois quant à la nature quasi judiciaire du rôle de l'arbitre dans une enquête et quant aux conséquences pour ce qui est de l'accès.

Dans l'arrêt *MacIntyre*, précité, la question d'accès s'est soulevée à l'occasion de mandats de perquisition décernés par un juge de paix. En confirmant l'application du principe d'accès aux mandats de perquisition et aux dénonciations sur lesquelles ces mandats se fondent, le juge Dickson (tel était alors son titre) s'est prononcé en ces termes (aux pages 185 et 186):

Ces arrêts cependant, ainsi que beaucoup d'autres que l'on pourrait citer, établissent le principe général de la «transparence» des procédures judiciaires, de quelque nature qu'elles soient, et de l'exercice des pouvoirs judiciaires. On retrouve avant le procès les mêmes raisons de principe qui soulèvent notre répugnance à interdire l'accessibilité au stade du procès, et il y a lieu de les considérer. [C'est moi qui souligne.]

À mon avis, il ressort de l'ampleur du langage employé que le principe de la transparence doit être considéré comme s'appliquant à tout «exercice des pouvoirs judiciaires», et donc à celui d'un arbitre nommé en vertu de la Loi.

Il appert également que les raisons de principe qui sous-tendent la répugnance de notre droit à interdire l'accessibilité des enquêtes en matière d'immigration et des procédures judiciaires sont analogues. Dans l'arrêt *Edmonton Journal*, précité, l'élément principal de l'argument invoqué par le juge Cory en faveur de l'accès consiste à assurer ce qu'il a appelé «les regards pénétrants du public» (à la page 1339). À mon avis, ces regards pénétrants s'imposent également dans les enquêtes sous le régime de la *Loi sur l'immigration*.

Il ressort des antécédents législatifs que nous avons examinés que c'est à la suite de l'arrêt *Re Southam (No. 1)* que le gouvernement s'est préoccupé de la constitutionnalité du paragraphe 29(3), concluant à l'évidence qu'on ne pouvait faire aucune distinction entre les enquêtes en matière

point. In my view, the Government drew the obvious conclusion.

The most recent statement of the Supreme Court on freedom of expression is that in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697.<sup>3</sup> Reviewing other decisions such as *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712 and *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, Chief Justice Dickson, for the majority, affirmed [at page 728] “the large and liberal interpretation given the freedom in s. 2(b) by the Court in *Ford*.” He went on to outline the proper procedure to follow in freedom-of-expression cases [at pages 729-730]:

The first step in the *Irwin Toy* analysis involves asking whether the activity of the litigant who alleges an infringement of the freedom of expression falls within the protected s. 2(b) sphere . . . . Apart from rare cases where expression is communicated in a physically violent form, the Court thus viewed the fundamental nature of the freedom of expression as ensuring that “if the activity conveys or attempts to convey a meaning, it has expressive content and *prima facie* falls within the scope of the guarantee” (p. 969). In other words, the term “expression” as used in s. 2(b) of the *Charter* embraces all content of expression irrespective of the particular meaning or message sought to be conveyed (*Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code of Canada (Man.)*, *supra*, at p. 1181 *per* Lamer J.).

The second step in the analysis outlined in *Irwin Toy* is to determine whether the purpose of the impugned government action is to restrict freedom of expression. The guarantee of freedom of expression will necessarily be infringed by government action having such a purpose. If, however, it is the effect of the action, rather than the purpose, that restricts an activity, s. 2(b) is not brought into play unless it can be demonstrated by the party alleging an infringement that the activity supports rather than undermines the principles and values upon which freedom of expression is based.

Where the purpose of the impugned government action is to restrict freedom of expression, the section 2 guarantee will necessarily be infringed. Since, as I have already shown, the legislative purpose behind subsection 29(3) is to prevent access to immigration inquiries by the press and public, and is thus to restrict freedom of expression, I must hold that freedom of expression and of the press is infringed by subsection 29(3).

<sup>3</sup> The subsequent decision of the court in *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, appears to have no implications for the proper scope of s. 2 beyond the freedom of forum area.

d’immigration et les procédures judiciaires. J’estime que le gouvernement a tiré la conclusion évidente.

La plus récente déclaration de la Cour suprême en matière de liberté d’expression se trouve dans l’arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697<sup>3</sup>. Examinant d’autres arrêts tels que *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, et *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, le juge en chef Dickson a confirmé au nom de la majorité [à la page 728] «l’interprétation large et libérale donnée par notre Cour dans l’arrêt *Ford* à cette liberté énoncée à l’al. 2b)». Il a souligné en outre la procédure appropriée à suivre dans les affaires portant sur la liberté d’expression [aux pages 729 et 730]:

L’étape initiale de l’analyse prévue dans l’arrêt *Irwin Toy* est de se demander si l’activité de la partie qui allègue l’atteinte à la liberté d’expression est comprise dans la sphère protégée par l’al. 2b). . . . Donc, sauf pour les rares cas où l’expression revêt la forme de la violence physique, la Cour a estimé qu’il découle de la nature fondamentale de la liberté d’expression que «si l’activité transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et relève à première vue du champ de la garantie» (p. 969). En d’autres termes, le mot «expression» à l’al. 2b) de la *Charte* vise tout contenu de l’expression, sans égard aux sens ou message particulier que l’on cherche à transmettre (voir *Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, précité, à la p. 1181, le juge Lamer).

La seconde étape de l’analyse exposée dans l’arrêt *Irwin Toy* est de déterminer si l’action gouvernementale attaquée vise à restreindre la liberté d’expression. Une action gouvernementale ayant un tel objet violera nécessairement la garantie de la liberté d’expression. Si, toutefois, l’action a pour effet, plutôt que pour objet, de limiter une activité, l’al. 2b) ne joue pas, à moins que la partie qui allègue l’atteinte puisse démontrer qu’il s’agit d’une activité qui, loin de les miner, étaye les principes et les valeurs sur lesquels repose la liberté d’expression.

Lorsque l’action gouvernementale attaquée consiste à restreindre la liberté d’expression, la garantie prévue à l’article 2 sera nécessairement violée. Étant donné que, comme je l’ai déjà indiqué, le but législatif visé par le paragraphe 29(3) est d’empêcher l’accès par la presse et le public aux enquêtes en matière d’immigration, et donc de restreindre la liberté d’expression, je dois conclure que le paragraphe 29(3) viole la liberté d’expression et la liberté de la presse.

<sup>3</sup> L’arrêt ultérieur de la Cour dans *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, semble n’avoir aucune conséquence sur la véritable portée de l’art. 2 au-delà de la liberté d’expression.

The general approach to section 1 in determining whether a limit on a right or freedom can be demonstrably justified in a free and democratic society was set out by the Supreme Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. The analysis involves a distinction between end and means whereby the Government must first establish that the impugned state action has an objective of pressing and substantial concern in a free and democratic society and, secondly, that the means are proportional to this end.

The objective of the legislative provision in the case at bar may fairly, I believe, be set out in the words of Parliamentary Secretary Speyer in the passage already quoted from Martin J. in *Toronto Star*:

[W]e want to do nothing to jeopardize a refugee at a hearing when he might be adversely affected by testimony that is given; and it is important to understand the nature of a refugee hearing and what the refugee has to demonstrate. We do not want relatives of the refugees, or the refugee himself, in any way to be put in peril . . . . I give you that undertaking in terms of that is our intention . . . .

If this were not convincing on its face as establishing an objective of pressing and substantial concern, the Government has supplemented this objective in its section 1 brief with documentary evidence from the United States, the United Kingdom, Australia, New Zealand, and Sweden, all showing a general awareness in democratic countries of the need for confidentiality in the processing of Convention refugee claims. Clearly the security of the person of the claimant is at stake — as well as the security of all those in his or her home country who may have abetted this escape, even if they cannot themselves qualify for Charter protection. I have no hesitation in finding that the objective here is of sufficient stature to warrant overriding freedom of expression and of the press, and in fact this point was conceded by the applicants.

The second feature of the *Oakes* test is the proportionality of means to end. In *Oakes* this inquiry was broken down into three segments (at page 139):

La façon générale d'aborder l'article premier pour déterminer si la restriction d'un droit ou d'une liberté peut se justifier dans une société libre et démocratique a été établie par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. L'analyse comporte une distinction entre la fin et les moyens choisis par laquelle le gouvernement doit tout d'abord établir que la mesure gouvernementale attaquée a un objectif qui se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique et, en deuxième lieu, que ces moyens sont proportionnels à cette fin.

J'estime que les propos tenus par le secrétaire parlementaire Speyer dans l'extrait déjà cité de la décision rendue par le juge Martin dans l'affaire *Toronto Star* traduisent vraiment l'objectif visé par la disposition législative en cause en l'espèce:

[N]ous voulons éviter tout ce qui peut compromettre un réfugié au cours de l'audience où les témoignages pourraient lui faire du tort; il est également important de comprendre la nature de ce genre d'enquêtes et des preuves que doit fournir le réfugié. Nous ne voulons pas que le réfugié ou des membres de sa famille soient en danger . . . Je vous assure que c'est là notre intention . . . .

Pour convaincre davantage du fait qu'il s'agit d'un objectif se rapportant à une préoccupation urgente et réelle, le gouvernement a, dans son mémoire sur l'article premier, complété cet objectif au moyen d'une preuve documentaire provenant des États-Unis, du Royaume-Uni, de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande et de la Suède; il en ressort que les pays démocratiques se rendent compte généralement de la nécessité du caractère confidentiel du traitement des demandes de statut de réfugié au sens de la Convention. À l'évidence, la sécurité de la personne du demandeur est en jeu — l'est également la sécurité de tous ceux qui se trouvent dans son pays et qui peuvent avoir aidé cette évasion, même s'ils ne peuvent se prévaloir de la protection prévue par la Charte. Je n'hésite nullement à conclure que l'objectif en l'espèce est suffisamment important pour justifier de passer outre à la liberté d'expression et à la liberté de la presse, et les requérants ont en fait reconnu ce point.

Le deuxième volet du critère adopté dans l'arrêt *Oakes* est la proportionnalité des moyens choisis par rapport à la fin. Ce critère de proportionnalité comporte trois éléments selon l'analyse qui en est faite (à la page 139):

There are, in my view, three important components of a proportionality test. First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair "as little as possible" the right or freedom in question . . . Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the *Charter* right or freedom, and the objective which has been identified as of "sufficient importance".

The first element to be established is that the means are rationally connected to the end.

The problem here arises from the fact that McVey has not claimed Convention refugee status, and it might even be thought to be difficult for him to do so, coming from a country like the United States with a democratic government and an independent judicial system: *Minister of Employment and Immigration v. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171 (F.C.A.), at page 176. More important, the legislation is not limited to immigration inquiries of refugees, but applies to all inquiries of every kind whatsoever. How can such a provision of universal application be rationally connected to the admitted need to protect refugees?

If there is an answer, it is found in the scheme of the Act. In some of the other countries surveyed, refugee claims are handled in a special stream and are always dealt with *in camera*. In the U.K., for instance, this is done as a matter of administrative practice. But the scheme of the Canadian Act is different. All inquiries begin in the same way, but subsection 43(1) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14] provides that a person who is the subject of an inquiry must be given an opportunity to claim refugee status "[b]efore any substantive evidence is given at an inquiry". In the case at bar, when the issue as to an open or closed hearing was raised at the very outset of the inquiry, as it had to be, the opportunity to make a refugee claim had not yet arisen. As of that moment, I believe the respondents are right that the provision has to apply to all subjects of an

À mon avis, un critère de proportionnalité comporte trois éléments importants. Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question . . . Troisièmement, il doit y avoir une proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la *Charte* et l'objectif reconnu comme «suffisamment important».

Le premier élément à établir est que les moyens choisis ont un lien rationnel avec la fin.

La difficulté en l'espèce découle du fait que McVey n'a pas revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention, et on pourrait même croire qu'il serait difficile pour lui de le faire puisqu'il est originaire d'un pays comme les États-Unis qui est doté d'un gouvernement démocratique et d'un système judiciaire indépendant: *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171 (C.A.F.), à la page 176. Il y a plus important encore, la législation n'est pas limitée aux enquêtes en matière d'immigration relatives aux réfugiés, mais s'applique à toutes les enquêtes quelles qu'elles soient. Comment une telle disposition d'application générale peut-elle avoir un lien rationnel avec la nécessité reconnue de protéger les réfugiés?

La réponse, si réponse il y a, se trouve dans l'économie de la Loi. Dans certains des autres pays qui ont fait l'objet d'une étude, les demandes de statut de réfugié font l'objet d'un régime particulier et sont toujours traitées à huis clos. Au Royaume-Uni par exemple, ce traitement relève d'une pratique administrative. Mais l'économie de la Loi canadienne est différente. Toutes les enquêtes commencent de la même façon, mais le paragraphe 43(1) [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 14] prévoit que la personne qui fait l'objet d'une enquête doit avoir la possibilité de revendiquer le statut de réfugié «avant que ne soient présentés des éléments de preuve au fond». En l'espèce, lorsque la question d'une audience publique ou à huis clos a été soulevée dès le début de l'enquête, comme il se devait, la possibilité de faire une revendication du statut de réfugié ne s'était pas encore présentée. À partir de ce moment, je crois que les intimés ont raison de prétendre que la disposition doit s'appliquer à tous les sujets d'une enquête pour protéger adéquatement

inquiry in order to adequately protect potential refugee claimants.

It is harder to justify the limitation of the ambit of protection to the claimant himself and to his family. What of any other person who, in the words of Mahoney J.A., in *McVey No. 1* at page 422 "through friendship, bribery or sympathy, has facilitated a refugee claimant's escape and what of resident foreigners, perhaps missionaries or business people, willing to testify only if their opportunity to return is not prejudiced?" Since the focus of the provision is not the safety of such other persons, but rendering the claimant secure in his testimony, perhaps it might be argued that he would care less about their fate than about that of family members, but such a contention is too cynical to constitute legislative motivation.

A better justification is that the underinclusiveness of the ambit of adverse effect should not be found to be fatal, even if the cut-off is irrational, so long as those included (the claimant and his family) themselves have a rational connection to the goal. That they do is undeniably true, but I do not find it necessary to resolve this point since in my view the fate of the legislation is decided by the next two criteria: minimal impairment of the right and proportionality of effect. I intend to consider these two elements together since they tend to overlap in their excess of inclusiveness.

One respect in which they do so is the reverse onus of subsection 29(3) which puts on the member of the public seeking to open the hearing a burden of proof which is impossible to discharge. This was noted by Martin J. in *Toronto Star* (at pages 443-445) and I adopt his reasoning as to its impossibility.

Another overinclusive feature was remarked by the Adjudicator (Case IV, at page 568):

It appears that if a ban could be imposed on publication it might be conceivable to conduct the inquiry in public but as I

ment les demandeurs de statut de réfugié éventuels.

Il est plus difficile de justifier la limitation de la portée de la protection au demandeur lui-même et à sa famille. Qu'en est-il de toute autre personne qui, selon les propos tenus par le juge Mahoney, J.C.A., dans l'arrêt *McVey No 1*, à la page 422 «par amitié, corruption ou sympathie a facilité la fuite d'un revendicateur du statut de réfugié, et qu'en est-il des résidents étrangers, peut-être des missionnaires ou des gens d'affaires, qui n'acceptent de témoigner que si leur possibilité de retour n'est pas compromise?» Puisque la disposition porte principalement, non pas sur la sécurité de ces autres personnes, mais sur la sécurité du demandeur dans son témoignage, on pourrait prétendre qu'il se soucie moins de leur sort que de celui des membres de la famille, mais une telle prétention est trop cynique pour constituer une motivation législative.

On peut mieux justifier la mesure choisie en disant que le fait de ne pas prévoir toute la portée du préjudice ne devrait pas être considéré comme fatal, même si l'exclusion est irrationnelle, du moment que ceux qui sont inclus (le demandeur et sa famille) ont eux-mêmes un lien rationnel avec le but visé. C'est indéniablement vrai, mais je trouve inutile de trancher ce point, puisque, à mon avis, le sort de la disposition législative dépend des deux critères suivants: une atteinte minimale au droit et la proportionnalité de l'effet. J'ai l'intention d'examiner ces deux éléments ensemble puisqu'ils ont tendance à se chevaucher dans leur trop grande couverture.

C'est le cas de l'inversion de la charge de la preuve prévue au paragraphe 29(3) qui impose au membre du public qui cherche à obtenir la tenue en public de l'enquête un fardeau de la preuve dont il est impossible de s'acquitter. C'est ce qui a été noté par le juge Martin dans l'affaire *Toronto Star* (aux pages 443 et 445), et je fais mien son raisonnement quant à l'impossibilité de s'acquitter de ce fardeau.

Un autre cas de couverture excessive a été remarqué par l'arbitre (dossier d'appel IV, à la page 568):

[TRADUCTION] Il appert que si une interdiction de publier pouvait être imposée, il est concevable qu'on puisse tenir l'en-

do not have power it is not possible to consider this as a potential solution.

This very absence of alternatives for the Adjudicator is a mark of legislative overreach.

A third deficiency was drawn to the Court's attention by the applicants, who pointed out that the effect of subsection 29(3), combined with subsection 29(2), is to give the person who is the subject of the inquiry a "licence" to determine which members of the public, including possibly the media, would have exclusive access to the hearing. However, since we were not invited to interpret subsection 29(2) in this case, I come to no final determination on this point.

Perhaps the greatest flaw is that to allow a final decision to be made on access, before a refugee claim is actually made, is an extreme instance of overinclusiveness. It would be enough to allow a temporary decision to be made on access or publication, to remain in place only until a refugee claim had been made or declined, after which time a final decision could be made.

The respondents claimed that the procedure chosen by the Act was necessary to protect claimants in an adequate way, because otherwise it could be assumed by watchers badly motivated towards a claimant that his was a refugee hearing since every *in camera* hearing was a refugee hearing. But since other persons besides refugees can also claim *in camera* status and make their case to that effect before an adjudicator I cannot see this as a practical danger. Moreover, the system in place is far from a watertight one. Anyone can have access to court refugee files, which are not closed even when a hearing is, and review decisions of this Court are published under the real names of the claimants, allowing hostile watchers to gather information in that fashion. It would in my view at the very least require a legislated system of watertight security to make a convincing case on this basis.

quête en public mais, comme je n'en ai pas le pouvoir, il est impossible de la considérer comme une solution éventuelle.

Cette absence même de solutions de rechange pour l'arbitre est une preuve de la trop grande portée de la loi.

Les requérants ont porté à l'attention de la Cour une troisième lacune en signalant que le paragraphe 29(3), combiné avec le paragraphe 29(2), a pour effet de donner à la personne qui fait l'objet d'une enquête une [TRADUCTION] «autorisation» de déterminer les membres du public, y compris les médias, qui auraient un accès exclusif à l'audience. Toutefois, puisque nous ne sommes pas invités à interpréter le paragraphe 29(2) en l'espèce, je ne rends aucune décision définitive sur ce point.

Permettre qu'une décision définitive sur l'accès soit rendue avant qu'une demande de statut de réfugié ne soit faite réellement est un cas extrême de couverture excessive; il s'agit peut-être là de la plus grande lacune. Il suffirait de permettre de rendre une décision temporaire sur l'accès ou la publication, de permettre qu'elle soit valable seulement jusqu'à ce qu'une demande de statut de réfugié ait été faite ou rejetée, après quoi une décision définitive pourrait être rendue.

Les intimés prétendent que la procédure choisie par la Loi s'imposait pour protéger les demandeurs de façon adéquate, parce qu'autrement les curieux mal intentionnés à l'égard d'un demandeur pourraient présumer qu'il s'agissait de son enquête en matière de statut de réfugié puisque toute enquête à huis clos était une enquête en matière de statut de réfugié. Mais puisque d'autres personnes à part les réfugiés peuvent également réclamer le huis clos et présenter le bien-fondé de leurs affirmations à cet égard devant l'arbitre, je ne saurais y voir un danger pratique. De plus, le système en vigueur est loin d'être inattaquable. N'importe qui peut avoir accès aux dossiers de la Cour relatifs aux réfugiés qui ne sont pas clos même lorsque l'audience l'est, et les arrêts de cette Cour sont publiés sous les vrais noms des demandeurs, ce qui permet aux curieux hostiles de rassembler des renseignements de cette façon. À mon avis, il faudrait à tout le moins un système législatif de sécurité absolue pour constituer une preuve convaincante à cet égard.



I believe that Cory J. expressed the proper section 1 approach to public-access cases when he wrote in *Edmonton Journal, supra*, at page 1347:

The importance of freedom of expression and of public access to the courts through the press reports of the evidence, arguments and the conduct of judges and judicial officers is of such paramount importance that any interference with it must be of a minimal nature.

The interference in the case at bar cannot in my view be said to be "of a minimal nature." While less maximal than a total prohibition of access, it nevertheless wrongly reverses the onus of proof, makes no provision for anything between total access and total prohibition, and applies not only to the refugee class Parliament aimed to protect but to all inquiries for whatever purpose. The respondents did not even seek to defend the application of subsection 29(3) to non-refugees except in the secondary sense that it protected refugees by helping to obscure who were and who were not refugee claimants.

I would emphasize that the legislative intention of protecting refugee claimants cannot be defended beyond the moment at which claimants must indicate whether they are making refugee claims or not; for those who are not, no further general denial of public access is justifiable. In my opinion subsection 29(3), as written, is seriously excessive legislation, and should be held to be of no force or effect under subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)*] [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].

Given the invalidity of subsection 29(3), the effect of subsection 29(2) might well be to require all inquiries to be conducted *in camera*, except with the specific permission of the claimant. If it were not to have that effect, it might have the contrary effect of leaving refugee claimants without any possibility of protection. However, subsection 29(2) of the *Immigration Act*, as amended, was not challenged by the applicants and is not therefore under review on this section 28 application. The invalidity of subsection 29(3), therefore, coupled with the continuance of subsection 29(2),

J'estime que le juge Cory a énoncé la méthode appropriée d'aborder les cas d'accès du public, méthode fondée sur l'article premier, lorsqu'il s'est exprimé en ces termes dans l'arrêt *Edmonton Journal*, précité, à la page 1347:

La liberté d'expression et l'accès du public aux tribunaux par l'intermédiaire des comptes rendus de la presse sur la preuve, les arguments et la conduite des juges et des officiers de justice sont d'une telle importance prépondérante que toute atteinte doit être minimale.

À mon avis, on ne saurait dire que l'atteinte en l'espèce est «minimale». Bien qu'elle soit à un niveau inférieur au niveau maximal qu'atteint une interdiction totale d'accès, néanmoins, elle inverse abusivement le fardeau de la preuve, ne prévoit rien entre l'accès total et l'interdiction totale, et s'applique non seulement à la catégorie de réfugiés que le Parlement visait à protéger, mais également à toutes les enquêtes quel qu'en soit le but. Les intimés n'ont même pas cherché à défendre l'application du paragraphe 29(3) aux non-réfugiés sauf dans le sens secondaire qu'il protégeait les réfugiés en aidant à ne pas révéler l'identité de ceux qui étaient et de ceux qui n'étaient pas des demandeurs de statut de réfugié.

J'insisterai sur le fait que l'intention législative de protéger les demandeurs de statut de réfugié ne saurait être défendue au-delà du moment où les demandeurs doivent faire savoir s'ils revendiquent le statut de réfugié; pour ceux qui ne le revendiquent pas, aucun autre refus général d'accès public n'est justifiable. J'estime que le paragraphe 29(3), tel qu'il a été formulé, est une disposition législative qui va beaucoup trop loin et qu'il devrait être déclaré inopérant en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.)*] [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].

Étant donné l'invalidité du paragraphe 29(3), le paragraphe 29(2) pourrait très bien avoir pour effet d'exiger que toutes les enquêtes soient tenues à huis clos, sauf avec l'autorisation expresse du demandeur. S'il ne devait pas avoir cet effet, il pourrait avoir l'effet contraire, c'est-à-dire que les demandeurs de statut de réfugié n'auraient aucune possibilité de protection. Toutefois, le paragraphe 29(2) de la *Loi sur l'immigration*, tel qu'il a été modifié, n'a pas été contesté par les requérants et ne fait donc pas l'objet d'une révision dans la présente demande fondée sur l'article 28. En con-

gives rise to a real possibility of confusion and even chaos in the administration of the refugee program.

Since it appears to me necessary, in order to preserve the rule of the law in this area, that Parliament be allowed sufficient time to amend the law in accordance with this decision, I would deem subsection 29(3) temporarily valid and effective, on the authority of *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, for a period of one year, a time frame that I believe would normally provide Parliament with adequate time to amend the law, subject to the right in the respondent Minister to apply to this Court for a longer period of temporary validity if special circumstances should arise.

The applicants' first alternative submission related to the correct interpretation to be given to subsection 29(3) in the event that it did not infringe paragraph 2(b) and section 1 of the Charter. In the event, I do not need to consider that argument directly.

Their further alternative submission had to do with the correct sense of the words "adversely affected" in the final clause of subsection 29(3): "and that the person with respect to whom the inquiry is to be held or any member of that person's family would not be adversely affected if the inquiry were to be conducted in public." [Underlining added.]

As I have felt constrained to authorize a one-year temporary validity of subsection 29(3), I feel that in fairness to the applicants I ought to deal as well with this final alternative, since it need not be subject to any delay in implementation.

In supplementary memoranda on the words "adversely affected," both the applicants and the respondent Minister agreed that they cannot be given their widest meaning. I would agree with the following four guidelines advanced by the respondent Minister (supplementary memorandum of fact and law, paragraph 9):

séquence, l'invalidité du paragraphe 29(3), combinée avec la continuité du paragraphe 29(2), donne lieu à une possibilité réelle de confusion et même de chaos dans l'application du programme des réfugiés.

La primauté du droit devant être préservée dans ce domaine, je crois qu'il est nécessaire d'accorder au législateur suffisamment de temps pour modifier la loi conformément au présent arrêt. Je considérerais donc le paragraphe 29(3) comme temporairement valide en vertu du *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, pour une période d'un an qui, selon moi, suffirait normalement au législateur pour modifier la loi, sous réserve du droit du ministre intimé de s'adresser à cette Cour pour obtenir une période de validité temporaire plus longue le cas échéant.

Le premier argument subsidiaire invoqué par les requérants portait sur la bonne interprétation à donner au paragraphe 29(3) au cas où il n'irait pas à l'encontre de l'alinéa 2b) et de l'article premier de la Charte. En fait, je n'ai pas à examiner cet argument directement.

L'autre argument subsidiaire qu'ils ont invoqué avait trait au sens correct de l'expression «*adversely affected*» (lésés) figurant au membre de phrase final du paragraphe 29(3): «*and that the person with respect to whom the inquiry is to be held or any member of that person's family would not be adversely affected if the inquiry were to be conducted in public*» (et que ni l'intéressé ni les membres de sa famille ne s'en trouveraient lésés) [soulignements ajoutés].

Puisque je me suis vu dans l'obligation de permettre que le paragraphe 29(3) soit temporairement valide pour un an, j'estime que, pour être juste envers les requérants, je devrais me prononcer aussi sur l'argument subsidiaire final, puisqu'il n'est soumis à aucun délai d'exécution.

Dans les exposés supplémentaires sur l'expression «*adversely affected*» (lésés), tant les requérants que le ministre intimé ont convenu qu'on ne saurait lui donner son sens le plus large. Je serais d'accord avec les quatre lignes directrices suivantes avancées par le ministre intimé (exposé supplémentaire des faits et du droit, paragraphe 9):

- a) inquiry subjects cannot show that they will be adversely affected by a public hearing merely by establishing that they will be embarrassed or humiliated by publication of information disclosed at the hearing;
- b) an inquiry subject cannot rely upon a privacy interest to establish adverse effect, since privacy has only been found to be compelling in matrimonial cases involving allegations of cruel, immoral or aberrant behaviour; (*Edmonton Journal*);
- c) inquiry subjects may establish adverse effect by showing that their concerns are consistent with the purpose of s. 29(3) and consistent with *Charter* principles; and
- d) there must be some direct link between the publicity and personal danger to inquiry subjects or their families.

In fact, I would add one other guideline before proceeding to the case-by-case basis suggested by the respondent Minister. The basis of the Adjudicator's decision in the case at bar was as follows (Case IV, at page 567):

[I]t is my opinion that if Mr. McVey's inquiry were open to the public he would be adversely affected by way of stress generated by the presence of the news media and the resultant publication of the events.

In my opinion "stress generated by the presence of the news media," whatever its effect on the health of the participants in the proceeding, is insufficient in law to constitute adverse effect as set out in subsection 29(3). If the effect on the refugee claimant's health was such that he could not be present at the inquiry, then the Adjudicator would have the traditional option of adjournment, but that is not the case here.

The French text of subsection 29(3), is, I believe, somewhat stronger than the English:

... et que ni l'intéressé ni les membres de sa famille ne s'en trouveraient lésés.

The French "lésés" has the sense of wronged, or damaged, or injured, and may be said to connote something more than psychological adversity.

More important, what we have already seen of the parliamentary intention behind the provision indicates that the evil consequence to be avoided was direct physical harm in the sense of governmental reprisals involving prosecution, imprisonment, and physical maltreatment, even death. In my view, tension, even considered as a medical

[TRADUCTION] a) Ceux qui font l'objet d'une enquête ne sauraient montrer qu'ils se trouveront lésés par une enquête publique en établissant qu'ils seront embarrassés ou humiliés par la publication de renseignements révélés à l'audience;

- a) Celui qui fait l'objet d'une enquête ne saurait s'appuyer sur l'intérêt à la protection de la vie privée pour établir le préjudice, puisqu'il a été jugé que la protection de la vie privée ne s'impose que dans les affaires matrimoniales portant sur des allégations de comportements cruels, immoraux ou aberrants (*Edmonton Journal*);
- b) Ceux qui font l'objet d'une enquête peuvent établir leur préjudice en montrant que leurs préoccupations correspondent au but visé par le par. 29(3) et aux principes posés par la *Charte*;
- c) Il doit y avoir un lien direct entre la publicité et le danger personnel pour ceux qui font l'objet d'une enquête ou leur famille.

En fait, j'ajouterais une autre ligne directrice avant de procéder à l'examen cas par cas proposé par le ministre intimé. Voici le fondement de la décision de l'arbitre en l'espèce (dossier d'appel IV, à la page 567):

[J]estime que si l'enquête de M. McVey était publique, il subirait un préjudice en raison du stress causé par la présence des médias d'information et la publication des événements qui en découle.

À mon avis, le «stress causé par la présence des médias d'information», quel que soit son effet sur la santé des participants à la procédure, ne suffit pas en droit pour constituer un préjudice au sens du paragraphe 29(3). Si l'effet sur la santé du demandeur de statut de réfugié était tel qu'il ne pourrait assister à l'enquête, l'arbitre aurait l'option traditionnelle de l'ajourner, mais tel n'est pas le cas en l'espèce.

Le texte français du paragraphe 29(3) a, à mon avis, un sens plus fort que celui du texte anglais:

... et que ni l'intéressé ni les membres de sa famille ne s'en trouveraient lésés.

Le mot français «lésés» s'entend de tort, de dommage ou de préjudice subi, et on peut en dire qu'il connote quelque chose qui est plus que l'adversité psychologique.

Il y a plus important encore, ce que nous avons perçu comme l'intention du législateur visée par la disposition indique ce qu'il fallait éviter était une lésion corporelle dans le sens de représailles gouvernementales comportant une poursuite en justice, un emprisonnement et un mauvais traitement physique, même la mort. À mon avis, la tension,

condition with possibly serious health consequences, can be placed no higher in the interpretation of subsection 29(3) than “the sensibilities of the individuals involved,” which, as Dickson J. observed in *MacIntyre* (at page 185) “are no basis for exclusion of the public from judicial proceedings.” The same principle of the openness of our judicial system was recently emphasized by this Court in *C.D. v. Canada (Minister of National Revenue)*, no. A-207-90, decided March 15, 1991 (*per* Décary J.A.) [not yet reported].

The section 28 application should therefore succeed on this ground as well.

In the result, the section 28 application should be allowed, the decisions of the Adjudicator of October 18 and November 2, 1990, set aside, and the matter remitted to the Adjudicator for continuance of the inquiry in a manner not inconsistent with these reasons for judgment. With respect to subsection 29(3) of the *Immigration Act*, as amended, it should be deemed temporarily valid for one year from the date of this judgment to allow Parliament time to act appropriately, subject to the right in the respondent Minister to apply to this Court for a longer period of temporary validity if special circumstances should arise. Moreover, the whole of this judgment should also be suspended pending appeal, pursuant to Rule 341A(4) [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as added by SOR/79-57, s. 8)].

MAHONEY J.A.: I agree.

DÉCARY J.A.: I agree.

même si on la considère comme un état mental pouvant entraîner de graves conséquences pour la santé, ne saurait, par interprétation du paragraphe 29(3), dépasser «la susceptibilité des personnes en cause» qui, selon la remarque faite par le juge Dickson dans l'arrêt *MacIntyre* (à la page 185) «ne justifie pas qu'on exclut le public des procédures judiciaires». Cette Cour, dans l'arrêt *C.D. c. Canada (Ministre du Revenu national)* portant le numéro du greffe A-207-90 et rendu le 15 mars 1991 (le juge Décary, J.C.A.) [encore inédit], a récemment mis l'accent sur le même principe de la transparence de notre système judiciaire.

En conséquence, la demande fondée sur l'article 28 devrait être accueillie pour ce motif également.

En définitive, je suis d'avis d'accueillir la demande fondée sur l'article 28, d'infirmer les décisions rendues par l'arbitre les 18 octobre et 2 novembre 1990 et de lui renvoyer l'affaire pour qu'il poursuive l'enquête d'une manière conforme aux présents motifs de jugement. Pour ce qui est du paragraphe 29(3) de la *Loi sur l'immigration*, tel qu'il a été modifié, on devrait le considérer comme temporairement valide pour un an à compter de la date de cet arrêt pour permettre au législateur d'agir en conséquence, sous réserve du droit du ministre intimé de s'adresser à cette Cour pour obtenir une période de validité temporaire plus longue le cas échéant. De plus, en vertu de la Règle 341A(4) [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663 (ajouté par DORS/79-57, art. 8)], l'effet de ce jugement en entier devrait être également suspendu jusqu'à l'issue de l'appel.

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

1

T-2056-90

T-2056-90

**Claudia Jock, Dave Benedict, Lawrence Francis and Robert Skidders on their own behalfs and on behalf of other residents of the Akwesasne Reserve (Applicants)**

v.

**Her Majesty the Queen, the Minister of Indian and Northern Affairs, Michael Mitchell, members of the Mohawk Council of Akwesasne and The Mohawk Council of Akwesasne (Respondents)**

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

Trial Division, Teitelbaum J.—Ottawa, January 14 and March 5, 1991.

*Judicial review — Prerogative writs — Quo warranto — Elections on Indian reserves — Traditionalists not participating in referendum at Akwesasne Reserve re: reversion to band custom from Indian Act procedures for elections — Election held according to custom — More than two years later, quo warranto sought — Neither ministerial order nor referendum required — Authors cited as to rules for quo warranto, matters within Court's discretion — Most, but not all, criteria for quo warranto met — Application denied for undue delay, failure to exhaust statutory remedies.*

*Native peoples — Elections — Quo warranto sought more than two years after election according to band custom — Reversion from Indian Act election rules following referendum in which traditionalists did not participate — Neither ministerial order nor referendum approving reversion required — Granting of application would cause hardship, inconvenience — Motion denied for unreasonable delay, failure to exhaust statutory remedies.*

*Federal Court jurisdiction — Trial Division — Indian band council "federal board" within Federal Court Act, ss. 2, 18 — Trial Division having jurisdiction to grant quo warranto against individual members of Indian band council.*

This was an application for (1) a declaration that elections of June 1988 were null and void, (2) an order of *quo warranto*, (3) an order enjoining the respondents from continuing to pay salaries to the Mohawk Council of Akwesasne and its members until a new election can be held and (4) an order requiring that new elections be convened and held in accordance with the *Indian Act* within a reasonable period of time. Prior to June 1988, elections on the Akwesasne Reserve had been held pursuant to the *Indian Act*. Following a door-to-door referendum, in

**Claudia Jock, Dave Benedict, Lawrence Francis et Robert Skidders en leur propre nom et au nom des autres résidents de la réserve d'Akwesasne (requérants)**

c.

**Sa Majesté la Reine, le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, Michael Mitchell, les membres du conseil de la bande indienne Mohawk d'Akwesasne et le conseil de la bande indienne Mohawk d'Akwesasne (intimés)**

RÉPERTORIÉ: JOCK c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)

Section de première instance, juge Teitelbaum—Ottawa, 14 janvier et 5 mars 1991.

*Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Quo warranto — Élections dans les réserves d'Indiens — Les traditionalistes n'ont pas pris part au référendum tenu dans la réserve d'Akwesasne pour décider s'il y avait lieu de rétablir le processus électoral coutumier au lieu du processus prévu dans la Loi sur les Indiens — Élection tenue selon la coutume — Un bref de quo warranto a été sollicité plus de deux ans plus tard — Il n'était pas nécessaire de prendre un arrêté ministériel ou de tenir un référendum — Doctrine citée sur les règles régissant la délivrance d'un bref de quo warranto et sur les facteurs dont peut tenir compte la Cour dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire — Les requérants ont satisfait à la plupart des critères de délivrance d'un bref de quo warranto, mais non pas à tous — Demande rejetée pour motif de retard indu et défaut d'avoir épuisé les recours prévus par la loi.*

*Peuples autochtones — Élections — Bref de quo warranto sollicité plus de deux ans après la tenue d'une élection conformément à la coutume de la bande — Adoption de règles électorales autres que celles de la Loi sur les Indiens à la suite d'un référendum auquel les traditionalistes n'ont pas pris part — Il n'était pas nécessaire de prendre un arrêté ministériel ou de tenir un référendum visant à approuver l'adoption de ces règles — Le fait d'accorder la demande causerait des inconvénients — La requête est rejetée pour motif de retard déraisonnable et défaut d'avoir épuisé les recours prévus par la loi.*

*Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Un conseil de bande indienne est un «office fédéral» au sens des art. 2 et 18 de la Loi sur la Cour fédérale — La Section de première instance a compétence pour décerner un bref de quo warranto contre les membres du conseil de la bande indienne, à titre particulier.*

Il s'agit en l'espèce d'une demande visant à obtenir (1) un jugement déclaratoire portant que l'élection tenue en juin 1988 est nulle et sans effet, (2) une ordonnance de *quo warranto*, (3) une ordonnance enjoignant aux intimés de cesser de verser le salaire du conseil de la bande indienne Mohawk d'Akwesasne et de ses membres jusqu'à ce qu'une nouvelle élection puisse être tenue et (4) une ordonnance portant que de nouvelles élections soient convoquées et tenues dans un délai raisonnable, conformément à la *Loi sur les Indiens*. Avant juin 1988, les

which the traditionalists did not participate, regarding a possible reversion from the Act procedures to band custom regulations, an election was conducted on June 25, 1988 according to custom regulations called the Akwesasne Election Regulations. Applicants submitted that, historically, any changes to the election process on the Akwesasne Reserve had always been done by an Order in Council and that reversion to custom elections was a major change that could not be made orally with no written record. They further asserted that the door-to-door survey had only just begun when Council passed the resolution adopting new regulations. That meant that the survey results were not taken into account. The applicants cited two letters from government officials indicating that to change the electoral regulations the approval of the traditionalists was required but had not been obtained.

Respondents argued that the applicants did not challenge the validity of the June 25, 1988 election or of the two subsequent by-elections until July 1990 and that the real object of this application was to attack the validity of the Akwesasne Election Regulations, which should be done by an action for a declaration rather than by moving for an order in the nature of *quo warranto*. Counsel for respondents mentioned several items of correspondence which would indicate the recognition of the legitimacy of the impugned Council and Chief by the Department of Indian and Northern Affairs (DIAND) and its approval of the June 1988 elections. Counsel also filed two schedules of Indian bands which showed that the Government of Canada, as well as the Minister have treated the Akwesasne Band as having reverted to custom for election purposes.

The applicants having abandoned the claim for a declaration and an injunction being denied since proceedings were not commenced by statement of claim, the application for a writ of *quo warranto* was the only issue remaining to be decided.

*Held*, the application should be dismissed.

There is case law establishing that a band council is a "federal board" within the meaning of sections 2 and 18 of the *Federal Court Act*, and the Trial Division has jurisdiction to grant a writ of *quo warranto* against the individual members of the Mohawk Council of Akwesasne. Such band council exercises powers conferred by an Act of Parliament. Subsection 74(1) of the *Indian Act*, (which allows the Minister to declare by order that a band council shall be selected by elections in accordance with the Act) is permissive, not mandatory. The *Indian Act* and Regulations do not require a ministerial order for election procedures to be brought under the *Indian Act* or to revert to band custom. A referendum or other formal approval is not required prior to a ministerial order under subsection 74(1). The fact that the traditionalists were not formally asked, by referendum or otherwise, to approve or disapprove the new

elections dans la réserve d'Akwesasne avaient été tenues conformément à la *Loi sur les Indiens*. À la suite d'un référendum porte-à-porte, auquel les traditionalistes n'ont pas pris part pour décider du rétablissement éventuel du règlement électoral établi selon la coutume de la bande à la place des procédures prévues dans la Loi, une élection a été tenue le 25 juin 1988 conformément au règlement coutumier désigné «règlement électoral d'Akwesasne». Les requérants ont prétendu que, d'après la tradition, tout changement au processus électoral dans la réserve d'Akwesasne était toujours apporté par voie de décret et que le rétablissement du processus électoral coutumier représentait une modification importante qui ne pouvait être faite verbalement sans être constatée dans un écrit. Ils ont également allégué que le sondage porte-à-porte venait tout juste d'être entrepris lorsque le conseil a adopté le nouveau règlement par voie de résolution, si bien qu'il n'a pas été tenu compte des résultats du sondage. Les requérants ont invoqué deux lettres de fonctionnaires du gouvernement qui indiquent que l'approbation des traditionalistes était nécessaire avant de pouvoir modifier le règlement électoral mais que celle-ci n'avait pas été obtenue.

Les intimés ont plaidé que les requérants n'avaient pas contesté la validité de l'élection tenue le 25 juin 1988, ni celle de deux élections partielles tenues par la suite avant juillet 1990 et que les requérants, par la présente demande, cherchent en réalité à attaquer la validité du règlement électoral d'Akwesasne, ce qu'ils auraient dû faire au moyen d'une action pour obtenir un jugement déclaratoire plutôt qu'en présentant une requête pour obtenir une ordonnance de la nature d'un *quo warranto*. L'avocat des intimés a invoqué plusieurs pièces de correspondance selon lesquelles le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (MAINIC) reconnaissait la légitimité du conseil et du chef dont la qualité est contestée et entérinait les élections tenues en juin 1988. Il a également déposé deux listes de bandes indiennes, ce qui indique que le gouvernement du Canada et le ministre considéraient qu'Akwesasne avait rétabli la coutume aux fins des élections.

Puisque les requérants ont renoncé à poursuivre leur demande pour obtenir un jugement déclaratoire et que l'injonction a été refusée parce que l'instance n'avait pas été introduite par voie de déclaration, il ne restait donc qu'à statuer sur la demande en vue d'obtenir un bref de *quo warranto*.

*Jugement*: la demande devrait être rejetée.

Il existe de la jurisprudence selon laquelle un conseil de bande est un «office fédéral» au sens des articles 2 et 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, et la Section de première instance a compétence pour décerner un bref de *quo warranto* contre les membres du conseil de la bande indienne Mohawk d'Akwesasne, à titre particulier. Un tel conseil de bande exerce des pouvoirs prévus par une loi fédérale. Le paragraphe 74(1) de la *Loi sur les Indiens*, en vertu duquel le ministre peut déclarer par arrêté qu'un conseil d'une bande sera constitué au moyen d'élections tenues selon la Loi, est facultatif et non obligatoire. La *Loi sur les Indiens* et le Règlement pris sous son empire n'imposent pas l'obligation de prendre un arrêté ministériel pour instituer des procédures électorales en vertu de la *Loi sur les Indiens* ou pour rétablir les coutumes de la bande. Il n'est pas nécessaire de tenir un référendum ou d'obtenir une approbation officielle sous une autre forme avant qu'un arrêté ministériel ne soit pris en vertu du paragraphe 74(1). Le fait que les

election regulations does not, of itself, make the new regulations illegal.

The applicants had met most, but not all, of the criteria for the issuance of a writ of *quo warranto*. The offices of councillor and chief are of a public nature, the impugned Mohawk Council and grand chief have exercised their respective offices, the impugned offices were created by the *Indian Act*, an Act of Parliament, the chiefs and grand chief are not dismissable at will, and the applicants have a genuine interest in the proceedings as they lived on the Akwesasne Reserve at the time of the elections. On the other hand, the applicants had let an unreasonable length of time elapse since the contested election of June 1988. The Court has a discretion to dismiss an application for *quo warranto* for undue delay or acquiescence. Great hardship and inconvenience would be caused if, after more than two years, an end would be put to the term of office of the present Band Council. Moreover, the applicants had not exhausted all internal relief avenues. Where the law provides another remedy, *quo warranto* may not be used to contest an election. The *Indian Band Election Regulations* and the *Indian Referendum Regulations* allow any elector to lodge an appeal if he believes there was a violation of the Regulations or corrupt practices. If the applicants were disqualified from the appeal procedures set out in the Regulations (which speak of "any elector who voted") by not having voted, it was their own fault.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2, 18.  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 469(3).  
*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 74(1).  
*Indian Band Election Regulations*, C.R.C., c. 952, s. 12(1).  
*Indian Referendum Regulations*, C.R.C., c. 957, s. 31(1).  
*Municipal Act*, R.S.N.C., 1967, c. 192.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Rider v. Ear* (1979), 103 D.L.R. (3d) 168; [1979] 6 W.W.R. 226; [1979] 4 C.N.L.R. 119 (Alta. T.D.); *Trotchie v. R.*, [1978] 1 A.C.W.S. 397; *Gabriel v. Canatonquin*, [1978] 1 F.C. 124 (T.D.) affirmed [1980] 2 F.C. 792; [1981] 4 C.N.L.R. 61 (C.A.); *Beauvais v. R.*, [1982] 1 F.C. 171; [1982] 4 C.N.L.R. 43 (T.D.); *Badger v. Canada*, [1991] 1 F.C. 191 (T.D.); *Turcotte v. McLaughlin et Seafarers' International Union of Canada*, [1967] Q.B. 739; (1967), 64 D.L.R. (2d) 645 (Que.); *The King ex rel Boudret v. Johnston*, [1923] 2 D.L.R. 278; (1923), 56 N.S.R. 214 (C.A.); *In re Moore*

traditionalistes n'aient pas été officiellement appelés, par référendum, ou autrement, à approuver ou à désavouer le nouveau règlement électoral ne suffit pas, à lui seul, à rendre celui-ci illégal.

a Les requérants ont satisfait à la plupart des critères pour décerner un bref de *quo warranto*, mais non pas tous. Les charges de conseiller et de chef sont de nature publique, le conseil de la bande indienne Mohawk et le grand chef dont la qualité est contestée ont exercé leurs charges respectives, les charges contestées ont été créées sous l'empire de la *Loi sur les Indiens*, une loi du Parlement, les chefs et le grand chef n'ont b pas été nommés à titre amovible, et les requérants ont un intérêt véritable pour engager les procédures en l'instance du fait qu'ils vivaient dans la réserve d'Akwesasne au moment de l'élection. Par ailleurs, les requérants ont laissé écouler un délai déraisonnable depuis l'élection contestée de juin 1988. La Cour a le pouvoir discrétionnaire de rejeter la demande de *quo* c *warranto* pour motif de retard indu ou d'acquiescement. Le fait de mettre fin au mandat des membres du conseil de bande actuelle, alors qu'ils ont occupé leurs postes pendant plus de deux années, causerait de graves inconvénients. En outre, les requérants n'ont pas épuisé tous les recours internes dont ils disposaient. Lorsque la loi prévoit un autre recours, le *quo* d *warranto* ne peut être utilisé pour contester une élection. En vertu du *Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens* et du *Règlement sur les référendums des Indiens*, tout électeur peut interjeter appel s'il croit qu'il y a eu violation du Règlement ou manœuvre corruptrice. Si les requérants sont maintenant forclos de se prévaloir des procédures d'appel prévues au Règlement (où il est question de «tout électeur qui a voté») du fait qu'ils n'ont pas voté, il n'en tient qu'à eux.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

f *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 2, 18.  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), chap. I-5, art. 74(1).  
*Municipal Act*, R.S.N.C., 1967, chap. 192.  
*Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens*, C.R.C., chap. 952, art. 12(1).  
*Règlement sur les référendums des Indiens*, C.R.C., chap. 957, art. 31(1).  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663, Règle 469(3).

#### h JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Rider v. Ear* (1979), 103 D.L.R. (3d) 168; [1979] 6 W.W.R. 226; [1979] 4 C.N.L.R. 119 (Alb. 1<sup>re</sup> inst.); *Trotchie v. R.*, [1978] 1 A.C.W.S. 397; *Gabriel c. Canatonquin*, [1978] 1 C.F. 124 (1<sup>re</sup> inst.) confirmé par [1980] 2 C.F. 792; [1981] 4 C.N.L.R. 61 (C.A.); *Beauvais c. R.*, [1982] 1 C.F. 171; [1982] 4 C.N.L.R. 43 (1<sup>re</sup> inst.); *Badger c. Canada*, [1991] 1 C.F. 191 (1<sup>re</sup> inst.); *Turcotte c. McLaughlin et Seafarers' International Union of Canada*, [1967] B.R. 739; (1967), 64 D.L.R. (2d) 645 (Qué.); *The King ex rel Boudret v. Johnston*, [1923] 2 D.L.R. 278; (1923), 56 N.S.R. 214 (C.A.); *In re Moore*



and Port Bruce Harbour Company (1857), 14 U.C.Q.B. 365 (C.A.).

CONSIDERED:

*Sault v. LaForme*, [1989] 2 F.C. 701; (1989), 25 F.T.R. 241 (T.D.); *R. ex rel. Hennigar v. Stevens* (1969), 3 D.L.R. (3d) 668 (N.S.T.D.); *Leaf v. Canada (Governor General in Council)*, [1988] 1 F.C. 575; (1987), 15 F.T.R. 268 (T.D.); *R. v. Landry* (1909), 44 N.S.R. 138 (C.A.).

REFERRED TO:

*Blackfoot Indian Band, No. 146 (Members) v. Canada and Blackfoot Indian Band, No. 146 (Chief and Councilors)* (1986), 7 F.T.R. 133 (F.C.T.D.); *R. ex rel. Charles J. Gillespie v. Wheeler*, [1979] 2 S.C.R. 650; (1979), 25 N.B.R. (2d) 209; 97 D.L.R. (3d) 605; 51 A.P.R. 209; 9 M.P.L.R. 161; 26 N.R. 323; *Rice c. Conseil de la bande des Iroquois de Caughnawaga et Police Iroquoise de Caughnawaga et Ministre des Affaires Indiennes et du Nord* (13 February 1975, Cour supérieure du Québec, not reported).

AUTHORS CITED

de Smith, S.A. *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. by J.M. Evans. London: Stevens & Sons Ltd., 1980.  
Dussault, R. and Borgeat, L. *Administrative Law: A Treatise*, 2nd ed., vol. 4, Toronto: Carswell, 1990.

COUNSEL:

*Lawrence Greenspon* for applicants.  
*G. Lester* for respondents Her Majesty the Queen and the Minister of Indian and Northern Affairs.  
*John D. Richard, Q.C.*, for respondents Michael Mitchell et al.

SOLICITORS:

*Karam, Greenspon*, Ottawa, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondents Her Majesty the Queen and the Minister of Indian and Northern Affairs.  
*Lang, Michener, Honeywell, Wotherspoon*, Ottawa, for respondents Michael Mitchell et al.

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

TEITELBAUM J.: By notice of motion the applicants seek the following relief:

and Port Bruce Harbour Company (1857), 14 U.C.Q.B. 365 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Sault c. LaForme*, [1989] 2 C.F. 701; (1989), 25 F.T.R. 241 (1<sup>re</sup> inst.); *R. ex rel. Hennigar v. Stevens* (1969), 3 D.L.R. (3d) 668 (1<sup>re</sup> inst. N.-É.); *Leaf c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, [1988] 1 C.F. 575; (1987), 15 F.T.R. 268 (1<sup>re</sup> inst.); *R. v. Landry* (1909), 44 N.S.R. 138 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

*Bande n° 146 des Indiens Pieds-Noirs (membres) c. Canada et Bande No. 146 des Indiens Pieds-Noirs (chef et conseillers)* (1986), 7. F.T.R. 133 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *R. ex rel. Charles J. Gillespie c. Wheeler*, [1979] 2 R.C.S. 650; (1979), 25 N.B.R. (2d) 209; 97 D.L.R. (3d) 605; 51 A.P.R. 209; 9 M.P.L.R. 161; 26 N.R. 323; *Rice c. Conseil de la bande des Iroquois de Caughnawaga et Police Iroquoise de Caughnawaga et Ministre des Affaires Indiennes et du Nord* (le 13 février 1975, Cour supérieure du Québec, non publié).

DOCTRINE

de Smith, S.A. *Judicial Review of Administrative Action*, 4<sup>e</sup> éd. par J.M. Evans. London: Stevens & Sons Ltd., 1980.  
Dussault, R. et Borgeat, L. *Administrative Law: A Treatise*, 2<sup>e</sup> éd., vol. 4, Toronto: Carswell, 1990.

AVOCATS:

*Lawrence Greenspon* pour les requérants.  
*G. Lester* pour les intimés Sa Majesté la Reine et le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien.  
*John D. Richard, c.r.*, pour les intimés Michael Mitchell et autres.

PROCUREURS:

*Karam, Greenspon*, Ottawa, pour les requérants.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimés Sa Majesté la Reine et le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien.  
*Lang, Michener, Honeywell, Wotherspoon*, Ottawa, pour les intimés Michael Mitchell et autres.

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

LE JUGE TEITELBAUM: Par avis de requête, les requérants sollicitent la réparation suivante:

- (1) A declaration that the elections of June, 1988, held for the position of Grand Chief and Twelve Band Council Members be declared null and void;
- (2) An order in the nature of *quo warranto*;
- (3) An order enjoining the respondents, Her Majesty the Queen and the Minister of Indian and Northern Affairs from continuing to pay to the Mohawk Council of Akwesasne and its Members that portion of the monies received from the respondent Her Majesty the Queen and/or the Minister of Indian and Northern Affairs representing salaries for such Council Members until such time as a new election can be convened and held;
- (4) An order requiring that new elections be convened and held in accordance with the provisions of the *Indian Act*, with a reasonable period of time; and
- (5) Such further and other order as this Honourable Court may deem just.

At the commencement of these proceedings, counsel for the applicants informed me that the applicants are not pursuing that aspect of their motion wherein they request a declaration that the elections of June 1988 held for the position of grand chief and twelve Band Council members be declared null and void.

Counsel agrees that in order to obtain such a declaration, a party must commence their proceedings by statement of claim unless respondents give their consent to the obtaining of a declaratory judgment without the filing of a statement of claim and defence and then having a trial on the merits. No consent was forthcoming from the respondents.

The second issue immediately dealt with at the hearing was the issue of the applicants' request for an injunction.

With regard to this issue, I informed counsel that I refuse to issue the injunction that the applicants are requesting. The applicants filed their notice of motion in July 1990. They had not filed by the first hearing date, October 15, 1990, a statement of claim. Pursuant to Rule 469(3) of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663], a party must commence proceedings by filing a statement of claim in order to request the issuance of an injunction.

*Rule 469. ...*

(3) The plaintiff may not make an application under this Rule before commencement of the action except in case of urgency, and in that case the injunction may be granted on terms providing for the commencement of the action and on such other terms, if any, as seem just.

[TRADUCTION] (1) un jugement déclaratoire portant que l'élection du grand chef et des douze membres du Conseil de bande, tenue en juin 1988, soit déclarée nulle et sans effet;

- (2) une ordonnance de la nature d'un *quo warranto*;
- (3) une ordonnance enjoignant aux intimés, Sa Majesté la Reine et le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien de cesser de payer au conseil de la bande indienne Mohawk d'Akwesasne et à ses membres les sommes d'argent qu'ils leur versent à titre de salaire jusqu'à ce qu'une nouvelle élection puisse être convoquée et tenue;
- (4) une ordonnance portant que de nouvelles élections soient convoquées et tenues dans un délai raisonnable, conformément à la *Loi sur les Indiens*;
- (5) toute autre ordonnance que cette Cour pourra estimer juste.

Au début de l'instance, l'avocat des requérants m'a informé que ses clients abandonnaient cette partie de leur requête par laquelle ils sollicitaient un jugement déclaratoire portant que l'élection du grand chef et des douze membres du Conseil de bande, tenue en juin 1988, soit déclarée nulle et sans effet.

L'avocat des requérants admet que, pour pouvoir obtenir un tel jugement, une partie doit introduire l'instance au moyen d'une déclaration, à moins que les intimés ne consentent à ce qu'un jugement déclaratoire soit rendu sans qu'une déclaration et une défense n'aient été déposées et que l'affaire n'ait été jugée au fond. Or, les intimés n'ont pas donné un tel consentement.

La Cour a ensuite immédiatement statué, à l'audience, sur la deuxième question, à savoir la demande d'injonction des requérants.

À cet égard, j'ai informé leur avocat que je refusais de décerner l'injonction sollicitée. En effet, les requérants ont déposé leur avis de requête en juillet 1990. À la première date d'audience, soit le 15 octobre 1990, ils n'avaient pas encore déposé de déclaration. Conformément à la Règle 469(3) des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663] du Canada, pour pouvoir demander une injonction, une partie doit introduire l'instance en déposant une déclaration.

*Règle 469. ...*

(3) Le demandeur ne peut faire une demande en vertu de la présente Règle avant le début de l'action qu'en cas d'urgence, et dans ce cas, l'injonction peut être accordée à des conditions prévoyant l'introduction de l'action et, le cas échéant, aux autres conditions qui semblent justes.

This Rule allows for the issuance of an interim injunction without the filing of a statement of claim but only in the case of urgency.

There is obviously no urgency in the matter before me as the applicants from July 1990 to October 15, 1990 had not filed a statement of claim. I therefore refused the issuance of an injunction.

The only issue remaining to be decided is the applicants' request for an order in the nature of *quo warranto*.

The facts of this case, as they appear from the affidavits found in the file can be summarized as follows:

Elections on Indian reserves may be held either according to regulations made by the Governor in Council (*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 74(1)) or according to band custom. Prior to June 1988, elections on the Akwesasne Reserve were held pursuant to the *Indian Act* (Act).

In 1988, a door-to-door referendum was held on the Akwesasne Reserve regarding a conversion from the Act procedures to band custom regulations for elections. The traditionalists did not take part in this referendum.

On June 25, 1988 an election took place according to custom regulations called the "*Akwesasne Election Regulations*" (see Tab. E, applicants' motion record). These Regulations differed from the regulations under subsection 74(3) of the *Indian Act* in the following ways (*inter alia*):

- (1) Under the custom regulations, the grand chief and the 12 chiefs presiding on the council are elected for a term of 3 years; under the *Indian Act* Regulations, the term for the chief and councillors is 2 years (subsection 78(1));
- (2) Under the custom regulations, members of the Mohawks of Akwesasne Reserve over

En vertu de cette Règle, une injonction provisoire ne peut être décernée qu'en cas d'urgence seulement, dans l'hypothèse où une déclaration n'a pas été déposée.

<sup>a</sup> Il n'y a évidemment pas d'urgence en l'espèce, puisque les requérants n'ont pas déposé de déclaration au cours de la période allant de juillet 1990 au 15 octobre suivant. J'ai donc refusé de décerner l'injonction.

<sup>b</sup> Il ne reste donc qu'à statuer sur la demande des requérants en vue d'obtenir une ordonnance de la nature d'un *quo warranto*.

<sup>c</sup> Les faits en l'espèce, exposés dans les affidavits qui se trouvent au dossier, peuvent être résumés comme suit:

<sup>d</sup> Les élections dans les réserves d'Indiens peuvent être tenues conformément au règlement pris par le gouverneur en conseil (*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), chap. I-5, art. 74(1)), ou conformément à la coutume de la bande. Avant juin 1988, les élections dans la réserve d'Akwesasne étaient tenues conformément à la *Loi sur les Indiens* (la Loi).

<sup>e</sup> En 1988, un référendum porte à porte a été tenu dans la réserve d'Akwesasne pour décider s'il y avait lieu d'adopter, en vue des élections, le règlement électoral établi selon la coutume de la bande à la place des procédures prévues dans la Loi. Les traditionalistes n'ont pas pris part à ce référendum.

<sup>f</sup> Le 25 juin 1988, une élection a été tenue conformément au règlement coutumier désigné [TRANSDUCTION] «Règlement électoral d'Akwesasne». (Voir onglet 3, dossier de requête des requérants.) Ce Règlement différerait notamment du règlement pris en application du paragraphe 74(3) de la *Loi sur les Indiens* sous les rapports suivants:

- <sup>g</sup> 1) en vertu du règlement coutumier, le grand chef et les douze chefs qui siègent au Conseil sont élus pour une période de trois années; en vertu du Règlement pris en application de la *Loi sur les Indiens*, le chef et les conseillers occupent leurs postes pendant deux années (paragraphe 78(1));
- <sup>h</sup> 2) en vertu du règlement coutumier, les membres de la réserve indienne Mohawk d'Akwe-

the age of 18 may vote. Under the *Indian Act* Regulations, members must have attained the age of 21 to vote (subsection 77(1));

- (3) Under the custom regulations, the Akwesasne Reserve is divided into 3 electoral districts. Under the *Indian Act* Regulations, reserves generally consist of one electoral section, unless a vote has been held to change the number of electoral sections (subsection 74(4)).

### Jurisdiction

The two issues to be determined under this heading are:

- (a) Can a band council be considered a “federal board” within the meaning of sections 2 and 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7]?

The following cases clearly indicate that a band council is a “federal board” within the meaning of sections 2 and 18 of the *Federal Court Act*:

*Rider v. Ear* (1979), 103 D.L.R. (3d) 168 (Alta. T.D.), following *Trotchie v. R.*, [1978] 1 A.C.W.S. 397;

*Gabriel v. Canatonquin*, [1978] 1 F.C. 124 (T.D.); affd [1980] 2 F.C. 792 (C.A.); *Beauvais v. R.*, [1982] 1 F.C. 171 (T.D.).

- (b) Does the Federal Court, Trial Division, have jurisdiction to grant a writ of *quo warranto* against the individual members of the Mohawk Council of Akwesasne?

Counsel for respondents submits that *quo warranto* can only be issued against natural persons or individuals and that the individual members of the council are not subject to the jurisdiction of the Federal Court as they are not a “federal board, commission or other tribunal” as defined in the *Federal Court Act*.

With respect, I do not agree with the submission of counsel for respondents. Section 2 of the *Feder-*

sasne âgés de plus de 18 ans peuvent voter; en vertu du Règlement pris en application de la *Loi sur les Indiens*, les membres doivent avoir atteint l'âge de 21 ans pour pouvoir voter (paragraphe 77(1));

- 3) en vertu du règlement coutumier, la réserve d'Akwesasne est divisée en trois circonscriptions électorales; en vertu du Règlement pris en application de la *Loi sur les Indiens*, les réserves se composent généralement d'une section électorale, à moins qu'un scrutin n'ait été tenu pour changer le nombre de sections électorales (paragraphe 74(4)).

### Compétence

La Cour est appelée à statuer sur les deux questions suivantes sous cette rubrique:

- a) Un conseil de bande peut-il être assimilé à un «office fédéral» au sens des articles 2 et 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7]?

Les décisions suivantes indiquent clairement qu'un conseil de bande est un «office fédéral» au sens des articles 2 et 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*:

*Rider v. Ear* (1979), 103 D.L.R. (3d) 168 (Alb. 1<sup>re</sup> inst.), suivant *Trotchie v. R.*, [1978] 1 A.C.W.S. 397;

*Gabriel c. Canatonquin*, [1978] 1 C.F. 124 (1<sup>re</sup> inst.), confirmé par [1980] 2 C.F. 792 (C.A.); *Beauvais c. R.*, [1982] 1 C.F. 171 (1<sup>re</sup> inst.).

- b) La Section de première instance de la Cour fédérale a-t-elle compétence pour accorder un bref de *quo warranto* contre les membres du conseil de la bande indienne Mohawk d'Akwesasne, à titre particulier?

L'avocat des intimés soutient qu'un bref de *quo warranto* peut seulement être décerné contre des personnes physiques ou des particuliers, et que les membres du conseil, à titre particulier, ne relèvent pas de la compétence de la Cour fédérale puisqu'ils ne constituent pas un «office fédéral» visé par la *Loi sur la Cour fédérale*.

En toute déférence, je ne souscris pas à cet argument. L'article 2 de la *Loi sur la Cour fédé-*

*al Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 defines “federal board, commission or other tribunal” as follows:

2. ...

... any body or any person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament, other than any such body constituted or established by or under a law of a province or any such person or persons appointed under or in accordance with a law of a province or under section 96 of the *Constitution Act, 1867*.

A band council is a “federal board” within the meaning of section 18.

As the section 2 definition of “federal board” includes “any body or any person or persons” meeting the requirements specified, the Federal Court, Trial Division has jurisdiction to issue a writ of *quo warranto* against an individual or individuals (“person or persons”) exercising the jurisdiction or powers specified in section 2.

A band council exercises powers conferred by the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 (see e.g. *Rice c. Conseil de la bande des Iroquois de Caughnawaga et Police Iroquoise de Caughnawaga et Ministre des Affaires Indiennes et du Nord* (13 February 1975, Cour supérieure du Québec, not reported). Thus a band council, such as the Mohawk Council of Akwesasne, exercises “powers conferred by . . . an Act of Parliament”.

Counsel for the applicants cited two cases, *Sault v. LaForme*, [1989] 2 F.C. 701 (T.D.); and *Gabriel v. Canatonquin*, [1978] 1 F.C. 124 (T.D.); affd [1980] 2 F.C. 792 (C.A.), in which the Federal Court heard actions against band council members, where the council members were individually named as defendants in the style of cause. In *Sault v. LaForme*, the defendants were listed thus: Maurice LaForme, Graham King, George King, Sylvia Sault, Carol Brant, Georgina Sault. In this case, the Court made a declaration that a resolution passed by an Indian band council was invalid.

In *Gabriel v. Canatonquin*, the defendants, impugned “hereditary chiefs” of the “Six Nations

*rale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, définit ainsi l’expression «office fédéral»:

2. ...

... Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de personnes, ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale, à l’exclusion d’un organisme constitué sous le régime d’une loi provinciale ou d’une personne ou d’un groupe de personnes nommées aux termes d’une loi provinciale ou de l’article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Un conseil de bande est un «office fédéral» visé par l’article 18.

Puisque tout «conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de personnes» qui remplit les conditions énoncées à l’article 2 est assimilé à un «office fédéral», conformément à la définition qui y est prévue, la Section de première instance de la Cour fédérale a compétence pour décerner un bref de *quo warranto* contre un particulier ou d’un groupe de particuliers («personne ou groupe de personnes») exerçant la compétence ou les pouvoirs énoncés à cet article.

Un conseil de bande exerce des pouvoirs prévus par la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), chap. I-5. (Voir, par exemple, le jugement *Rice c. Conseil de la bande des Iroquois de Caughnawaga et Police Iroquoise de Caughnawaga et Ministre des Affaires Indiennes et du Nord* (le 13 février 1975, Cour supérieure du Québec, non publié).) Par conséquent, un conseil de bande comme le conseil de la bande indienne Mohawk d’Akwesasne exerce «des pouvoirs prévus par une loi fédérale».

L’avocat des requérants a invoqué deux affaires, *Sault c. LaForme*, [1989] 2 C.F. 701 (1<sup>re</sup> inst.); et *Gabriel c. Canatonquin*, [1978] 1 C.F. 124 (1<sup>re</sup> inst.), confirmé par [1980] 2 C.F. 792 (C.A.), dans lesquelles la Cour fédérale avait été saisie d’actions engagées contre des membres du conseil de bande et où chacun d’eux était nommé à titre de défendeur dans l’intitulé de la cause. Dans la décision *Sault c. LaForme*, les défendeurs étaient énumérés comme suit: Maurice LaForme, Graham King, George King, Sylvia Sault, Carol Brant, Georgina Sault. Dans cette affaire, la Cour avait rendu un jugement déclaratoire portant qu’une résolution passée par un conseil de la bande indienne était invalide.

Dans *Gabriel c. Canatonquin*, chacun des défendeurs, c’est-à-dire, chacun des «chefs héréditaires»

of the Iroquois Confederacy”, are also individually listed, as follows, in the style of cause: Peter Canatonquin, Hugh Nicholas, Peter Etienne, Kenneth Simon, John Montour, Wesley Nicholas, Edward Simon, Joe Nelson, Haslem Nelson. In *Canatonquin* the Federal Court, Trial Division, dismissed the plaintiff’s application for leave to file a conditional appearance. Thurlow A.C.J., as he then was, makes the following remarks about the jurisdiction of the Federal Court at page 130:

... this Court has jurisdiction to entertain the proceeding in so far as it is brought for a declaration that the defendants have been illegally elected and are illegally acting as the council of the band.

In *Beauvais v. R.*, [1982] 1 F.C. 171 (T.D.), the issue is the opposite to the issue in the case before me: can one seek an injunction against a band council as a whole without naming individual members? The Court answered this question in the affirmative. The Superior Court of Quebec had already declined jurisdiction, and, as Walsh J. of the Federal Court stated, it would be contrary to natural justice to conclude that no court had jurisdiction to grant an injunction against the band council in question (page 179). Applying this obiter to the present case, one might well ask if the Federal Court does not have jurisdiction over the respondents, which court does have jurisdiction?

Based on the definition of “federal board, commission or other tribunal” in section 2 of the *Federal Court Act*, The Federal Court, Trial Division, has jurisdiction to issue a writ of *quo warranto* against the respondents as named in the style of cause.

The issue is to determine if a writ of *quo warranto* should issue in the circumstances of this case.

After listening to counsel and after reading all the material submitted for my consideration, I am satisfied that a writ of *quo warranto* should not issue.

More than two years after the election of the Mohawk Council of Akwesasne, the election took

du «Six Nations of the Iroquois Confederacy» dont la qualité était contestée, est également nommé dans l’intitulé de la cause, qui se lit comme suit: Peter Canatonquin, Hugh Nicholas, Peter Etienne, Kenneth Simon, John Montour, Wesley Nicholas, Edward Simon, Joe Nelson, Haslem Nelson. Dans l’affaire *Canatonquin*, la Section de première instance de la Cour fédérale a rejeté la demande du demandeur visant à obtenir la permission de déposer une comparution conditionnelle. Le juge en chef adjoint Thurlow (tel était alors son titre) fait le commentaire suivant à propos de la compétence de la Cour fédérale, à la page 130:

... la présente Cour a compétence pour connaître de l’action dans la mesure où celle-ci vise à obtenir une déclaration que c’est illégalement que les défendeurs ont été élus et agissent à titre de conseil de bande.

Dans l’affaire *Beauvais c. R.*, [1982] 1 C.F. 171 (1<sup>re</sup> inst.), se posait la question contraire à celle en l’espèce, à savoir une injonction peut-elle être demandée contre un conseil de bande, à titre collectif, sans nommer chacun de ses membres? La Cour a statué dans l’affirmative. La Cour supérieure du Québec avait déjà décliné compétence et, comme l’a affirmé le juge Walsh de la Cour fédérale, ce serait manifestement contraire aux principes de justice naturelle que de conclure qu’aucun tribunal n’a compétence pour accorder une injonction contre le conseil de bande en question (à la page 179). Cette remarque incidente nous amène à nous demander, en l’espèce, quel tribunal a compétence à l’égard des intimés, si ce n’est la Cour fédérale?

Vu la définition d’«office fédéral», prévue à l’article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, la Section de première instance de cette Cour a compétence pour décerner un bref de *quo warranto* contre les intimés tels qu’il sont nommés dans l’intitulé de la cause.

Il s’agit donc de déterminer s’il y a lieu de décerner un bref de *quo warranto* dans les circonstances en l’espèce.

Après avoir entendu les avocats et après avoir lu tous les documents qui m’ont été présentés, je suis convaincu qu’il n’y a pas lieu de le faire.

Les requérants ont déposé le présent avis de requête plus de deux ans après l’élection du conseil

place in June 1988, the applicants filed the present notice of motion. The applicants note that subsection 74(1) of the *Indian Act* permits the Minister of Indian and Northern Affairs to declare by order, a reversion to band elections, no such order was ever made. Furthermore, the applicants claim that band custom requires the approval of the traditionalists for a reversion to custom election regulations. This approval was not sought prior to the June 25, 1988 elections.

Subsection 74(1) of the *Indian Act* states:

74. (1) Whenever he deems it advisable for the good government of a band, the Minister may declare by order that after a day to be named therein the council of the band, consisting of a chief and councillors, shall be selected by elections to be held in accordance with this Act.

The affidavit of Alp Debreli states that neither the Assistant Deputy Minister of Lands, Revenues and Trusts, nor the solicitor for the respondents have been able to provide any evidence of a ministerial order pursuant to subsection 74(1) of the *Indian Act* (applicants' motion record, Tab. E with Exhibits).

#### Applicants' Submissions

Counsel for the applicants submits that historically any changes to the election process on the Akwesasne Reserve had always been done by way of an Order in Council. He gives two examples, based on evidence given in Mr. Mitchell's affidavit. First, on May 6, 1952, the Governor General in Council, on the recommendation of the Minister of Citizenship and Immigration made an order that the councillors of the Mohawk Band be elected by majority vote of the electors of the Band (paragraph 12, Mr. Mitchell's affidavit). Second, on June 12, 1986, the Governor General in Council, on the recommendation of the Minister of Indian Affairs and Northern Development pursuant to subparagraph 74(3)(a)(i) of the *Indian Act* made an order that the chief of the Mohawks of the Akwesasne Band of Indians in the provinces of Ontario and Quebec be elected by majority vote of the electors of the Band [*Chief of the Mohawks of Akwesasne Band of Indians Election Order*, SOR/86-642] (Mr. Mitchell's affidavit, paragraph 14).

de la bande indienne Mohawk d'Akwesasne, tenue en juin 1988. Ils signalent que, en vertu du paragraphe 74(1) de la *Loi sur les Indiens*, le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien peut déclarer par arrêté que les élections se tiendront dorénavant conformément à la coutume. Or, un tel arrêté n'a jamais été pris. En outre, ils allèguent que, selon la coutume de la bande, les traditionalistes doivent approuver la décision de rétablir le règlement électoral coutumier. Cette approbation n'a pas été sollicitée avant les élections du 25 juin 1988.

Le paragraphe 74(1) de la *Loi sur les Indiens* dispose:

74. (1) Lorsqu'il le juge utile à la bonne administration d'une bande, le ministre peut déclarer par arrêté qu'à compter d'un jour qu'il désigne le conseil d'une bande, comprenant un chef et des conseillers, sera constitué au moyen d'élections tenues selon la présente loi.

Selon l'affidavit d'Alp Debreli, ni le sous-ministre adjoint de Terres, revenus et fidéicommiss, ni l'avocat des intimés n'a pu fournir de preuve qu'un arrêté ministériel avait été pris conformément au paragraphe 74(1) de la *Loi sur les Indiens* (dossier de requête des requérants, onglet E, et pièces).

#### Arguments des requérants

L'avocat des requérants prétend que, historiquement, tout changement au processus électoral dans la réserve d'Akwesasne avait toujours été apporté par voie de décret. Il cite deux exemples, tirés de l'affidavit de M. Mitchell. Premièrement, le 6 mai 1952, le gouverneur général en conseil, sur la recommandation du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, a pris un décret portant que les conseillers de la bande Mohawk doivent être élus à la majorité des votes des électeurs de la bande (paragraphe 12 de l'affidavit de M. Mitchell). Deuxièmement, le 12 juin 1986, le gouverneur général en conseil, sur recommandation du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, en application du sous-alinéa 74(3)a)(i) de la *Loi sur les Indiens*, a pris un décret portant que le chef des Mohawks de la bande indienne d'Akwesasne dans les provinces de l'Ontario et du Québec doit être élu à la majorité des votes des électeurs de la bande [*Décret concernant l'élection du chef de la Bande indienne des Mohawks d'Akwesasne*].

Counsel also states that (page 12, transcript of January 14, 1991):

... of course, both of those Orders-in-Council preceded the actual change that took place, and both of those Orders-in-Council obviously were in writing and were registered pursuant to the Statutory Instruments Act.

Furthermore, counsel submits that Mr. Mitchell must have been aware of the 1986 Order in Council because he became Chief as a result of that Order in Council. Also, Mr. Mitchell gave information about both the 1952 and the 1986 Orders in Council in his affidavit. The respondents have argued that the adoption of the "*Akwesasne Election Regulations*" (custom regulations) was authorized orally by Harry Swain, the Deputy Minister at a meeting on June 3, 1988 at which Mr. Swain, Mr. Goodwin (Assistant Deputy Minister) and Mr. Mitchell were present. Mr. Mitchell admits at page 24 of his cross-examination that he does not know if anybody took notes at that meeting and that he does not recall if there was anybody else in attendance. There is no written record of this authorization or order allegedly given by the Deputy Minister. Mr. Mitchell claims that he later telephoned Mr. Swain and received oral confirmation of the order authorizing the reversion to custom elections.

It would appear that the respondents are arguing that the reversion to custom elections was authorized orally at a meeting and confirmed by telephone. Counsel for applicants submits that it "defies logic" that such a major change in election procedures could be made orally, with no written record, when previous, lesser changes were made in writing, by Order in Council.

Counsel for the applicants submits that in April 1988, the intention of the Band Council was to take a door-to-door survey in each district of the Akwesasne Reserve to determine:

- (a) If the community wants Akwesasne to control their own election system;
- (b) If the community supports the proposed "*Akwesasne Election Regulations*"

(see "*Indian Time*" newspaper, Exhibit C to Mr. Mitchell's affidavit). Mr. Mitchell admits in cross-

DORS/86-642] (affidavit de M. Mitchell, paragraphe 14). L'avocat des requérants affirme également ce qui suit (page 12, transcription de l'audience du 14 janvier 1991):

[TRADUCTION] ... bien sûr, ces deux décrets ont été pris avant que les changements réels n'aient eu lieu. Évidemment, ils font l'objet d'écrits et ils ont été enregistrés conformément à la Loi sur les textes réglementaires.

En outre, l'avocat des requérants soutient que M. Mitchell devait être au courant du décret de 1986 puisqu'il est devenu chef en conséquence de celui-ci. M. Mitchell a également fourni des renseignements sur les décrets de 1952 et de 1986 dans son affidavit. Les intimés ont fait valoir que le sous-ministre Harry Swain avait autorisé verbalement l'adoption du «[TRADUCTION] *Règlement électoral d'Akwesasne*» (règlement coutumier) à une réunion tenue le 3 juin 1988 à laquelle participaient M. Swain, M. Goodwin (le sous-ministre adjoint) et M. Mitchell. À la page 24 de la transcription de son contre-interrogatoire, M. Mitchell admet qu'il ne sait pas si quelqu'un avait pris des notes à la réunion et qu'il ne se souvient pas si d'autres y avaient participé. Aucun écrit ne constate une telle autorisation ou un décret du sous-ministre. M. Mitchell allègue qu'il aurait téléphoné à M. Swain par la suite et que celui-ci lui aurait confirmé verbalement le décret autorisant le rétablissement du processus électoral coutumier.

Les intimés semblent plaider que le rétablissement du processus électoral coutumier a été autorisé verbalement à la réunion, puis confirmé par téléphone. L'avocat des requérants prétend qu'il est illogique qu'une modification si importante des procédures électorales ait pu être apportée verbalement, sans être constatée dans un écrit, alors que des modifications antérieures moins importantes, avaient fait l'objet de décrets consignés.

Selon l'avocat des requérants, en avril 1988, le conseil de bande avait voulu faire un sondage porte à porte dans chaque circonscription de la réserve d'Akwesasne pour déterminer:

- a) si la population voulait qu'Akwesasne prenne en main son propre système électoral;
- b) si la population appuyait le projet de [TRADUCTION] «*Règlement électoral d'Akwesasne*»

(Voir le journal "*Indian Time*", pièce C de l'affidavit de M. Mitchell.) En contre-interrogatoire, M.



examination that the survey was to take place April 18-22/88, but in fact the survey started on April 22, 1988, rather than finishing on that date, and was completed on May 20, 1988 (cross-examination of Mitchell). Notwithstanding the delay in the survey, on April 23, one day after the survey began, the Council passed a resolution adopting the new regulations (Exhibit A, Mitchell's affidavit). Therefore, the results of the survey were not taken into consideration in the decision to adopt the new regulations. Applicants submit, therefore, that proper procedures were not used for the carrying out of the survey.

In his cross-examination of Mr. Mitchell, counsel for the applicants questioned him on a memorandum from Rita Dagenais, legal advisor to the Council and Michael Mitchell, dated June 3, 1988. In this memo, Ms. Dagenais states as follows:

I have been advised by Mr. Gaetan Pilon, Statutory Requirements Headquarters, that there may be a problem getting the Election Regulations ratified by the Department before June 11. Pilon was advised this week by the Department of Justice and the Privy Council Office that the ministerial order granting Akwesasne's reversion to customary election must be registered by the Privy Council pursuant to the Statutory Instruments Act. This directive has been issued because there is a court case pending in Saskatchewan which may decide that a ministerial order is not valid unless registered.

Counsel for the applicants presents this as evidence that (page 20, transcript of January 14, 1991 hearing):

... long before the June 23, 1988 election, Mr. Mitchell and his Council were aware of that requirement [for a ministerial order]; not only that requirement, but that the Department of Indian and Northern Affairs was taking the position that the ministerial order would have to be made and duly registered.

As evidence of the recognition by the Ministry of the fact that the consent of the traditionalists (1) was not obtained and (2) is required for a change in the electoral regulations, the applicants cite two letters from government officials. The first, a letter dated June 21, 1988 from Gregor MacIntosh, the Director of General Membership Revenues and Band Governance, to the Regional Director General, indicates that approximately 500 traditionalists were not consulted regarding the proposed reversion to custom type elections. Mr. MacIntosh asks the Regional Director wheth-

Mitchell admet que le sondage devait avoir lieu du 18 au 22 avril 1988 mais que, en fait, il a commencé le 22 avril de cette année-là, date à laquelle il aurait dû se terminer. Il a pris fin le 20 mai suivant (contre-interrogatoire de M. Mitchell). Malgré le retard avec lequel le sondage a été entrepris, le 23 avril, soit un jour après le début de celui-ci, le conseil a passé une résolution par laquelle il adoptait le nouveau règlement (pièce A, affidavit de Mitchell). Par conséquent, la décision d'adopter le nouveau règlement a été prise sans tenir compte des résultats du sondage. Selon les requérants, il s'ensuit que ce sondage est entaché d'un vice de procédure.

L'avocat des requérants a contre-interrogé M. Mitchell au sujet d'une note de service datée du 3 juin 1988, de Rita Dagenais, sa conseillère juridique et celle du conseil. Dans cette note, M<sup>e</sup> Dagenais affirme ce qui suit:

[TRADUCTION] M. Gaetan Pilon, Division des dispositions statutaires, m'a informée qu'il serait peut-être impossible de faire ratifier le règlement électoral par le Ministère avant le 11 juin. Cette semaine, le ministère de la Justice et le Bureau du Conseil privé ont informé M. Pilon que l'arrêté ministériel autorisant Akwesasne à rétablir le processus électoral coutumier doit être enregistré par le Conseil privé conformément à la Loi sur les textes réglementaires. Cette directive a été donnée en raison d'une affaire judiciaire pendante en Saskatchewan où il sera peut-être statué qu'un arrêté ministériel doit être enregistré sous peine de nullité.

L'avocat des requérants invoque cet élément de preuve au soutien de l'allégation suivante (à la page 20, transcription de l'audience du 14 janvier 1991):

[TRADUCTION] ... bien longtemps avant l'élection du 23 juin 1988, M. Mitchell et son conseil étaient au courant de cette exigence (relativement à l'arrêté ministériel); qui plus est, ils savaient que le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien exigeaient que l'arrêté ministériel soit pris et dûment enregistré.

Les requérants invoquent deux lettres de fonctionnaires du gouvernement au soutien de leur thèse selon laquelle le Ministère savait que le consentement des «traditionalistes» (1) n'avait pas été obtenu et (2) qu'il était nécessaire pour que le règlement électoral puisse être modifié. Dans la première lettre, datée du 21 juin 1988, Gregor MacIntosh, le directeur général, Effectifs, revenus et administration des bandes, écrit au directeur général régional pour lui dire qu'environ 500 «traditionalistes» n'avaient pas été consultés relativement au projet de rétablir le processus électoral

er the “Longhouse people” i.e. the traditionalists, should be asked whether they approve of the changes. A letter dated July 6, 1988, requests the newly elected Grand Chief Mike Mitchell to ask the traditionalists whether they approve of the “proposed election regulations.” Mr. Mitchell stated in cross-examination that he cannot remember his exact response to this letter, but that:

... we dealt with this issue, and it was a non-issue after that (paragraph 118, cross-examination of Mitchell).

The July 6 letter post-dates the June/88 elections, indicating that the approval of the traditionalists was not obtained prior to these elections.

Counsel also refers to a letter signed by Ross David, the Condoled Chief of the Turtle Clan, dated 5 November 1990, as evidence that even at this late date the Mohawk Council elected in June 1988 believed that they (1) required, and (2) had not yet received, approval from the traditionalists of the adoption of the new election regulations (see page 81, motion record of respondents). The letter reads in part:

We did not wish to give a letter of concurrence to the Mohawk Council of Akwesasne in 1988 due to the fact that the majority of traditional people who adhere to the Great Law of Peace do not vote in the Canadian Political System or support the *Indian Act*. We wish to clearly state that the majority of traditional families are encouraged by the steps taken by the Mohawk Council of Akwesasne of opting out of the *Indian Act Systems* of election procedures.

Presently, we are in a process of establishing procedures of cooperation as to how self government/self determination is possible in Akwesasne. . . . We will support the actions taken by the Mohawk Council of Akwesasne in taking over the election process.

The letter seems to be offering general support to ongoing or future initiatives taken by the Council to ensure native control over the election process. In cross-examination, Mr. Mitchell stated that the Council had requested this letter (paragraph 52). Apparently, Mr. David, the signatory, does not read or write English, but the contents of the letter were explained to him at a meeting at

coutumier. M. MacIntosh demande au directeur régional si le «Peuple des longues maisons», c'est-à-dire, les «traditionalistes», devraient être consultés pour savoir s'ils approuvent les modifications.

*a* Dans une lettre datée du 6 juillet 1988, l'auteur prie le grand chef Mike Mitchell, récemment élu, de demander aux «traditionalistes» s'ils approuvent le «projet de règlement électoral». En contre-interrogatoire, M. Mitchell a affirmé qu'il ne se souvenait plus de sa réponse exacte à cette lettre. Néanmoins, il affirme ce qui suit:

[TRADUCTION] ... nous avons traité cette question, et celle-ci ne s'est plus posée par la suite (paragraphe 118, contre-interrogatoire de Mitchell.)

*c* La lettre du 6 juillet est postérieure aux élections tenues en juin 1988, ce qui indique que l'approbation des «traditionalistes» n'avait pas été obtenue avant celles-ci.

*d* L'avocat des requérants invoque également une lettre signée par Ross David, le «Chef attristé du Clan de la Tortue», datée du 5 novembre 1990, pour prouver que, à cette date tardive encore, le conseil de la bande indienne Mohawk, élu en juin 1988, croyait (1) qu'il devait obtenir l'approbation des «traditionalistes» pour l'adoption du nouveau règlement électoral et (2) qu'il ne l'avait pas encore obtenue. (Voir page 81, dossier de requête des intimés.) La lettre se lit en partie comme suit:

*f* [TRADUCTION] Nous n'avons pas voulu remettre une lettre d'accord au conseil de la bande indienne Mohawk d'Akwesasne en 1988 du fait que la plupart des membres du peuple traditionnel qui se conforment à la Grande loi de la paix ne votent pas sous le régime politique canadien et n'appuient pas la *Loi sur les Indiens*. Nous tenons à affirmer clairement que la plupart des familles traditionnelles voient d'un bon œil les mesures prises par le conseil de la bande indienne Mohawk d'Akwesasne pour abandonner les procédures électorales établies sous le régime de la *Loi sur les Indiens*.

*h* En ce moment, nous sommes en train d'instituer les mécanismes de collaboration pour trouver les moyens de mettre en œuvre les objectifs d'autonomie et d'autodétermination dans Akwesasne. . . . Nous appuierons les mesures qui furent prises par le conseil de la bande indienne Mohawk d'Akwesasne en vue d'assumer l'administration du processus électoral.

*i* L'auteur de la lettre semble offrir son appui général aux initiatives actuelles ou éventuelles prises par le conseil pour veiller à ce que les autochtones prennent en main le processus électoral. En contre-interrogatoire, M. Mitchell a affirmé que le Conseil avait sollicité cette lettre (paragraphe 52). Apparemment, le signataire, M. David, ne peut ni lire ni écrire l'anglais. Cepen-

which he signed the letter (cross-examination of Mitchell, pages 20-22).

Subsection 74(1) is permissive, not mandatory. It states: "... the Minister may declare by order..." Therefore, I am satisfied, the *Indian Act* and Regulations do not require a ministerial order for election procedures to be brought under the *Indian Act* or to revert to band custom. Furthermore, subsection 74(1) of the *Indian Act* does not mention a reversion to band custom regulations, but refers only to an order bringing election regulations under the Act.

In *Badger v. Canada*, [1991] 1 F.C. 191 (T.D.), Mr. Justice Strayer states that a referendum or other formal approval is not required prior to a ministerial order under subsection 74(1) [at pages 197-198]:

The power of the Minister to issue or repeal a declaration under present subsection 74(1) with respect to bringing a band's election under the *Indian Act* is in no way conditioned on the holding of a referendum or the adoption of a band council resolution. While it is no doubt highly important that the Minister have regard to the views of the Band, to the extent that those can be ascertained, the Act in no way requires some formal expression of those views such as by referendum or band council resolution.

Thus, the fact that in the case before me, the traditionalists were not formally asked, by referendum or otherwise, to approve or disapprove the new election regulations, does not, of itself, make the new regulations illegal.

#### Respondent's Submissions

Counsel notes that, until this action (July 1990), the applicants did not challenge the validity of the June 25, 1988 election or of two by-elections held in December 1989 and February 1990. He suggests that the real object of the applicants is to attack the validity of the Akwesasne Election Regulations, which should be done by an action for a declaration. Counsel cites Choquette J. in *Turcotte v. McLaughlin et Seafarer's International Union of Canada*, [1967] Q.B. 739 as below

dant, le contenu de la lettre lui aurait été expliqué à une réunion où il l'aurait alors signée (contre-interrogatoire de Mitchell, aux pages 20 à 22).

La disposition prévue au paragraphe 74(1) est facultative et non obligatoire. Elle énonce que «le ministre peut déclarer par arrêté...». Par conséquent, je suis convaincu que la *Loi sur les Indiens* et le règlement pris sous son empire n'imposent pas l'obligation de prendre un arrêté ministériel pour instituer des procédures électorales en vertu de la Loi ou pour rétablir les coutumes de la bande. Qui plus est, le paragraphe 74(1) de la *Loi sur les Indiens* ne mentionne pas le rétablissement du règlement coutumier de la bande; il y est seulement question d'un arrêté pour prendre un règlement électoral sous le régime de la Loi.

Dans la décision *Badger c. Canada*, [1991] 1 C.F. 191 (1<sup>re</sup> inst.), le juge Strayer affirme qu'il n'est pas nécessaire de tenir un référendum ou d'obtenir une approbation officielle sous une autre forme, avant qu'un arrêté ministériel ne soit pris en vertu du paragraphe 74(1) [aux pages 197 et 198]:

Le pouvoir qu'a le sous-ministre d'adopter ou d'abroger une déclaration en vertu de l'actuel paragraphe 74(1) relatif à la tenue d'une élection conformément à la *Loi sur les Indiens* n'est en aucune façon subordonné à la tenue d'un référendum ou à l'adoption d'une résolution du conseil de bande. S'il est sans aucun doute extrêmement important que le ministre prenne en considération les opinions de la bande, dans la mesure où celles-ci sont exprimées avec précision, la Loi n'exige en aucune façon que ces opinions soient formulées de manière officielle, par exemple, par référendum ou par résolution du conseil de bande.

Ainsi, le fait que, en l'espèce, les «traditionalistes» n'aient pas été officiellement appelés, par référendum ou autrement, à approuver ou à désavouer le nouveau règlement électoral ne suffit pas, à lui seul, à rendre celui-ci illégal.

#### Arguments des intimés

L'avocat des intimés fait remarquer que, avant d'avoir engagé la présente action, en juillet 1990, les requérants n'avaient pas contesté la validité de l'élection tenue le 25 juin 1988, ni celle des deux élections partielles tenues en décembre 1989 et en février 1990, respectivement. Selon lui, les requérants cherchent, en réalité, à attaquer la validité du règlement électoral d'Akwesasne, ce qu'ils auraient dû faire au moyen d'une action pour obtenir un jugement déclaratoire. L'avocat des

(Tab. 14, respondents' book of authorities, cited in *Blackfoot Indian Band, No. 146 (Members) v. Canada and Blackfoot Indian Band, No. 146 (Chief and Councillors)* (1986), 7 F.T.R. 133 (F.C.T.D.) (at page 141 of the decision):

"I might add that a writ of *quo warranto* is not the way to contest an election, unless the law provides no other remedy."

Counsel mentions several items of correspondence which, he argues, indicate the recognition of the legitimacy of the impugned Council and Chief by the Department of Indian and Northern Affairs (DIAND). First, there is a telex from Gregor MacIntosh of DIAND to Rita Dagenais dated May 5, 1988 (Exhibit G to Mitchell's affidavit) which states as follows:

Further to your telephone conversation of May 4, 1988 with G. Pilon, this will confirm that this program has examined the proposed election regulations submitted by your band council and that your regulations are acceptable as they fall within the criteria set in our policy on this matter.

Exhibit T to Mitchell's affidavit is a fax from Mr. Goodwin, Assistant Deputy Minister of DIAND, to Mr. Mitchell, dated May 9, 1990, which states:

The Department . . . recognizes the existing council headed by you as Grand Chief as well as the Mohawk Council Resolutions signed by a quorum of your existing council.

Exhibit U is a letter from Mr. Goodwin to Mr. Mitchell dated May 17, 1990 which, according to counsel for respondents, indicates DIAND's approval of the June 1988 elections. At pages 95-96 (transcript, January 14, 1991) counsel presents details of funding given to the Mohawk Council by DIAND as evidence that DIAND "has continued to deal with it [the Council] in accordance with the *Indian Act*."

Respondents say the November 1990 letter signed by Ross David (mentioned above) merely clarifies the position of the traditionalists, "which is the position they held from 1988 on" (transcript, January 14, 1991, page 91) and thus the letter is

intimés cite les propos du juge Choquette dans la décision *Turcotte v. McLaughlin et Seafarers' International Union of Canada*, [1967] Q.B. 739 (Qué.), mentionnée plus loin (onglet 14, liste d'arrêts et d'ouvrages des intimés), rapportés dans le jugement *Bande n° 146 des Indiens Pieds-Noirs (membres) c. Canada et Bande n° 146 des Indiens Pieds-Noirs (chefs et conseillers)* (1986), 7 F.T.R. 133 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (à la page 141 de la décision):

[TRADUCTION] J'ajouterais qu'un bref de *quo warranto* n'est pas le moyen approprié de contester une élection, à moins que la loi ne prévoie aucun autre recours.

L'avocat des intimés invoque plusieurs pièces de correspondance qui, selon lui, laissent entendre que le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (MAINC) reconnaissait la légitimité du conseil et du chef dont la qualité est contestée. Il y a d'abord le télex de Gregor MacIntosh du MAINC, adressé à Rita Dagenais, en date du 5 mai 1988 (pièce G de l'affidavit de Mitchell), rédigé en ces termes:

[TRADUCTION] Pour faire suite à votre conversation téléphonique du 4 mai 1988 avec G. Pilon, la présente confirme que nous avons examiné le projet de règlement électoral présenté par votre conseil de bande et que nous l'acceptons puisqu'il répond aux critères énoncés dans notre politique à ce sujet.

La pièce T de l'affidavit de Mitchell est un bélinogramme de M. Goodwin, le sous-ministre adjoint du MAINC, adressé à M. Mitchell, en date du 9 mai 1990, libellé en ces termes:

[TRADUCTION] Le ministère . . . reconnaît le conseil actuel que vous dirigez en votre qualité de grand chef ainsi que les résolutions du conseil de la bande indienne Mohawk signées par un quorum de celui-ci.

La pièce U est une lettre de M. Goodwin adressée à M. Mitchell en date du 17 mai 1990, laquelle, selon l'avocat des intimés, laisse entendre que le MAINC agréait les élections tenues en juin 1988. Aux pages 95 et 96 de la transcription du 14 janvier 1991, l'avocat des intimés expose les détails du financement accordé au conseil de la bande indienne Mohawk par le MAINC au soutien de sa thèse selon laquelle celui-ci [TRADUCTION] «avait continué à traiter avec (le conseil) conformément à la *Loi sur les Indiens*».

Selon les intimés, la lettre de novembre 1990 signée par Ross David (susmentionnée) a simplement pour objet d'éclaircir la position des «traditionalistes», «[TRADUCTION] c'est-à-dire, celle qu'ils adoptaient depuis 1988» (page 91 de la

not evidence of an effort by the Council to get *ex post facto* approval.

Counsel explains at pages 103-109 (transcript, January 14, 1991) that there is in fact written evidence supporting respondents' position that DIAND has approved the reversion to custom elections. First, there is a ministerial order dated December 14, 1989 (at page 83, respondents' motion record) in which all orders made pursuant to subsection 74(1) of the *Indian Act* are revoked. A schedule of Indian bands attached to this order lists the bands whose councils are to be selected by elections to be held in accordance with the *Indian Act* rather than by custom. This schedule does not include the Akwesasne Band. Secondly, there is an Order in Council, dated December 21, 1989 [SOR/90-46] (at page 93, respondents' motion record) which revokes, *inter alia*, the December 14, 1989 ministerial order and substitutes a single regulation. The attached schedule lists those Indian bands for which election regulations set by the Government will apply. This schedule does not include the Akwesasne Band. Therefore, according to counsel, this shows that the Government of Canada, as well as the Minister of DIAND "have treated Akwesasne as having reverted to custom for election purposes."

### Quo Warranto

According to de Smith's *Judicial Review of Administrative Action* (4th ed. by J.M. Evans, 1980), the old substantive law rules for *quo warranto*, with only slight modifications, still apply, as listed below (at pages 463-464):

1. The office must be one of a public nature.
2. The holder must have already exercised the office; a mere claim to exercise it is not enough.
3. The office must have been created by the Crown, by a Royal Charter, or by an Act of Parliament.

transcription du 14 janvier 1991), si bien qu'elle ne permet pas de conclure que le conseil a tenté d'obtenir une approbation *a posteriori*.

Aux pages 103 à 109 de la transcription du 14 janvier 1991, l'avocat des intimés explique qu'il existe en fait des éléments de preuve écrits au soutien de la thèse de ses clients selon laquelle le MAINC avait approuvé le rétablissement du processus électoral coutumier. Il invoque d'abord un arrêté ministériel daté du 14 décembre 1989 (à la page 83, dossier de requête des intimés) portant révocation de tous les arrêtés pris conformément au paragraphe 74(1) de la *Loi sur les Indiens*. La liste des bandes indiennes dont les conseils doivent être choisis par des élections tenues conformément à la *Loi sur les Indiens*, plutôt qu'à la coutume, est annexée à cet arrêté. Or, la bande Akwesasne ne figure pas dans cette liste. Il invoque ensuite un décret daté du 21 décembre 1989 [DORS/90-46] (à la page 93, dossier de requête des intimés) portant notamment révocation de l'arrêté ministériel du 14 décembre 1989 pour lui substituer un seul règlement. La liste des bandes indiennes visées par le règlement électoral établi par le gouvernement y est annexée. Encore une fois, la bande Akwesasne ne figure pas dans cette liste. Par conséquent, selon l'avocat des intimés, il faut en déduire que le gouvernement du Canada, ainsi que le ministre du MAINC. [TRADUCTION] «considèrent qu'Akwesasne avait rétabli la coutume aux fins des élections».

### Quo Warranto

Selon l'ouvrage de de Smith's *Judicial Review of Administrative Action* (4<sup>e</sup> éd., par J.M. Evans, 1980), les anciennes règles de droit énumérées ci-dessous en matière de *quo warranto* s'appliquent encore, sous réserve de quelques modifications mineures (aux pages 463 et 464):

1. Il doit s'agir d'une charge de nature publique.
2. Il faut que le titulaire ait déjà exercé la charge; il ne suffit pas qu'il ait simplement revendiqué le droit de le faire.
3. Il faut que la charge ait été instituée par la Couronne, en vertu d'une charte royale ou d'une loi du Parlement.

4. The office must not be that of a deputy or servant who can be dismissed at will.

5. A plaintiff will be barred from a remedy if the plaintiff has been guilty of acquiescence in the usurpation of office or undue delay.

6. The plaintiff must have a genuine interest in the proceedings. Nowadays probably any member of the public will have sufficient interest, provided that he has no private interest to serve.

The following matters are within the discretion of the Court (Dussault and Borgeat, *Administrative Law: A Treatise*, 1990, page 388):

7. Standing of the applicant.

8. The reasonableness of the length of time elapsed since the election.

9. The appropriateness of requiring that all internal relief avenues be first exhausted.

The following are some additional factors to be considered in a discussion of the remedy of *quo warranto*:

10. Whether the onus is on the applicant or the respondent to prove his case.

11. Whether the remedy of *quo warranto* may be granted independent of any other remedy.

Each of these issues will now be dealt with in turn.

### 1. Office of a public nature

The powers of the band council, as outlined in sections 81 to 86 [ss. 81 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 15) 82, 83 (as am. *idem*, (4th Supp.), c. 17, s. 10), 84, 85 (repealed *idem*, s. 11), 85.1 (added *idem* (1st Supp.), c. 32, s. 16), 86] of the *Indian Act*, indicate that the offices of councillor and chief are "of a public nature".

4. Le titulaire de la charge ne doit pas être un adjoint ou un préposé nommé à titre amovible.

5. Est irrecevable la demande de réparation d'un demandeur qui a acquiescé à l'usurpation de la charge ou qui a exercé le recours avec un retard indu.

6. Il faut que le demandeur ait un intérêt véritable à engager les procédures. De nos jours, n'importe qui aura probablement un intérêt suffisant à agir, pourvu qu'il n'agisse pas pour le compte d'intérêts privés.

La Cour peut tenir compte des facteurs suivants dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire (Dussault et Borgeat, *Administrative Law: A Treatise*, 1990, à la page 388):

7. La qualité du demandeur pour agir.

8. Le caractère raisonnable du délai écoulé depuis l'élection.

9. L'opportunité d'exiger l'épuisement des recours internes.

Voici quelques facteurs supplémentaires dont il faut tenir compte relativement au recours de *quo warranto*:

10. Incombe-t-il au requérant ou à l'intimé de prouver le bien-fondé de sa cause?

11. Le bref de *quo warranto* peut-il être accordé indépendamment de tout autre recours?

Chacune de ces questions sera maintenant traitée à son tour.

### 1. Charge de nature publique

Si l'on en juge d'après les pouvoirs du conseil de bande énoncés aux articles 81 à 86 [art. 81 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 32, art. 15) 82, 83 (mod. *idem*, (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 17, art. 10) 84, 85 (abrogé *idem*, art. 11) 85.1 (ajouté *idem*, (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 32, art. 16) 86] de la *Loi sur les Indiens*, les charges de conseiller et de chef sont «de nature publique».

2. Already exercised the office?

The impugned Mohawk Council and the grand chief have been exercising their respective offices since the summer of 1988.

3. Office created by Act of Parliament

The impugned offices can be said to have been created by the *Indian Act*.

4. Not a deputy or servant

As elected officials, the grand chief and chiefs cannot be dismissed at the will of someone else.

5. and 8. Acquiescence or undue delay

Counsel for the applicants states (not very convincingly) that the applicants are satisfied with the manner in which the election took place, but they are not satisfied with the manner in which the reversion to custom elections took place, and, in particular, with one effect of the reversion, which was the extension of tenure from two years to three years. According to counsel, the tenure of office of the impugned officials did not become illegal until the expiration of two years, i.e. not until June 25, 1990. Under the Act's Regulations, officials hold office for 2 years; under the impugned band custom regulations, officials hold office for 3 years. The original notice of motion was filed on July 18, 1990, or, arguably, shortly after the issue of length of tenure arose.

I am satisfied the issue arose on June 25, 1988, when the contested election took place. The impugned "*Akwesasne Election Regulations*" (custom regulations) had differences in voter age and number of electoral districts as well as the difference in the length of tenure of the councillors and chief. The applicants, from their complaints about not having been consulted about the change in regulations, seek to challenge the entire election process which took place on June 25, 1988, rather than simply the length of tenure of the elected officials. I am satisfied the applicants delayed two years before filing their notice of motion.

2. Le titulaire a-t-il déjà exercé la charge?

Le conseil de la bande indienne Mohawk et le grand chef dont on conteste la qualité exercent leurs charges respectives depuis l'été 1988.

3. Charge instituée par une loi fédérale

On peut affirmer que les charges contestées ont été instituées en vertu de la *Loi sur les Indiens*.

4. Le titulaire ne doit pas être un adjoint ou un préposé

En leur qualité d'élus, le grand chef et les chefs ne sont pas nommés à titre amovible.

5. et 8. Acquiescement ou retard indu

L'avocat des requérants affirme — de façon peu convaincante — que ses clients sont satisfaits de la manière dont l'élection a été tenue, mais qu'ils ne sont pas satisfaits de la manière dont le processus électoral coutumier a été rétabli et, notamment, d'une conséquence de ce rétablissement, soit le fait de proroger le mandat des élus, lequel était de deux années, à trois années. Selon lui, le mandat des titulaires dont la qualité est contestée n'est devenu illégal qu'après l'expiration de deux années, c'est-à-dire, à partir du 25 juin 1990. En vertu du règlement d'application de la Loi, les titulaires occupent leurs postes pendant deux années. Par ailleurs, en vertu des règlements coutumiers contestés de la bande, les titulaires occupent leurs postes pendant trois années. Le premier avis de requête a été déposé le 18 juillet 1990, soit, peut-on soutenir, peu de temps après que se soit posée la question de la durée du mandat.

Je suis convaincu que le litige a pris naissance le 25 juin 1988, au moment où l'élection contestée a été tenue. Le «Règlement électoral d'Akwesasne» contesté (le règlement coutumier) différerait en ce qui concerne l'âge des personnes habiles à voter, le nombre de circonscriptions électorales et la durée du mandat des conseillers et du chef. Les requérants, qui se plaignent de ne pas avoir été consultés au sujet des modifications apportées au règlement, contestent l'ensemble du processus électoral mis en œuvre le 25 juin 1988, et non pas simplement la durée du mandat des élus. Je suis convaincu que les requérants ont déposé leur avis de requête avec deux années de retard.

The Court has the discretion to dismiss an application for *quo warranto* for undue delay or acquiescence. In *The King ex rel Boudret v. Johnston*, [1923] 2 D.L.R. 278 (N.S.S.C.) an application for an information for *quo warranto* was dismissed where the election of a school trustee was not challenged for 20 months and the applicant had given no explanation for the delay in filing its application. In *In re Moore and Port Bruce Harbour Company* (1857), 14 U.C.Q.B. 365, the Upper Canada Court of Appeal refused to grant a writ of *quo warranto* against directors of a company because the applicant delayed for 8 months after the election before filing suit. Noting that a new election would be held "in December next" regardless, the Court stated [at page 368]:

Great hardship and inconvenience might be produced from suffering the existing board of directors to go on so long unquestioned, and then suddenly putting an end to their term of office . . . .

It is to be remembered that in the case before me the Council will hold new elections in June 1991 regardless of the Court's decision.

Counsel for the applicants notes that the delay on the part of the applicants has not prejudiced the respondents (page 40, transcript, January 14, 1991).

The respondents knew there was a problem, or at least a potential problem with the validity of the election as early as June 3, 1988 (the date of the legal opinion indicating the requirement for a registered Order in Council). There was also the letter dated July 6, 1988 from the Department of Indian and Northern Affairs indicating that the approval of the traditionalists was required.

I believe that great hardship and inconvenience would be produced if, after more than 2 1/2 years, an end would be put to the term of office of the present Band Council.

#### Acquiescence?

Two of the applicants, Claudia Jock and Dave Benedict, ran as candidates in the June 1988 elections. Ms. Jock was not elected. Mr. Benedict was elected but was removed in 1989.

La Cour a le pouvoir discrétionnaire de rejeter une demande de *quo warranto* pour motif de retard indu ou d'acquiescement. Dans le jugement *The King ex rel Boudret v. Johnston*, [1923] 2 D.L.R. 278 (C.S.N.-É.), une demande de *quo warranto* a été rejetée dans un cas où le requérant avait attendu 20 mois avant de contester l'élection d'un administrateur d'école sans expliquer le motif de ce retard à déposer sa demande. Dans l'affaire *In re Moore and Port Bruce Harbour Company* (1857), 14 U.C.Q.B. 365, la Cour d'appel du Haut-Canada a refusé d'accorder un bref de *quo warranto* contre les administrateurs d'une société au motif que le requérant avait attendu huit mois après l'élection avant d'engager sa poursuite. Après avoir souligné qu'une nouvelle élection serait tenue «au mois de décembre suivant» de toute façon, la Cour a affirmé ce qui suit [à la page 368]:

[TRADUCTION] Après avoir toléré si longtemps, sans rien dire, que les membres du conseil d'administration actuel occupent leurs postes, le fait de mettre soudainement fin à leur mandat risque de causer de graves inconvénients . . . .

Rappelons que, en l'espèce, le conseil tiendra de nouvelles élections en juin 1991, indépendamment de la décision de cette Cour.

L'avocat des requérants signale que le retard de ses clients n'a pas causé de tort aux intimés (à la page 40, transcription du 14 janvier 1991).

Les intimés savaient que la validité de l'élection posait un problème ou, du moins, qu'elle risquait d'être contestée et ce, dès le 3 juin 1988, la date de l'avis juridique portant qu'un décret enregistré était nécessaire. En outre, dans sa lettre datée du 6 juillet 1988, le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien laissait entendre que l'approbation des «traditionalistes» était nécessaire.

Je crois que le fait de mettre fin au mandat des membres du conseil de bande actuel, après qu'ils aient occupés leur postes pendant plus de deux années et demi, causerait de graves inconvénients.

#### Les requérants ont-ils acquiescé?

Deux requérants, soit Claudia Jock et Dave Benedict, s'étaient présentés comme candidats aux élections de juin 1988. M<sup>me</sup> Jock n'a pas été élue. M. Benedict a été élu, puis destitué en 1989.



Counsel for the applicants argues that this is not acquiescence; a person should not be estopped from challenging the authority of an elected official simply because that person ran in the election. In *Badger v. Canada (supra)*, the applicant, Badger, was elected, and subsequently challenged the election regulations under which he himself was elected. Counsel cites Mr. Justice Strayer in *Badger v. Canada*, at page 198 as follows:

I would only observe that I have serious doubts that estoppel could bar the plaintiff from attacking the order of 1982 if in fact there was no statutory authority for the making of that Order.

Counsel for respondents notes that *Badger* was an action for declaration, not for *quo warranto*.

#### 6. and 7. Standing of the Applicants

According to de Smith, the test for standing to launch an action for *quo warranto* is quite easily met. The four named applicants, Claudia Jock, Dave Benedict, Lawrence Francis and Robert Skidders have all lived on the Akwesasne Reserve all or most of their lives and therefore have sufficient interest in the matter at hand.

#### 9. Exhaustion of Internal Relief Avenues

Where the law provides another remedy, *quo warranto* may not be used to contest an election. For example, in *R. ex rel. Hennigar v. Stevens* (1969), 3 D.L.R. (3d) 668 (N.S.T.D.) the proper mechanism to contest a municipal election was the appeal mechanism of the *Municipal Act* [R.S.N.S. 1967, c. 192], not a writ of *quo warranto*. Here, the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. 1-5, *Indian Band Election Regulations*, C.R.C., 1978, c. 952; and *Indian Referendum Regulations*, C.R.C., 1978, c. 957 provide mechanisms for challenging an election or referendum. Subsection 12(1) of the *Indian Band Election Regulations* allows any elector or candidate to lodge an appeal within 30 days after an election if he believes there was corrupt practices, a violation of the Act or Regulations, or an ineligible person ran as a candidate. Particulars of

L'avocat des requérants soutient que cette participation ne constitue pas un acquiescement. Selon lui, le simple fait de s'être présenté comme candidat dans une élection ne devrait pas rendre irrecevable une demande visant à contester le pouvoir d'un élu. Dans l'affaire *Badger c. Canada*, précitée, le requérant Badger avait été élu, puis avait contesté le règlement électoral en vertu duquel il l'a été. L'avocat des requérants cite les propos suivants du juge Strayer, à la page 198 de cette décision:

Je me contenterai d'ajouter que je doute fort que la notion d'irrecevabilité pourrait empêcher le demandeur de contester le décret de 1982, si en fait aucun texte de loi n'autorisait l'adoption de ce décret.

L'avocat des intimés note que l'affaire *Badger* portait sur une action pour obtenir un jugement déclaratoire et non un bref de *quo warranto*.

#### d 6. et 7. Qualité pour agir des requérants

D'après de Smith, il est assez facile de satisfaire aux critères de la qualité pour engager une action en *quo warranto*. Les quatre requérants nommés, soit Claudia Jock, Dave Benedict, Lawrence Francis et Robert Skidders, ont tous vécu dans la réserve d'Akwesasne toute leur vie ou presque, si bien qu'ils ont la qualité voulue pour agir en l'espèce.

#### f 9. Épuisement des recours internes

Lorsque la loi prévoit un autre recours, le *quo warranto* ne peut être utilisé pour contester une élection. Par exemple, dans l'affaire *R. ex rel. Hennigar v. Stevens* (1969), 3 D.L.R. (3d) 668 (1<sup>re</sup> inst., N.-É.), le mécanisme approprié pour contester une élection municipale était l'appel prévu dans la *Municipal Act* [S.R.N.-É. 1967, chap. 192], et non le bref de *quo warranto*. En l'espèce, la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), chap. 1-5, le *Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens*, C.R.C., 1978, chap. 952 et le *Règlement sur les référendums des Indiens*, C.R.C., 1978, chap. 957 prévoient des mécanismes pour contester une élection ou un référendum. Le paragraphe 12(1) du *Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens* permet à tout électeur ou candidat d'interjeter appel dans un délai de 30 jours après une élection, s'il croit qu'il y a eu manœuvre corruptrice, ou violation de la Loi ou du Règlement, ou qu'une personne inéligible s'est présentée

the violation are to be forwarded to the Assistant Deputy Minister.

12. (1) Within 30 days after an election, any candidate at the election or any elector who gave or tendered his vote at the election who has reasonable grounds for believing that

(a) there was corrupt practice in connection with the election,

(b) there was a violation of the Act or these Regulations that might have affected the result of the election, or

(c) a person nominated to be a candidate in the election was ineligible to be a candidate,

may lodge an appeal by forwarding by registered mail to the Assistant Deputy Minister particulars thereof duly verified by affidavit.

Section 79 of the Act permits the Governor in Council to set aside election results based on a report from the Minister as outlined below:

79. The Governor in Council may set aside the election of a chief or councillor of a band on the report of the Minister that he is satisfied that

(a) there was corrupt practice in connection with the election;

(b) there was a contravention of this Act that might have affected the result of the election; or

(c) a person nominated to be a candidate in the election was ineligible to be a candidate.

Subsection 31(1) of the *Indian Referendum Regulations* allows any elector, who voted, to appeal within 7 days to the Assistant Deputy Minister if he believes there was a violation of the Regulations, or corrupt practices.

31. (1) Where a referendum is held pursuant to these Regulations, any elector who voted on the referendum and has reasonable grounds for believing that

(a) there was a violation of these Regulations that may affect the results of the referendum, or

(b) there was corrupt practice in connection with the referendum,

may, within 7 days from the date of the referendum, file an appeal by forwarding by registered mail to the Assistant Deputy Minister

(c) a notice of appeal; and

(d) a statutory declaration containing the grounds of appeal and particulars thereof.

It appears that the applicants in this motion did not participate in the house-to-house referendum of 1988, and they may not have voted in the June 1988 election. Thus, the applicants may not be qualified to use the appeal procedures outlined in the *Indian Band Election Regulations* and the *Indian Referendum Regulations*. Both Regula-

comme candidat. Les détails de la violation doivent être transmis au sous-ministre adjoint.

12. (1) Si, dans le délai de 30 jours après une élection, un candidat à l'élection ou un électeur ayant voté ou s'étant présenté pour voter à l'élection a des motifs raisonnables de croire

a) qu'il y a eu manœuvre corruptrice en rapport avec une élection,

b) qu'il y a eu violation de la Loi ou du présent Règlement qui puisse porter atteinte au résultat d'une élection, ou

b) c) qu'une personne présentée comme candidat à une élection était inéligible,

il peut interjeter appel en faisant parvenir au sous-ministre adjoint, par courrier recommandé, les détails de ces motifs au moyen d'un affidavit en bonne et due forme.

c) L'article 79 de la Loi permet au gouverneur en conseil d'annuler les résultats de l'élection, en se fondant sur un rapport du ministre, conformément à la disposition suivante:

d) 79. Le gouverneur en conseil peut rejeter l'élection du chef ou d'un des conseillers d'une bande sur le rapport du ministre où ce dernier se dit convaincu, selon le cas:

a) qu'il y a eu des manœuvres frauduleuses à l'égard de cette élection;

e) b) qu'il s'est produit une infraction à la présente loi pouvant influencer sur le résultat de l'élection;

c) qu'une personne présentée comme candidat à l'élection ne possédait pas les qualités requises.

Le paragraphe 31(1) du *Règlement sur les référendums des Indiens* permet à tout électeur qui a voté d'interjeter appel au sous-ministre adjoint dans un délai de sept jours s'il croit qu'il y a eu violation du Règlement ou manœuvre corruptrice.

31. (1) Lors de la tenue d'un référendum sous le régime du présent Règlement, tout électeur qui a voté par référendum et qui a des motifs raisonnables de croire

g) a) qu'il y a eu violation dudit Règlement qui pourrait porter atteinte au résultat du référendum, ou

b) qu'il y ait eu manœuvre corruptrice à l'égard du référendum,

h) peut envoyer au sous-ministre adjoint, par poste recommandée, dans les 7 jours qui suivent la date du référendum,

c) un avis d'appel; et

d) une déclaration assermentée contenant les motifs de l'appel et les détails de cet appel.

i) Les requérants en l'espèce ne semblent pas avoir participé au référendum porte à porte tenu en 1988, et ils n'ont peut-être pas voté à l'élection de juin 1988. Par conséquent, il se peut que les requérants n'aient pas le droit de se prévaloir des procédures d'appel énoncées dans le *Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens* et dans le

tions refer to "any elector who voted." Claudia Jock, and Dave Benedict were eligible to use the *Indian Band Election Regulations* appeal procedure as they were candidates in the June 1988 election. Also, the 30 day (*Indian Band Election Regulations*) and 7 day (*Indian Referendum Regulations*) have passed long ago. According to counsel for the respondents (transcript, January 14, 1991, page 72) the applicants were qualified to vote, and he does not know whether they voted or not. Thus, if the applicants were disqualified from the appeal procedures in the *Indian Band Election Regulations* and the *Indian Referendum Regulations* it was their own fault.

According to Dussault and Borgeat (*supra*), the Court has discretion to determine "the appropriateness of requiring that all internal relief avenues be first exhausted" (page 388). Counsel for the applicants argued (pages 59-60, transcript, January 14, 1991) that it would have been impossible for the applicants to

... complain to the Government that there was no proper authorization by the very government whose action, or improper action, is being complained of . . .

Similarly, the applicants would not be able to appeal to the Band Council whose legitimacy they were challenging. Therefore, according to counsel for the applicants, the procedures in the *Indian Act* and the Regulations were inappropriate.

At pages 124-125 of the transcript of the January 14, 1991 hearing, counsel for the applicants explains that a candidate in the June 25, 1988 election (who was removed from the ballot without being informed) who followed the correct appeal procedures by writing a letter to Mr. MacIntosh within 30 days of the election, did not even receive a response. According to counsel, this is evidence that the internal appeal procedures are useless in this case.

I am not prepared to accept this submission. The applicants could have filed an appeal under the Act notwithstanding the fact that they allege that

*Règlement sur les référendums des Indiens*. Il est question dans ces deux textes de «tout électeur qui a voté». Claudia Jock et Dave Benedict avaient le droit d'interjeter appel conformément au *Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens* puisqu'ils étaient candidats à l'élection de juin 1988. En outre, le délai de trente jours prévu au *Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens* et le délai de sept jours, prévu au *Règlement sur les référendums des Indiens* ont expiré depuis longtemps. Selon l'avocat des intimés (à la page 72 de la transcription du 14 janvier 1991), les requérants avaient qualité pour voter. Cependant, il ne sait pas s'ils ont exercé ce droit ou non. Par conséquent, si les requérants sont maintenant forclos de se prévaloir des procédures d'appel prévues dans le *Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens* et le *Règlement sur les référendums des Indiens*, il n'en tient qu'à eux.

D'après Dussault et Borgeat, précité, la Cour a le pouvoir discrétionnaire de statuer sur [TRADUCTION] «l'opportunité d'exiger que tous les recours internes aient d'abord été épuisés» (à la page 388). Selon l'avocat des requérants, (aux pages 59 et 60 de la transcription du 14 janvier 1991), ses clients n'auraient pas pu

[TRADUCTION] . . . se plaindre au gouvernement que celui-ci n'avait pas accordé l'autorisation voulue alors que ce sont les gestes du gouvernement lui-même, ou l'irrégularité de ceux-ci, dont ils se plaignent . . .

Pareillement, les requérants ne pourraient pas interjeter appel au conseil de bande dont ils contestent la légitimité. Par conséquent, selon l'avocat des requérants, les procédures prévues dans la *Loi sur les Indiens* et les règlements étaient inappropriés.

Aux pages 124 et 125 de la transcription de l'audience du 14 janvier 1991, l'avocat des requérants explique qu'un candidat à l'élection du 25 juin 1988 (dont le nom a été radié du bulletin de vote sans en être informé) qui a suivi les procédures d'appel prescrites en adressant une lettre à M. MacIntosh dans les trente jours de l'élection, n'a même pas reçu de réponse. Selon l'avocat des requérants, cela montre que les procédures d'appel internes sont inutiles en l'espèce.

Je ne suis pas disposé à accepter cet argument. Les requérants auraient pu interjeter appel sous le régime de la Loi et ce, même s'ils alléguaient que

there was improper action by the government. It is the election procedure that is being appealed not government "improper action".

#### 10. Onus

Counsel for the applicants, states that the onus is on the respondents to prove that they are legally in office (transcript, October 15, 1990).

Although the case law does not directly address the question of onus, it does provide guidelines for rebuttable presumptions. The issue seems to rest on the likelihood that the elections were irregular. According to Jerome A.C.J. in *Leaf v. Canada (Governor General in Council)*, [1988] 1 F.C. 575 (T.D.), at page 588:

Where there is a serious argument that the election was irregular, it is in the interests of all parties for the Minister to err on the side of recommending that it be set aside. The alternative is to perpetuate a situation in which a section of the Band is unrepresented on council or where confusion exists as to the right of successful candidates to hold office.

On the other hand,<sup>1</sup> in *R. v. Landry* (1909), 44 N.S.R. 138 (C.A.), Russell J. for the Nova Scotia Court of Appeal stated [at pages 146-147]:

I think it is not in the interest of the public that an election should be disturbed which, it is morally certain, embodies the determination of a majority of the duly qualified voters.

#### 11. Quo warranto on its own?

*Quo warranto* can be granted independent of any other remedy (see *R. ex rel. Charles J. Gillespie v. Wheeler*, [1979] 2 S.C.R. 650).

<sup>1</sup> In *In re Moore and Port Bruce Harbour Company* (1857), 14 U.C.Q.B. 365 (C.A.), as earlier cited, the Court declined to remove directors of a company because "[g]reat hardship and inconvenience" would result from allowing the directors to serve for 8 months, and then suddenly removing them. Arguably an illegal board of directors is not as serious as an illegal band council; the powers of a board of directors are probably more limited.

le gouvernement avait commis des irrégularités. En effet, l'appel porte sur les procédures d'élection et non pas sur les «gestes irréguliers» du gouvernement.

#### 10. Charge

Selon l'avocat des requérants, il incombe aux intimés de prouver qu'ils occupent leur poste légalement (transcription du 15 octobre 1990).

Bien que la jurisprudence ne traite pas directement la question de la charge de la preuve, elle fournit des lignes directrices en matière de présomptions réfutables. Cette question semble reposer sur la probabilité que les élections aient été entachées d'irrégularité. Le juge en chef adjoint Jerome s'est exprimé en ces termes dans l'affaire *Leaf c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, [1988] 1 C.F. 575 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 588:

Lorsqu'il existe une raison sérieuse de croire qu'une élection est entachée d'irrégularité, il vaut mieux pour toutes les parties que le ministre en recommande l'annulation. Sinon, on risque de faire durer une situation qui empêcherait une section de la bande d'être représentée sur le conseil ou de créer de la confusion quant au droit des candidats élus d'occuper leur charge.

Par ailleurs<sup>1</sup>, dans l'arrêt *R. v. Landry* (1909), 44 N.S.R. 138 (C.A.), le juge Russell de la Cour d'appel de Nouvelle-Écosse s'est exprimé en ces termes [aux pages 146 et 147]:

[TRADUCTION] J'estime qu'il est contraire à l'intérêt public de revenir sur les résultats d'une élection lorsque celle-ci reflète certainement, en principe, la volonté de la majorité des électeurs habiles à voter.

#### 11. Un bref de quo warranto peut-il être délivré indépendamment de tout autre recours?

La réponse à cette question est affirmative. (Voir l'arrêt *R. ex rel. Charles J. Gillespie c. Wheeler*, [1979] 2 R.C.S. 650.)

<sup>1</sup> Dans l'affaire *In re Moore and Port Bruce Harbour Company* (1857), 14 U.C.Q.B. 365 (C.A.), précitée, la Cour a refusé de destituer les administrateurs d'une société parce que le fait de leur imposer soudainement cette sanction après leur avoir permis d'occuper leur charge pendant huit mois causerait [TRADUCTION] «de graves inconvénients». On pourrait soutenir qu'un conseil d'administration illégal est une irrégularité moins grave qu'un conseil de bande illégal; en effet, les pouvoirs d'un conseil d'administration sont probablement plus limités.

### Conclusion

Although the applicants have met most of the criteria for an application for the issuance of a writ of *quo warranto*, they have not satisfied them all.

There is no doubt that the office challenged is of a public nature. The impugned chiefs and grand chief have already exercised their respective offices. The impugned offices were created by the *Indian Act*, an Act of Parliament. The chiefs and grand chief are not dismissable at will. I am also satisfied that the applicants have a genuine interest in the proceedings having lived on the Akwesasne Reserve at the time of the elections.

I am also satisfied that the applicants have let an unreasonable length of time to have elapsed since the contested election in June 1988. I cannot and do not accept as reasonable the explanation that there was no need to take *quo warranto* proceedings until June of 1990. If the chiefs and grand chief are illegally holding office, they have been so doing since June of 1988 and not only from June 1990. In addition, the *Indian Act* and the *Indian Band Election Regulations* and the *Indian Referendum Regulations* clearly allows for an appeal. The applicants failed to make use of these provisions.

Therefore, the present application for the issuance of a declaration, interim injunction and writ of *quo warranto* is denied with costs in favour of the respondents.

### Conclusion

Bien que les requérants aient satisfait à la plupart des critères pour demander un bref de *quo warranto*, ils ne les ont pas tous remplis.

La charge contestée est assurément de nature publique. Les chefs et le grand chef dont la qualité est contestée ont déjà exercé leurs charges respectives. Les charges contestées ont été créées sous le régime de la *Loi sur les Indiens*, une loi du Parlement. Les chefs et le grand chef n'ont pas été nommés à titre amovible. Je suis également convaincu que les requérants ont un intérêt véritable pour engager les procédures en l'instance du fait qu'ils vivaient dans la réserve d'Akwesasne au moment des élections.

Je suis également convaincu que les requérants ont laissé écouler un délai déraisonnable depuis l'élection contestée de juin 1988. Je rejette comme déraisonnable l'explication selon laquelle il n'y avait pas lieu de demander un bref de *quo warranto* avant juin 1990. Si les chefs et le grand chef occupent leurs charges illégalement, ils le font depuis juin 1988, et non pas seulement depuis juin 1990. En outre, la *Loi sur les Indiens*, le *Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens* et le *Règlement sur les référendums des Indiens* accordent manifestement un droit d'appel. Les requérants ne se sont pas prévalus de ces dispositions.

En conséquence, la présente demande tendant à obtenir un jugement déclaratoire, une injonction provisoire et un bref de *quo warranto* est rejetée avec dépens en faveur des intimés.

T-511-88

T-511-88

Ian Wilson Callie on his own behalf and on behalf of and representing that class of persons for whom Her Majesty the Queen administered pensions pursuant to section 16 of the *Pension Act*, R.S.C. 1927, c. 157, and revisions and amendments thereto (*Plaintiff*)

v.

Her Majesty the Queen (*Defendant*)

INDEXED AS: *CALLIE V. CANADA (T.D.)*

Trial Division, Joyal J.—Calgary, October 29, 1990; Ottawa, February 8, 1991.

*Veterans — Plaintiff served in Canadian Forces from 1939 to 1941 — Discharged for schizophrenia — Hospitalized in psychiatric facility — Awarded pension for entire disability — Issued to D.V.A. for administration — Monies deposited to credit of Receiver General — In 1986, accumulated pension credits released to plaintiff's niece — Crown, having paid for plaintiff's hospitalization — Whether Crown having been trustee of pension funds, discharging duties of trustee — Must Crown account for unjust enrichment — Whether Court can award interest — Purpose of Pension Act — No action lies to recover gratuity to military officer — Not intention of Parliament to make D.V.A. fiduciary of mentally ill pensioners' benefits — Nothing in Pension Act requiring D.V.A. to invest pension funds, pay interest thereon.*

*Crown — Trusts — Armed Forces veteran hospitalized with schizophrenia — Awarded pension for entire disability — Benefits issued to D.V.A. for administration — Was Crown trustee of pension funds, and if so, were fiduciary duties discharged — Guerin case distinguished as depending on Indians' aboriginal title to land existing apart from Indian Act — Reference to "political trust" cases — Statutory direction imposing administrative, not fiduciary, obligation — Pension Act not containing words of settlement, certainty of obligation — Act not requiring D.V.A. to invest pension funds, pay interest thereon.*

*Equity — Defence of equitable set-off — Armed Forces veteran hospitalized in psychiatric facility for 45 years at public expense — Bringing class action against Crown for breach of trust in failing to invest pension funds administered*

Ian Wilson Callie, en son propre nom et au nom d'un groupe de personnes dont Sa Majesté la Reine a administré les pensions en vertu de l'article 16 de la *Loi sur les pensions*, S.R.C. 1927, chap. 157, révisée et modifiée (*demandeur*)

c.

*Sa Majesté la Reine (défenderesse)*

RÉPERTORIÉ: *CALLIE C. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)*

Section de première instance, juge Joyal—Calgary, 29 octobre 1990; Ottawa, 8 février 1991.

*Anciens combattants — Le demandeur a servi dans les Forces canadiennes de 1939 à 1941 — Il a été démobilisé pour schizophrénie — Il a été hospitalisé dans un établissement psychiatrique — Il s'est vu accorder une pension pour la totalité de son invalidité — La pension a été remise au ministère des Anciens combattants pour qu'il l'administre — Les prestations ont été déposées au crédit du receveur général — En 1986, les crédits de pension accumulés ont été remis à la nièce du demandeur — La Couronne a payé les frais d'hospitalisation du demandeur — Il s'agit de savoir si, comme elle a été fiduciaire des prestations de pension du demandeur, la Couronne s'est acquittée des obligations qui incombent à un fiduciaire — La Couronne doit-elle rendre des comptes pour enrichissement sans cause? — La Cour peut-elle accorder des intérêts? — Objet de la Loi sur les pensions — Aucune action ne peut être intentée pour obtenir le remboursement d'une prime de démobilisation octroyée à un officier militaire — Le législateur n'avait pas l'intention de faire du ministère des Anciens combattants le fiduciaire des prestations versées aux pensionnés atteints de maladie mentale — Aucune des dispositions de la Loi sur les pensions n'oblige le ministère des Anciens combattants à placer les prestations de pension et à verser de l'intérêt sur les prestations en question.*

*Couronne — Fiducies — Ancien combattant hospitalisé pour schizophrénie — Il s'est vu accorder une pension pour la totalité de son invalidité — Les prestations ont été remises au ministère des Anciens combattants pour qu'il les administre — La Couronne était-elle fiduciaire des prestations de pension et, dans l'affirmative, a-t-elle rempli les obligations qui incombent à un fiduciaire? — Distinction faite avec l'arrêt Guerin au motif qu'il reposait sur le titre autochtone des Indiens sur leurs terres, titre qui existait indépendamment de la Loi sur les Indiens — Renvoi à la jurisprudence relative aux «fiducies politiques» — Directive légale imposant une obligation administrative et non fiduciaire — La Loi sur les pensions ne renferme pas de mots portant disposition et certitude quant à l'obligation — La Loi n'oblige pas le ministère des Anciens combattants à placer les prestations de pension et à verser des intérêts sur les prestations en question.*

*Equity — Moyen de défense tiré de la compensation reconnue en equity — Ancien combattant hospitalisé dans un établissement psychiatrique depuis 45 ans aux frais de l'État — Recours collectif intenté contre la Couronne au motif qu'elle a*

by *D.V.A., pay interest thereon — Cost of hospital care exceeding interest earned if funds invested — Trustee entitled at common law to indemnification for expenses — Plaintiff's case resting on equity — Principles of equity not selectively applied to produce unjust results.*

This was a class action for damages for breach of trust or fiduciary duty in the administration by the Crown of war veteran's pension funds from 1946 to 1986. The plaintiff served in the Armed Forces from 1939 to 1941 when diagnosed as having schizophrenia. He served a year in Canada and one in England. From 1946 to 1986, the plaintiff's pension was issued to the Department of Veterans Affairs for administration. The Department deposited the monies to the credit of the Receiver General. In 1986, the Canadian Pension Commission authorized the release of the principal sums of the plaintiff's total accumulated pension credits in two instalments to his niece for administration. In addition, the Crown has paid a psychiatric institution for the plaintiff's domiciliary care since 1949. The accumulated costs of this care exceeded the value of the interest that would have been earned on the plaintiff's funds had they been invested in interest-bearing securities.

The plaintiff argued that *Pension Act*, subsection 41(1) created a fiduciary relationship between the Crown and pensioners. That subsection permits the Commission to direct that the pension payable to a mentally ill pensioner be administered "for the benefit of the pensioner". The plaintiff argued that the statutory obligation to administer the pension funds created a trust in his favour. One duty was to invest moneys under administration so that a reasonable return would be earned. The plaintiff further argued that the Crown had a statutory duty to pay interest on the funds in that they were not "public" moneys within the meaning of the *Financial Administration Act* as they did not "belong to" Canada and therefore provisions of that Act dealing with the Crown's discretion to pay interest on such money did not apply. Section 2 of that Act defines "public money" as meaning "all money belonging to Canada ... and includes ... (d) all money that is paid to or received or collected ... pursuant to any Act, trust. ..." The Crown argued that such funds fell within the "and includes" part of the definition of "public money". The plaintiff's submission was that the Crown had a statutory duty to provide medical care because of his total incapacity. It was submitted that because that statutory duty arose independently of the Crown's duty to pay a veteran's pension, the doctrine of equitable set-off could not apply. The issues were (1) whether the Crown had a fiduciary duty to pay interest on the plaintiff's pension funds; (2) whether the Crown had a statutory duty to pay interest thereon; and (3) whether the doctrine of equitable set-off applies with respect to the hospitalization expenses paid by the Crown.

*manqué à ses obligations fiduciaires en ne plaçant pas les prestations de pension administrées par le ministère des Anciens combattants et en ne versant pas d'intérêt sur les prestations en question — Le coût des soins hospitaliers dépasse les intérêts qui auraient été accumulés si les prestations avaient été placées — Le fiduciaire a le droit en common law d'être indemnisé des dépenses — La thèse du demandeur repose sur l'equity — Les principes de l'equity ne peuvent être appliqués sélectivement pour créer des résultats injustes.*

Il s'agit d'un recours collectif tendant à obtenir des dommages-intérêts à la suite du manquement à la fiducie ou aux obligations fiduciaires qu'aurait commis la Couronne en administrant les prestations de pension d'un ancien combattant entre 1946 et 1986. Le demandeur a servi dans les Forces armées de 1939 à 1941, alors qu'on a diagnostiqué une schizophrénie. Il a servi un an au Canada et un an en Angleterre. De 1946 à 1986, la pension du demandeur a été remise au ministère des Anciens combattants pour qu'il l'administre. Le ministère a déposé les prestations au crédit du receveur général. En 1986, la Commission canadienne des pensions a autorisé la remise en deux versements à la nièce du demandeur du capital du total des crédits de pension accumulés pour qu'elle l'administre. De plus, la Couronne a payé à un établissement psychiatrique le coût des soins en hébergement du demandeur depuis 1949. La valeur accumulée de ces soins excède la valeur de l'intérêt que les prestations du demandeur auraient produit si ces prestations avaient été placées dans des titres portant intérêt.

Le demandeur prétend que le paragraphe 41(1) de la *Loi sur les pensions* crée une relation fiduciaire entre la Couronne et les pensionnés. Ce paragraphe permet à la Commission d'ordonner que la pension payable à un pensionné atteint d'une maladie mentale soit administrée «au profit du pensionné». Le demandeur soutient que l'obligation légale d'administrer les prestations de pension crée une fiducie en sa faveur. La Couronne avait notamment l'obligation de placer l'argent qu'elle administrait et d'obtenir de ce fait un rendement raisonnable. Le demandeur prétend en outre que la Couronne avait l'obligation légale de verser de l'intérêt sur les prestations parce que celles-ci ne constituaient pas des fonds «publics» au sens de la *Loi sur la gestion des finances publiques* étant donné qu'elles n'«appartenaient» pas au Canada et que, par conséquent, les dispositions de la Loi portant sur le pouvoir discrétionnaire qu'a la Couronne de verser de l'intérêt sur cet argent ne s'appliquent pas. L'expression «fonds publics» est définie comme suit à l'article 2 de la Loi: «Fonds appartenant au Canada ... La présente définition vise notamment ... d) les fonds reçus ... sous le régime ... d'une loi, d'une fiducie ...». La Couronne prétend que les prestations répondent à la partie de la définition de l'expression «fonds publics» qui commence par les mots: «La présente définition vise notamment ...» Le demandeur prétend que la Couronne est tenue de par la loi de lui fournir des soins médicaux en raison de son incapacité totale. Il affirme que, parce que cette obligation légale est imposée à la Couronne indépendamment de son obligation de lui verser une pension d'ancien combattant, la théorie de la compensation reconnue en *equity* ne peut s'appliquer. Il s'agit de savoir (1) si la Couronne avait l'obligation fiduciaire de verser de l'intérêt sur les prestations de pension du demandeur; (2) si la Couronne avait l'obligation légale de verser de l'intérêt sur les prestations en question; (3) si la théorie de la compensation reconnue en *equity* s'applique en ce qui concerne les frais d'hospitalisation payés par la Couronne.

*Held*, the action should be dismissed.

(1) The government does not owe the plaintiff a fiduciary duty in the private law sense of that term. The "political trust" cases demonstrate that a mere statutory direction to officers of the Crown to administer a sum of money for the benefit of designated persons does not necessarily imply the existence of a fiduciary relationship between the two parties. The statutory duty to administer the plaintiff's pension for his benefit imposes an administrative or governmental obligation to administer the pension funds, but not a trust. The *Pension Act* establishes a comprehensive statutory benefit scheme, which provides for the payment of pensions and allowances. The purpose of the Act is not to set up a trust for pensioners, but to confer benefits on members of the Canadian Forces who have given military service to Canada. A gratuity to a military officer is by its nature dependent upon the largesse of the Crown and no action lies to recover such a gratuity. Furthermore, the components of a trust are not found in the *Pension Act*: there is no express intention to create a trust for pensioners, nor can such a trust be implied. The words of subsection 41(1) do not constitute words of settlement and certainty of obligation as is required of legally enforceable trusts.

The Crown's fiduciary duty respecting Indian lands held in reserves should be distinguished. Although *Indian Act*, subsection 18(1) may be similar to *Pension Act*, subsection 41(1), the Supreme Court was careful in *Guerin* to point out that it was the special nature of Indian title in the land that created the fiduciary obligation, not subsection 18(1).

(2) Since the funds were received pursuant to *Pension Act*, subsection 41(1), they were "public money" as defined in the *Financial Administration Act*. The use of "includes" in a definition amplifies or extends the ordinary meaning of the term being defined. The term "public money" has been enlarged to include sums of money which might not otherwise come within the ordinary meaning of that term. Therefore *Financial Administration Act*, sections 17, 18, 21 and 26 apply to the plaintiff's pension funds which were administered by the Crown. While that Act requires that all public money be credited to the Receiver General (section 17), it does not require that interest be paid on public money which has been received for a special purpose and paid into the Consolidated Revenue Fund (subsection 21(2)) in contrast to Indian moneys held in the Consolidated Revenue Fund (*Indian Act*, subsection 61(2)).

Nothing in the *Pension Act* or in the various Regulations referred to by counsel requires the Department of Veterans Affairs to invest pension funds that it administers and to pay interest thereon when the money is handed over to someone else for administrative purposes. The Regulations are permissive. The power of the Minister of Finance to invest public money in securities pursuant to subsection 18(2) of the *Financial*

*Jugement*: l'action devrait être rejetée.

(1) L'État n'a pas d'obligation fiduciaire envers le demandeur au sens où l'on entend ce terme en droit privé. La jurisprudence relative aux «fiducies politiques» démontre que l'existence d'une simple directive légale donnée à des fonctionnaires de la Couronne d'administrer une somme d'argent au profit de personnes désignées n'implique pas nécessairement l'existence d'une relation fiduciaire entre les deux parties. L'obligation légale d'administrer la pension du demandeur à son profit impose une obligation administrative ou gouvernementale d'administrer les prestations de pension, mais pas une fiducie. La *Loi sur les pensions* établit un système législatif global de prestations, qui prévoit le paiement de pensions et d'allocations. La Loi n'a pas pour objet de constituer une fiducie en faveur des pensionnés, mais plutôt d'accorder des prestations aux membres des Forces canadiennes qui ont fait leur service militaire. L'octroi d'une prime de démobilisation à un officier militaire dépend, de par sa nature même, de la générosité de la Couronne et on ne peut poursuivre cette dernière pour obtenir le recouvrement de cette prime. De plus, les éléments constitutifs de la fiducie ne se retrouvent pas dans la *Loi sur les pensions*: celle-ci n'exprime pas d'intention expresse de constituer une fiducie pour les pensionnés et l'existence d'une telle fiducie ne peut être déduite implicitement. Le libellé du paragraphe 41(1) ne constitue pas des mots portant disposition et certitude quant à l'obligation, comme il est exigé dans le cas des fiducies dont on peut obtenir l'exécution forcée par les voies de justice.

Il y a lieu d'établir une distinction avec l'obligation fiduciaire de la Couronne en ce qui concerne les terres des Indiens détenues dans des réserves. Même si le paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Indiens* ressemble au paragraphe 41(1) de la *Loi sur les pensions*, la Cour suprême a pris soin de souligner, dans l'arrêt *Guerin*, que c'était le caractère spécial du titre des Indiens sur leurs terres qui créait l'obligation fiduciaire, et non le paragraphe 18(1).

(2) Comme les prestations ont été reçues en vertu du paragraphe 41(1) de la *Loi sur les pensions*, elles sont des «fonds publics» au sens de la définition de la *Loi sur la gestion des finances publiques*. L'emploi du mot «comprend» dans une définition sert à élargir ou à étendre le sens ordinaire du terme que l'on définit. L'expression «fonds publics» a été élargie pour englober des sommes d'argent qui ne répondraient pas autrement au sens courant de cette expression. Par conséquent, les articles 17, 18, 21 et 26 de la *Loi sur la gestion des finances publiques* s'appliquent aux prestations de pension qui étaient administrées par la Couronne. Bien qu'elle exige que tous les fonds publics soient déposés au crédit du receveur général (article 17), la Loi n'oblige pas à verser des intérêts sur les fonds publics qui ont été reçus à une fin spéciale et qui ont été versés au Trésor (paragraphe 21(2)) par opposition à l'argent des Indiens détenu au Trésor (paragraphe 61(2) de la *Loi sur les Indiens*).

Aucune des dispositions de la *Loi sur les pensions* ou des divers règlements cités par l'avocat n'oblige le ministère des Anciens combattants à placer les prestations de pension qu'il administre et à verser de l'intérêt sur les prestations en question lorsque l'argent est remis à quelqu'un d'autre pour qu'il l'administre. Les règlements sont facultatifs. Le pouvoir qu'a le ministre des Finances de placer des fonds publics dans des titres



*Administration Act* is discretionary. Finally, *Pensions Act*, section 31, indicates some limitation on the right of a deceased pensioner's estate to claim benefits. They leave the Commission a wide discretion as to their distribution and even provide that, absent an order of the Commission, no benefits shall be paid. This would not be consonant with a fiduciary obligation.

(3) Even if the Crown had a fiduciary duty to invest the pension funds, the doctrine of equitable set-off, which is consonant with the obligations of trustees and fiduciaries, would apply with respect to the hospitalization expenses provided by the Crown for the benefit of the plaintiff over the past 45 years. A trustee is entitled at common law to be indemnified for expenses which are reasonably and properly incurred on behalf of a trust. The plaintiff's case rests on equity. Equitable principles cannot be selectively applied so as to create harsh or oppressive results. While hospitalization expenses and pension benefits arise from different statutes, they have their root in the authority conferred by the Appropriations Acts adopted by Parliament from year to year. They are all public funds in the hands of the Crown, which in that sense is the trustee for all the taxpayers.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Department of Veterans Affairs Act*, R.S.C., 1985, c. V-1.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 36.  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 1711.  
*Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11, ss. 2, 17, 18(2), 20(3), 21(2), 26, 37.  
*Guardianship of Veterans' Property Regulations*, C.R.C., c. 1579.  
*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 18(1), 61(2).  
*Pension Act*, R.S.C. 1927, c. 157, s. 11.  
*Pension Act*, R.S.C., 1985, c. P-6, ss. 21(1), 31 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 12, s. 6), 35(1), 41(1), 72(1).  
*Receipt and Deposit of Public Money Regulations*, C.R.C., c. 728.  
*Repayment of Receipts Regulations*, C.R.C., c. 729.  
*Revenue Trust Account Regulations*, C.R.C., c. 730.  
*Veterans Care Regulations*, SOR/84-709.  
*Veterans Treatment Regulations*, C.R.C., c. 1585.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Nova, An Alberta Corporation v. Amoco Canada Petroleum Co. Ltd. et al.*, [1981] 2 S.C.R. 437; (1981),

en vertu du paragraphe 18(2) de la *Loi sur la gestion des finances publiques* est discrétionnaire. Finalement, l'article 31 de la *Loi sur les pensions* fixe une certaine limite au droit de la succession d'un pensionné de réclamer des prestations. Ils laissent à la Commission un pouvoir discrétionnaire étendu quant à leur distribution et prévoient même que, faute d'un ordre de la Commission, aucune prestation n'est versée. Cela ne s'accorde pas avec l'existence d'une obligation fiduciaire.

(3) Même si la Couronne avait une obligation fiduciaire de placer les prestations de pension, la théorie de la compensation reconnue en *equity*, théorie qui s'accorde avec les obligations des fiduciaires et des confidés, s'appliquerait en ce qui concerne les frais d'hospitalisation fournis par la Couronne au profit du demandeur au cours des 45 dernières années. Le fiduciaire a le droit en *common law* d'être indemnisé des dépenses qu'il a engagées de façon raisonnable et légitime pour le compte de la fiducie. La thèse du demandeur repose sur l'*equity*. Les principes de l'*equity* ne peuvent être appliqués sélectivement pour créer des résultats sévères ou oppressifs. Bien que les frais d'hospitalisation et les prestations de pension découlent de lois différentes, ils tirent leur origine du pouvoir que confèrent la Loi de crédits que le Parlement adopte chaque année. Ce sont tous des fonds publics qui se trouvent entre les mains de la Couronne, laquelle peut être considérée, en ce sens, comme la fiduciaire de l'ensemble des contribuables.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 36.  
*Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), chap. F-11, art. 2, 17, 18(2), 20(3), 21(2), 26, 37.  
*Loi sur le ministère des Anciens combattants*, L.R.C. (1985), chap. V-1.  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), chap. I-5, art. 18(1), 61(2).  
*Loi sur les pensions*, S.R.C. 1927, chap. 157, art. 11.  
*Loi sur les pensions*, L.R.C. (1985), chap. P-6, art. 21(1), 31 (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), chap. 12, art. 6), 35(1), 41(1), 72(1).  
*Règlement sur la curatelle des biens des anciens combattants*, C.R.C., chap. 1579.  
*Règlement sur la réception et le dépôt des deniers publics*, C.R.C., chap. 728.  
*Règlement sur le remboursement des recettes*, C.R.C., chap. 729.  
*Règlement sur les comptes en fiducie de revenu*, C.R.C., chap. 730.  
*Règlement sur le soin des anciens combattants*, DORS/84-709.  
*Règlement sur le traitement des anciens combattants*, C.R.C., chap. 1585.  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663, Règle 1711.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Nova, An Alberta Corporation c. Amoco Canada Petroleum Co. Ltd. et autres*, [1981] 2 R.C.S. 437; (1981), 32

32 A.R. 613; 128 D.L.R. (3d) 1; [1981] 6 W.W.R. 391; 38 N.R. 381.

## DISTINGUISHED:

*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; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1.

## CONSIDERED:

*Kinloch v. Secretary of State for India in Council* (1882), 7 App. Cas. 619 (H.L.); *Tito v. Wadell* (No. 2), [1977] Ch. 106; *Hereford Railway Co. v. The Queen* (1894), 24 S.C.R. 1; *Rustomjee v. The Queen*, [1876] 1 Q.B.D. 487; [1876] 2 Q.B.D. 69 (C.A.); *Québec, Montreal and Southern Railway Company v. The King* (1914), 15 Ex.C.R. 237; 20 D.L.R. 987; *Thomas v. The King*, [1928] Ex.C.R. 26; [1928] 2 D.L.R. 535; *Worrall v. Harford* (1802), 8 Ves. Jun. 4; 32 E.R. 250 (H.C. of Ch.); *Williams v. Wentworth* (1842), 5 Beav. 325; 49 E.R. 603 (Ch.); *Payne v. Evens* (1874), 18 L.R. Eq. 356.

## AUTHORS CITED

Weinrib, Ernest J. "The Fiduciary Obligation" (1975), 25 *U.T.L.J.* 1.

## COUNSEL:

*William S. Klym and Teresa J. Glod* for plaintiff.  
*Duff F. Friesen, Q.C. and Audrey J. Nowack* for defendant.

## SOLICITORS:

*Cook Snowdon*, Calgary, for plaintiff.  
*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

JOYAL J.: This is an action, instituted by the plaintiff as a class action, claiming an accounting by the Crown with respect to an accumulation of war veteran's pension funds administered by the Crown on the plaintiff's behalf over the period 1946 to 1986. The plaintiff also claims damages for the Crown's breach of its fiduciary duty in the administration of these funds.

At the opening of the trial, counsel agreed that the Court should only deal with the alleged breach

A.R. 613; 128 D.L.R. (3d) 1; [1981] 6 W.W.R. 391; 38 N.R. 381.

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*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; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1.

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Kinloch v. Secretary of State for India in Council* (1882), 7 App. Cas. 619 (H.J.); *Tito v. Wadell* (No. 2), [1977] Ch. 106; *Hereford Railway Co. v. The Queen* (1894), 24 R.C.S. 1; *Rustomjee v. The Queen*, [1876] 1 Q.B.D. 487; [1876] 2 Q.B.D. 69 (C.A.); *Québec, Montreal and Southern Railway Company v. The King* (1914), 15 R.C.É. 237; 20 D.L.R. 987; *Thomas v. The King*, [1928] R.C.É. 26; [1928] 2 D.L.R. 535; *Worrall v. Harford* (1802), 8 Ves. Jun. 4; 32 E.R. 250 (H.C. of Ch.); *Williams v. Wentworth* (1842), 5 Beav. 325; 49 E.R. 603 (Ch.); *Payne v. Evens* (1874), 18 L.R. Eq. 356.

## DOCTRINE

Weinrib, Ernest J. «The Fiduciary Obligation» (1975), 25 *U.T.L.J.* 1.

## AVOCATS:

*Willian S. Klym et Teresa J. Glod* pour le demandeur.  
*Duff F. Friesen, c.r. et Audrey J. Nowack* pour la défenderesse.

## PROCUREURS:

*Cook Snowdon*, Calgary, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour la défenderesse.

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

LE JUGE JOYAL: Il s'agit d'une action, qui a été intentée par le demandeur sous forme de recours collectif, par laquelle on demande à la Couronne de rendre compte des prestations de pension d'ancien combattant qu'elle a accumulées et administrées pour le compte du demandeur entre 1946 et 1986. Le demandeur réclame également des dommages-intérêts pour le manquement à ses obligations fiduciaires que la Couronne aurait commis en administrant les prestations en question.

À l'ouverture du procès, les avocats ont convenu que la Cour ne devait examiner que la question du

of trust, namely whether or not the Crown had a duty to invest the pension funds under its administration and thereby provide a fair return on these funds as they accumulated.

It was also recognized that plaintiff's counsel was being instructed by Sandra Keats, a niece of the plaintiff and litigation guardian for purposes of the action. Since 1986, Sandra Keats has been administering the funds on her uncle's behalf, having been appointed by the Canadian Pension Commission for that purpose.

### THE FACTS

The facts are not in dispute and were the subject of an agreement by the parties. A recital of these facts follows.

The plaintiff served in the Canadian Armed Forces in Canada from the date of his enlistment in September, 1939 to September, 1940 and then in England from September, 1940 to March, 1941, when he was diagnosed as having the condition schizophrenia. As a result, he was discharged from the Canadian Armed Forces on April 8, 1941 on medical grounds. Prior and subsequent to the plaintiff's discharge from the Armed Forces in 1941, he was hospitalized for various periods of time. On May 19, 1949, he was confined to what is now called the Psychiatric Institute, Victoria Hospital Corporation in London, Ontario. He has been confined in that institution since that time.

On May 8, 1941, the Canadian Pension Commission ruled under section 11 of the *Pension Act*, R.S.C. 1927, c. 157, that the plaintiff's condition existed prior to his enlistment and was not aggravated by his service in the Active Force. In a further decision of the Commission dated July 16, 1941, it was stated that the schizophrenia was a pre-enlistment condition wilfully concealed on enlistment, which progressed during the plaintiff's service. The Commission ruled that the schizophrenic condition was aggravated two-fifths during the plaintiff's service in England.

manquement présumé à la fiducie, c'est-à-dire la question de savoir si la Couronne avait ou non l'obligation de placer les prestations de pension qu'elle administrait et d'en obtenir de ce fait un rendement raisonnable au fur et à mesure qu'elles s'accumulaient.

Il a également été reconnu que l'avocat du demandeur recevait ses instructions de Sandra Keats, qui est la nièce du demandeur et qui est tutrice à la présente instance. Depuis 1986, Sandra Keats administre les prestations pour le compte de son oncle, ayant été désignée à cette fin par la Commission canadienne des pensions.

### LES FAITS

Les faits ne sont pas contestés et ont fait l'objet d'un accord entre les parties. Voici la relation de ces faits.

Le demandeur a servi dans les Forces armées canadiennes d'abord au Canada, à compter de la date de son enrôlement en septembre 1939, jusqu'en septembre 1940, puis en Angleterre, de septembre 1940 à mars 1941, alors qu'on a diagnostiqué une schizophrénie. Par conséquent, il a été démobilisé le 8 avril 1941 pour des raisons médicales. Avant et après sa démobilisation en 1941, il a été hospitalisé pendant diverses périodes de temps. Le 19 mai 1949, il a été interné dans ce qui est maintenant connu sous le nom de Psychiatric Institute, Victoria Hospital Corporation, à London, en Ontario. Il est interné dans cet établissement depuis cette date.

Le 8 mai 1941, la Commission canadienne des pensions a statué, en vertu de l'article 11 de la *Loi sur les pensions*, S.R.C. 1927, chap. 157, que l'affection dont souffre le demandeur était antérieure à son enrôlement et qu'elle n'avait pas été aggravée au cours de son service militaire. Dans une autre décision datée du 16 juillet 1941, la Commission a statué que la schizophrénie était une affection d'origine antérieure à l'enrôlement et qu'elle avait été délibérément dissimulée lors de l'enrôlement et avait progressé au cours du service militaire du demandeur. La Commission a statué que la schizophrénie avait été aggravée dans la proportion de deux cinquièmes au cours du service militaire du demandeur en Angleterre.

On December 10, 1942, the Commission approved a recommendation for pension award dated December 4 and decided that, effective from his discharge from treatment on August 19, 1942, a disability pension of \$30 a month would be paid to the plaintiff pursuant to section 11 of the Act (now subsections 21(1) and 35(1) [R.S.C., 1985, c. P-6]), to be calculated at the rate of 40% of the maximum entitlement. It was decided on December 23, 1942 that, by reason of the plaintiff's incapacity, all pension payments would be paid to the plaintiff's mother for administration.

However, by a decision of the Commission dated July 19, 1943, the plaintiff's pension was suspended as of July 7, 1943 during his period of treatment. On October 4, 1946, the Commission decided to reinstate the plaintiff's pension with the payments to be issued to the Department of Veterans Affairs for administration. On August 31, 1948, the Commission decided to award an additional amount of \$7.60 per month, effective May 1, 1948, as a dependant's allowance for the plaintiff's mother.

Then on February 2, 1950, the Commission ruled pursuant to paragraph 11(1)(c) (now paragraph 21(1)(c)) of the Act that the pre-enlistment condition of schizophrenia was not obvious or recorded on enlistment and was aggravated during service in a theatre of war. Thus, the plaintiff was awarded a pension for the entire disability, effective 12 months prior to the date of this ruling. As a result, from February 2, 1949 to the present, the Crown has continued to pay to the plaintiff a pension at the rate of 100% of the maximum entitlement. The pension currently being paid to the plaintiff is \$1,293.75 per month. Furthermore, the *Pension Act* was amended in 1971 and as a result, the plaintiff became entitled to and received an additional allowance, known as an Exceptional Incapacity Allowance, pursuant to subsection 57(1) [as am. by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 22, s. 28] (now subsection 72(1)) of the Act. This allowance is now at the rate of \$228.30 monthly.

Le 10 décembre 1942, une recommandation faite le 4 décembre en vue d'accorder une pension au demandeur a été approuvée par la Commission, qui a décidé qu'à compter de la date de la fin de son traitement, le 19 août 1942, une pension d'invalidité de 30 \$ par mois serait versée au demandeur conformément à l'article 11 de la Loi (maintenant les paragraphes 21(1) et 35(1) [L.R.C. (1985), chap. P-6]), et qu'elle serait calculée à un taux équivalant à 40 % de l'invalidité entière. Le 23 décembre 1942, il a été décidé qu'à cause de l'incapacité du demandeur, tous les paiements de pension seraient faits à la mère du demandeur, qui serait chargée de les administrer.

Cependant, par une décision rendue par la Commission le 19 juillet 1943, la pension du demandeur a été discontinuée à compter du 7 juillet 1943 pendant sa période de traitement. Le 4 octobre 1946, la Commission a décidé de rétablir le paiement de la pension du demandeur et de la remettre au ministère des Anciens combattants pour qu'il l'administre. Le 31 août 1948, la Commission a décidé d'accorder un montant supplémentaire de 7,60 \$ par mois à la mère du demandeur à compter du 1<sup>er</sup> mai 1948, à titre d'allocation de personne à charge.

Par la suite, le 2 février 1950, la Commission a statué, en vertu de l'alinéa 11(1)c) (maintenant l'alinéa 21(1)c)) de la Loi que la schizophrénie d'origine antérieure à l'enrôlement n'était pas évidente et n'avait pas été consignée au moment de l'enrôlement et qu'elle avait été aggravée pendant le service du demandeur sur un théâtre réel de guerre. Le demandeur s'est donc vu accorder une pension pour la totalité de son invalidité avec effet rétroactif 12 mois avant la date de cette décision. Par conséquent, depuis le 2 février 1949, la Couronne verse au demandeur une pension calculée à un taux équivalant à 100 % de l'invalidité entière. La pension qui est actuellement payée au demandeur est de 1 293,75 \$ par mois. Par ailleurs, la *Loi sur les pensions* a été modifiée en 1971 de sorte que le demandeur a maintenant droit, en vertu du paragraphe 57(1) [mod. par S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 22, art. 28] (maintenant le paragraphe 72(1)) de la Loi, à une allocation supplémentaire connue sous le nom d'allocation d'incapacité exceptionnelle. Cette allocation est maintenant de 228,30 \$ par mois.

From October 4, 1946 until December, 1986, the plaintiff's pension and allowances were issued to the Department of Veterans Affairs for administration, pursuant to a direction of the Commission under section 16 (now subsection 41(1)) of the *Pension Act*. During this time, the Department deposited all the monies to the credit of the Receiver General pursuant to section 17 of the *Financial Administration Act*, now R.S.C., 1985, c. F-11, and the preceding legislation. These funds were held at the district office until 1972 when the Commission ordered that the bulk of the accumulated monies be transferred to a Head Office Pension Administered Fund with the remainder to stay at the district office.

It was on September 22, 1986, that the Commission authorized the release of the total accumulated pension credits to the plaintiff's niece, Sandra Keats, for administration. These credits were released to Ms. Keats in instalments, the first in October, 1986 in the amount of \$34,028.52, representing the complete balance held in the district office and the second in December, 1986 in the amount of \$157,822.79, representing the complete balance held in the Head Office Pension Administered Fund. These amounts represented the principal sums of the plaintiff's total accumulated pension credits.

Ms. Keats then requested an accounting of the plaintiff's funds and this was done by the defendant so far as was possible on the basis of available documentation and information. The accounting which was given indicated the opening fiscal year balances from April, 1956 to December, 1986 and the minimum monthly balances from January, 1970 to December, 1986.

During the period in which the Department administered the funds, the Commission authorized three payments to the plaintiff's mother out of the plaintiff's account to help defray the costs of her visits to the plaintiff in 1955, 1960 and 1964. There were also other payments from time to time to enable the plaintiff to take holidays and excursions.

À compter du 4 octobre 1946 jusqu'au mois de décembre 1986, la pension et les allocations du demandeur ont été remises au ministère des Anciens combattants pour qu'il les administre conformément à l'ordre donné par la Commission en vertu de l'article 16 (maintenant le paragraphe 41(1)) de la *Loi sur les pensions*. Pendant cette période, le Ministère a déposé toutes les prestations au crédit du receveur général conformément à l'article 17 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, maintenant L.R.C. (1985), chap. F-11, et la loi qu'elle a remplacée. Ces prestations ont été détenues au bureau de district jusqu'en 1972, année où la Commission a ordonné que la plus grande partie des sommes accumulées soient transférées au Fonds de pension administré en fiducie à l'Administration centrale et que le reste soit conservé au bureau de district.

Le 22 septembre 1986, la Commission a autorisé la remise à la nièce du demandeur, Sandra Keats, de tous les crédits de pension accumulés pour qu'elle les administre. Ces crédits ont été remis à M<sup>me</sup> Keats par versements échelonnés. On lui a fait en octobre 1986 un premier versement de 34 028,52 \$, qui représentait le solde intégral détenu au bureau de district, et un second versement en décembre 1986, au montant de 157 822,79 \$, qui représentait le solde intégral conservé dans le Fonds de pension administré en fiducie à l'Administration centrale. Ces sommes représentent le capital du total des crédits de pension accumulés du demandeur.

M<sup>me</sup> Keats a ensuite demandé qu'on lui rende compte des prestations du demandeur. La défenderesse a accédé à cette demande dans la mesure du possible en se servant des documents et des renseignements disponibles. Le compte rendu qui a été présenté faisait état du solde d'ouverture des exercices écoulés entre avril 1956 et décembre 1986 et du solde mensuel minimal entre janvier 1970 et décembre 1986.

Pendant la période au cours de laquelle le Ministère a administré les prestations, la Commission a autorisé trois paiements à la mère du demandeur sur le compte de ce dernier pour la défrayer de ses visites au demandeur en 1955, 1960 et 1964. D'autres versements ont également été faits à l'occasion pour permettre au demandeur

sions and for sundry expenses relating to the plaintiff's personal comforts.

In addition to paying the above-mentioned pensions and allowances, the Crown, under the authority of the *Veterans Treatment Regulations*, C.R.C., c. 1585, the *Veterans Care Regulations*, P.C. 1984-2971 [SOR/84-709], and the regulations or legislation that preceded them, has also paid for the domiciliary care conferred on the plaintiff from about the time he became confined to the hospital to the present time. In fact, Her Majesty is currently paying to the hospital \$169 per diem in respect of and for the benefit of the plaintiff. The parties have agreed that the value of the benefits conferred on the plaintiff by way of domiciliary care and otherwise, from the time of his hospitalization until the present time, exceeds the value of the interest that would have been earned on the plaintiff's funds, had these funds been invested in interest-bearing securities.

### THE ISSUES

The present action raises several substantive and procedural issues which, in accordance with the agreement of the parties, may be summarized as follows:

1. Was the Crown in fact a trustee for the plaintiff during the forty years that it administered his pension funds, and if so, did it fulfil all the duties incumbent upon a trustee?
2. Was the Crown unjustly enriched by the use of the plaintiff's funds such that it must now account to the plaintiff for the profits thereby earned?
3. Does the plaintiff have a cause of action, given section 36 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], which states that in the absence of a contract or of a statute providing for payment of interest by the Crown, this Court shall not allow interest on any sum of money it considers to be due to the claimant?

To the best of my knowledge and that of counsel, this is the first time that a court has been faced with a claim of this nature. The circumstances of

de prendre des vacances et de faire des excursions, et pour des frais divers se rapportant aux besoins personnels du demandeur.

En plus de verser les pensions et allocations susmentionnées, la Couronne a également payé, en vertu du *Règlement sur le traitement des anciens combattants*, C.R.C., 1978, chap. 1585, du *Règlement sur le soin des anciens combattants*, C.P. 1984-2971 [DORS/84-709], et des règlements et lois qui les ont précédés, le coût des soins en hébergement du demandeur à compter de la date de son hospitalisation jusqu'à maintenant. En fait, Sa Majesté paie en ce moment des frais quotidiens de 169 \$ à l'hôpital à l'égard du demandeur et à son profit. Les parties conviennent que la valeur des avantages qui ont été accordés au demandeur sous forme notamment de soins d'hébergement depuis la date de son hospitalisation jusqu'à maintenant excède la valeur de l'intérêt que les prestations du demandeur auraient produit, si ces prestations avaient été placées dans des titres portant intérêt.

### LES QUESTIONS EN LITIGE

La présente action soulève plusieurs questions de fond et de forme qui, conformément à l'entente intervenue entre les parties, peuvent être résumées de la façon suivante:

1. La Couronne était-elle en fait fiduciaire du demandeur pendant les quarante années au cours desquelles elle a administré ses prestations de pension et, dans l'affirmative, a-t-elle rempli toutes les obligations qui incombent à un fiduciaire?
2. La Couronne s'est-elle enrichie sans cause par l'usage qu'elle a fait des prestations du demandeur de sorte qu'elle doit maintenant rendre compte au demandeur des profits qu'elle a de ce fait réalisés?
3. Le demandeur a-t-il un droit de recours, compte tenu de l'article 36 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7], qui déclare que la Cour ne peut accorder d'intérêt sur aucune des sommes qu'elle estime être dues au demandeur, sauf si une clause d'un contrat y pourvoit expressément ou si une disposition législative en prévoit le paiement par la Couronne?

Autant que je sache et autant que les avocats le sachent, c'est la première fois qu'un tribunal est saisi d'une demande de cette nature. Les circons-

the case are novel; the principles which are sought to be applied are not.

### THE PLAINTIFF'S CASE

The plaintiff's case rests substantially on two grounds. The first is that the framework of the legislation concerning war veterans' pensions and allowances is such that the Crown is a trustee, or at the very least, a fiduciary with respect to the plaintiff and other mentally ill pensioners whose pensions it administers. The other ground is that the Crown has a statutory duty to pay interest on the funds in that these funds are not "public" moneys within the meaning of the *Financial Administration Act*.

For purposes of this case, it might be wise to consider these grounds individually.

### FIDUCIARY DUTY OR TRUST

Plaintiff's counsel sees in the legislative scheme relating to veterans that the Crown must be held to a strict standard of conduct that is required of trustees and fiduciaries. One such duty is to invest moneys under administration so that a reasonable return may be earned. This the Crown has not done. The Crown is therefore in breach of its duty and it must now be called to account by way of damages for the loss suffered over the forty-year period 1946-1986.

Plaintiff's counsel says that subsection 41(1) of the *Pension Act*<sup>1</sup> is the source of the fiduciary duty owed to the plaintiff. The section reads as follows:

41. (1) Where it appears to the Commission that a pensioner is

- (a) by reason of infirmity, illness or other cause, incapable of managing his own affairs, or
- (b) not maintaining any person that he has a legal obligation to maintain,

the Commission may direct that the pension payable to the pensioner be administered for the benefit of the pensioner or any person that the pensioner has a legal obligation to maintain, or both, by the Commission, the Department or a person or agency selected by the Commission. [Underline mine.]

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. P-6.

tances de l'affaire sont nouvelles; les principes qu'on tente d'appliquer ne le sont pas.

### THÈSE DU DEMANDEUR

a Le demandeur invoque essentiellement deux moyens au soutien de son action. Il prétend tout d'abord qu'il ressort de l'économie de la loi concernant les pensions et les allocations versées aux anciens combattants que la Couronne agit comme b fiduciaire, ou à tout le moins comme confidé, à l'égard du demandeur et des autres pensionnés malades mentaux dont elle administre les pensions. Il soutient aussi que la Couronne est tenue de par la loi de verser des intérêts sur les prestations car celles-ci ne sont pas des fonds «publics» au sens de la *Loi sur la gestion des finances publiques*. c

Pour les besoins de la présente affaire, il serait d peut-être sage d'examiner ces moyens individuellement.

### OBLIGATION FIDUCIAIRE OU FIDUCIE

Suivant l'avocat du demandeur, l'économie de la loi concernant les anciens combattants astreint la Couronne à la norme de conduite très stricte qui est exigée des fiduciaires et des confidés. Une des ces obligations consiste à placer l'argent qu'ils administrent de manière à en obtenir un rendement raisonnable. Or la Couronne ne l'a pas fait. La Couronne a donc manqué à son obligation et elle doit maintenant en rendre compte en versant des dommages-intérêts pour le préjudice subi pendant la période de quarante ans qui s'est écoulée e entre 1946 et 1986. f g

L'avocat du demandeur affirme que l'obligation fiduciaire à laquelle Sa Majesté est tenue envers le demandeur découle du paragraphe 41(1) de la *Loi sur les pensions*<sup>1</sup>, dont voici le libellé: h

41. (1) Lorsqu'il paraît évident à la Commission qu'un pensionné:

- a) soit est incapable de gérer ses propres affaires, en raison de son infirmité, de sa maladie ou pour une autre cause;
- b) soit n'entretient pas une personne qu'il a l'obligation juridique d'entretenir;

i la Commission peut ordonner que la pension payable au pensionné soit administrée au profit du pensionné ou de toute personne qu'il a l'obligation juridique d'entretenir ou au profit des deux à la fois, par la Commission, le ministère ou une personne ou un organisme choisi par la Commission. [C'est moi qui souligne.] j

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), chap. P-6.

Counsel argues that the statutory obligation to administer the pension funds creates a trust in the plaintiff's favour. Counsel relies in this respect on the decision of the Supreme Court of Canada in the celebrated case of *Guerin et al. v. The Queen et al.*<sup>2</sup> where the Court held that the Crown was subject to a fiduciary duty respecting Indian lands held in reserves. Counsel states that the Crown is under a similar obligation with respect to pensioners' funds. Counsel notes in particular that the wording of subsection 18(1) of the *Indian Act*<sup>3</sup> is practically identical to that of subsection 41(1) of the *Pension Act*. Subsection 18(1) reads as follows:

18. (1) Subject to this Act, reserves are held by Her Majesty for the use and benefit of the respective bands for which they were set apart and subject to this Act and to the terms of any treaty or surrender, the Governor in Council may determine whether any purpose for which lands in a reserve are used or are to be used is for the use and benefit of the band.

According to counsel for the plaintiff, the same obligation is imposed upon the defendant in the present case by subsection 41(1) of the *Pension Act*. The Crown did not have an unfettered discretion to determine whether or not it would invest the plaintiff's pension and it could not transfer the plaintiff's pension money to the Consolidated Revenue Fund for its own benefit. The Crown was subject to the strict standards that govern any trustee's conduct.

With respect, I think it is dangerous to leap to such conclusions. Counsel for the plaintiff seems to place much reliance on the wording of subsection 18(1) of the *Indian Act*, while failing to consider that, in *Guerin, supra*, the Supreme Court repeated several times that it was the special nature of Indian title in the land that created the fiduciary obligation on the part of the Crown. That interest was said to be independent of any statutory rights and to have existed long before being recognized in the *Indian Act*.

For example, according to Mr. Justice Dickson, as he then was, at page 376:

<sup>2</sup> [1984] 2 S.C.R. 335.

<sup>3</sup> R.S.C., 1985, c. 1-5.

L'avocat soutient que l'obligation légale d'administrer les prestations de pension crée une fiducie en faveur du demandeur. L'avocat invoque à cet égard l'arrêt célèbre *Guerin et autres c. La Reine et autre*<sup>2</sup> de la Cour suprême du Canada, dans lequel la Cour a statué que la Couronne était assujettie à une obligation fiduciaire en ce qui concerne les terres des Indiens détenues dans des réserves. L'avocat affirme que la Couronne est assujettie à une obligation semblable en ce qui concerne les prestations des pensionnés. L'avocat signale en particulier que le libellé du paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Indiens*<sup>3</sup> est pratiquement identique à celui du paragraphe 41(1) de la *Loi sur les pensions*. Le paragraphe 18(1) est ainsi conçu:

18. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, Sa Majesté détient des réserves à l'usage et au profit des bandes respectives pour lesquelles elles furent mises de côté; sous réserve des autres dispositions de la présente loi et des stipulations de tout traité ou cession, le gouverneur en conseil peut décider si tout objet, pour lequel des terres dans une réserve sont ou doivent être utilisées, se trouve à l'usage et au profit de la bande.

Selon l'avocat du demandeur, la même obligation est imposée à la défenderesse en l'espèce par le paragraphe 41(1) de la *Loi sur les pensions*. La Couronne n'avait pas le pouvoir discrétionnaire illimité de décider si elle placerait ou non la pension du demandeur et elle ne pouvait transférer les prestations de pension du demandeur dans le Trésor à son propre avantage. La Couronne était assujettie aux normes strictes qui régissent la conduite de tout fiduciaire.

En toute déférence, j'estime qu'il est dangereux de tirer hâtivement de telles conclusions. L'avocat du demandeur semble tabler beaucoup sur le libellé du paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Indiens* tout en omettant de tenir compte du fait que dans l'arrêt *Guerin* (précité), la Cour suprême a répété à plusieurs reprises que c'était le caractère spécial du titre des Indiens sur leurs terres qui créait l'obligation fiduciaire qui incombait à la Couronne. Ce droit était indépendant de tout droit d'origine législative et existait longtemps avant d'être reconnu par la *Loi sur les Indiens*.

Ainsi, suivant le juge Dickson (qui n'était pas encore juge en chef), à la page 376:

<sup>2</sup> [1984] 2 R.C.S. 335.

<sup>3</sup> L.R.C. (1985), chap. 1-5.



The fiduciary relationship between the Crown and the Indians has its roots in the concept of aboriginal, native or Indian title.

He was more specific at pages 378-379:

... Indian title is an independent legal right which, although recognized by the Royal Proclamation of 1763, nonetheless predates it. For this reason *Kinloch v. Secretary of State for India in Council*, *supra*; *Tito v. Waddell* (No. 2), *supra*, and the other "political trust" decisions are inapplicable to the present case. The "political trust" cases concerned essentially the distribution of public funds or other property held by the government. In each case the party claiming to be beneficiary under a trust depended entirely on statute, ordinance or treaty as the basis for its claim to an interest in the funds in question. The situation of the Indians is entirely different. Their interest in their lands is a pre-existing legal right not created by Royal Proclamation, by s. 18(1) of the *Indian Act*, or by any other executive order or legislative provision.

Counsel for the plaintiff also makes much of the comments by Mr. Justice Dickson, where he cited from Professor Ernest Weinrib ["The Fiduciary Obligation" (1975), 25 *U.T.L.J.* 1] at page 384, to the effect that "the hallmark of a fiduciary relation is that the relative legal positions are such that one party is at the mercy of the other's discretion", and concluded:

I make no comment upon whether this description is broad enough to embrace all fiduciary obligations. I do agree, however, that where by statute, agreement, or perhaps by unilateral undertaking, one party has an obligation to act for the benefit of another, and that obligation carries with it a discretionary power, the party thus empowered becomes a fiduciary. Equity will then supervise the relationship by holding him to the fiduciary's strict standard of conduct.

However, his conclusion in this respect must be read in conjunction with subsequent remarks at page 385:

It should be noted that fiduciary duties generally arise only with regard to obligations originating in a private law context. Public law duties, the performance of which requires the exercise of discretion, do not typically give rise to a fiduciary relationship. As the "political trust" cases indicate, the Crown is not normally viewed as a fiduciary in the exercise of its legislative or administrative function. The mere fact, however, that it is the Crown which is obligated to act on the Indians' behalf does not of itself remove the Crown's obligation from the

Le rapport fiduciaire entre Sa Majesté et les Indiens découle du concept du titre aborigène, autochtone ou indien.

Il a été plus précis aux pages 378 et 379:

... le titre indien est un droit qui a une existence juridique indépendante et qui, bien que reconnu dans la Proclamation royale de 1763, existait néanmoins avant celle-ci. C'est pourquoi les arrêts *Kinloch v. Secretary of State for India in Council* et *Tito v. Waddell* (N° 2), précités, ainsi que les autres décisions concernant les «fiducies politiques» ne s'appliquent pas en l'espèce. La jurisprudence en matière de «fiducies politiques» porte essentiellement sur la distribution de deniers publics ou d'autres biens détenus par le gouvernement. Dans chaque cas, la partie qui revendiquait le statut de bénéficiaire d'une fiducie s'appuyait entièrement sur une loi, une ordonnance ou un traité pour réclamer un droit sur les deniers en question. La situation des Indiens est tout à fait différente. Le droit qu'ils ont sur leurs terres est un droit, en *common law*, qui existait déjà et qui n'a été créé ni par la Proclamation royale, ni par le par. 18(1) de la *Loi sur les Indiens*, ni par aucune autre disposition législative ou ordonnance du pouvoir exécutif.

L'avocat du demandeur fait également grand cas du passage dans lequel le juge Dickson cite, à la page 384, les propos du professeur Ernest Weinrib [«The Fiduciary Obligation» (1975), 25 *U.T.L.J.* 1] suivant lesquels [TRADUCTION] «la marque distinctive d'un rapport fiduciaire réside dans le fait que la situation juridique relative des parties est telle que l'une d'elles se trouve à la merci du pouvoir discrétionnaire de l'autre», et il a conclu:

Je ne me prononce pas sur la question de savoir si cette description est de portée assez large pour comprendre toutes les obligations de fiduciaire. J'estime toutefois que, lorsqu'une loi, un contrat ou peut-être un engagement unilatéral impose à une partie l'obligation d'agir au profit d'une autre partie et que cette obligation est assortie d'un pouvoir discrétionnaire, la personne investie de ce pouvoir devient un fiduciaire. L'*equity* vient alors exercer un contrôle sur ce rapport en imposant à la personne en question l'obligation de satisfaire aux normes strictes de conduite auxquelles le fiduciaire est tenu de se conformer.

Il faut cependant rapprocher la conclusion qu'il a tirée à cet égard des remarques qu'il a formulées plus loin, à la page 385:

Il nous faut remarquer que, de façon générale, il n'existe d'obligations de fiduciaire que dans le cas d'obligations prenant naissance dans un contexte de droit privé. Les obligations de droit public dont l'acquiescement nécessite l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ne créent normalement aucun rapport fiduciaire. Comme il se dégage d'ailleurs des décisions portant sur les «fiducies politiques», on ne prête pas généralement à Sa Majesté la qualité de fiduciaire lorsque celle-ci exerce ses fonctions législatives ou administratives. Cependant, ce n'est

scope of the fiduciary principle. As was pointed out earlier, the Indians' interest in land is an independent legal interest. It is not a creation of either the legislative or executive branches of government. The Crown's obligation to the Indians with respect to that interest is therefore not a public law duty. While it is not a private law duty in the strict sense either, it is nonetheless in the nature of a private law duty. Therefore, in this *sui generis* relationship, it is not improper to regard the Crown as a fiduciary. [Underline mine.]

Madam Justice Wilson also noted that the fiduciary obligation owed by the Crown to the Indians in *Guerin* "had its roots in the aboriginal title of Canada's Indians" and that, at pages 348 and 352:

... s. 18 does not *per se* create a fiduciary obligation in the Crown with respect to Indian reserves . . . .

It seems to me that the "political trust" line of authorities is clearly distinguishable from the present case because Indian title has an existence apart altogether from s. 18(1) of the *Indian Act*.

Thus, I think it is clear from the *Guerin* decision that subsection 18(1) of the *Indian Act* was not the source of the fiduciary obligation owed to the Indians. Rather that source was the pre-existing *sui generis* aboriginal interest in the land. Section 18 merely acknowledges the fiduciary obligation which the Crown is deemed to owe to the Indians as a result of their unique and historical interest in reserve lands. It is on this very basis that both Mr. Justice Dickson and Madam Justice Wilson were able to distinguish between *Guerin* and the series of so-called "political trust" cases. Let us look now at what these political trust cases tell us.

In one of the first of these cases, *Kinloch v. Secretary of State for India in Council*,<sup>4</sup> the Queen had by Royal Warrant granted a war booty to the Secretary of State "in trust" for officers and men of the forces to be distributed by him as he determined. The appellant brought an action claiming an accounting of the money and seeking distribution of the residue of the booty. The House

<sup>4</sup> (1882), 7 App. Cas. 619 (H.L.).

pas parce que c'est à Sa Majesté qu'incombe l'obligation d'agir pour le compte des Indiens que cette obligation échappe à la portée du principe fiduciaire. Comme nous l'avons souligné plus haut, le droit des Indiens sur leurs terres a une existence juridique indépendante. Il ne doit son existence ni au pouvoir législatif ni au pouvoir exécutif. L'obligation qu'a Sa Majesté envers les Indiens en ce qui concerne ce droit n'est donc pas une obligation de droit public. Bien qu'il ne s'agisse pas non plus d'une obligation de droit privé au sens strict, elle tient néanmoins de la nature d'une obligation de droit privé. En conséquence, on peut à bon droit, dans le contexte de ce rapport *sui generis*, considérer Sa Majesté comme un fiduciaire. [Soulignements ajoutés.]

Madame le juge Wilson a également fait remarquer, dans l'arrêt *Guerin*, que l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers les Indiens «a sa source dans le titre aborigène des Indiens du Canada» et que, aux pages 348 et 352:

... l'art. 18 n'impose pas en soi à Sa Majesté une obligation de fiduciaire à l'égard des réserves indiennes . . .

Il me semble que la jurisprudence relative à la «fiducie politique» se distingue nettement de l'espèce parce que le titre indien existe tout à fait indépendamment du par. 18(1) de la *Loi sur les Indiens*.

Ainsi donc, je pense qu'il ressort à l'évidence de l'arrêt *Guerin* que l'obligation fiduciaire que Sa Majesté a envers les Indiens ne tire pas sa source du paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Indiens*, mais du droit *sui generis* que les autochtones possédaient déjà sur leurs terres. L'article 18 reconnaît simplement l'obligation fiduciaire que la Couronne est réputée avoir envers les Indiens par suite de leurs droits uniques et historiques sur les terres de leurs réserves. C'est à partir de ce principe même que le juge Dickson et le juge Wilson ont pu établir une distinction entre l'arrêt *Guerin* et la jurisprudence relative aux «fiducies politiques». Arrêtons-nous maintenant sur ce que nous apprend cette jurisprudence relative aux fiducies politiques.

Dans l'une des premières affaires, l'affaire *Kinloch v. Secretary of State for India in Council*<sup>4</sup>, la Reine avait, par mandat royal, octroyé un butin de guerre au Secrétaire d'État «en fiducie» pour les officiers et les hommes des forces armées, à charge par le Secrétaire de le distribuer selon son gré. L'appelant avait intenté une action dans laquelle il réclamait une reddition de compte des sommes

<sup>4</sup> (1882), 7 App. Cas. 619 (H.L.).

of Lords decided that while a trust in the higher sense might have been created, there was no trust existing of a nature which could be enforced by the Court.

Likewise, in *Tito v. Waddell (No. 2)*,<sup>5</sup> Banabans claimed that by a 1928 Ordinance, a trust had been set up in their favour with respect to royalties obtained from phosphate extraction on their home island. The 1928 Ordinance provided in part that any moneys payable by way of royalty would be paid to the Resident Commissioner and would be held by him "in trust" on behalf of former owners of the land. This Ordinance was modified by the 1937 Ordinance, which omitted the reference to a trust and instead provided that moneys payable by way of royalty would be paid to the Resident Commissioner, who would [at page 183] "apply the same in such manner as the High Commissioner may from time to time direct to or for the benefit of the natives of the island". (Emphasis added.) Vice-Chancellor Megarry explained why the Crown had only a "governmental obligation", as opposed to a fiduciary obligation, towards the Banabans [at pages 228 and 230]:

I do not think that a statutory duty to administer money in a particular way can be said necessarily or even probably to impose a fiduciary obligation upon the person subjected to the duty. Many statutory duties exist without giving rise to any fiduciary obligation, and before such an obligation can arise I think that there must be something to show that the imposition of such an obligation was a matter of intention or implication.

If there is a fiduciary duty, the equitable rules about self-dealing apply; but self-dealing does not impose the duty. Equity bases its rules about self-dealing upon some pre-existing fiduciary duty; it is a disregard of this pre-existing duty that subjects the self-dealer to the consequences of the self-dealing rules. I do not think that one can take a person who is subject to no pre-existing fiduciary duty and then say that because he self-deals he is thereupon subjected to a fiduciary duty.

In a similar vein, Canadian courts have also been reluctant to impose fiduciary obligations upon the Crown in the exercise of its statutory

<sup>5</sup> [1977] Ch. 106.

d'argent et la distribution du reliquat du butin. La Chambre des lords a statué que, même si une fiducie au sens strict avait peut-être été créée, il n'existait pas de fiducie dont on pouvait obtenir a l'exécution en justice.

De même, dans l'arrêt *Tito v. Waddell (No. 2)*<sup>5</sup>, les Banabans prétendaient qu'aux termes d'une ordonnance de 1928, une fiducie avait été constituée en leur faveur relativement aux redevances obtenues à la suite de l'extraction de phosphate sur leur île natale. L'ordonnance de 1928 disposait notamment que les sommes payables sous forme de redevances seraient versées au commissaire résident, qui les détiendrait «en fiducie» pour le compte des anciens propriétaires du terrain. Cette ordonnance a été modifiée par l'ordonnance de 1937, qui ne parlait pas de fiducie mais plutôt du paiement des sommes d'argent payables sous forme de redevances au commissaire résident qui [TRADUCTION] «les affectera conformément aux directives du Haut Commissaire au profit des peuples autochtones de l'île.» (C'est moi qui souligne). Le vice-chancelier Megarry a expliqué pourquoi la Couronne avait seulement une «obligation gouvernementale» par opposition à une obligation fiduciaire envers les Banabans [aux pages 228 et 230]:

[TRADUCTION] Je ne pense pas qu'on puisse dire qu'une obligation légale d'administrer de l'argent d'une façon particulière impose nécessairement ni même probablement une obligation fiduciaire à la personne assujettie à l'obligation. De nombreuses obligations légales existent sans donner lieu à une obligation fiduciaire, et avant qu'une telle obligation ne soit créée, je pense qu'il doit y avoir quelque chose qui démontre que l'imposition d'une telle obligation était voulue ou que son existence était implicite.

S'il existe une obligation fiduciaire, les règles d'*equity* concernant les opérations internes s'appliquent; mais les opérations internes n'imposent pas l'obligation. L'*equity* fait reposer ses règles concernant les opérations internes sur une obligation fiduciaire préexistante; c'est la non-observation de cette obligation préexistante qui assujettit l'auteur de l'opération interne aux conséquences des règles relatives aux opérations internes. Je ne pense pas qu'on puisse dire d'une personne qui n'est assujettie à aucune obligation fiduciaire préexistante que parce qu'elle effectue des opérations internes elle est par conséquent assujettie à une obligation fiduciaire.

Dans le même ordre d'idées, les tribunaux canadiens se sont montrés hésitants à imposer des obligations fiduciaires à la Couronne lorsqu'elle

<sup>5</sup> [1977] Ch. 106.

discretion. In *Hereford Railway Co. v. The Queen*,<sup>6</sup> the appellant claimed a subsidy from the Lieutenant Governor for the completion of a railway line. The provisions in the statute upon which the railway company based its claim were worded as follows [at page 8]:

The Lieutenant Governor in Council is authorized to grant the following subsidies . . . .

and

It shall be lawful for the Lieutenant Governor in Council to grant a subsidy . . . .

Chief Justice Strong refused to imply the creation of an enforceable trust in favour of the appellant from these provisions [at page 13]:

The language of the act is permissive and facultative; it makes no direct grant to the railway company, but in using the words "it shall be lawful for the lieutenant governor to grant" it imports that the Crown is to exercise its discretion in paying over or withholding the money as it may think fit.

The Chief Justice then made reference to *Kinloch* and another English decision, *Rustomjee v. The Queen*,<sup>7</sup> and continued [at page 15]:

I see no reason why the principle of these cases should not apply here. If no enforceable trust is to be considered as imposed when money to be applied to a particular designated purpose is placed in the hands of the Crown under treaty or otherwise than by act of parliament, why should the conclusion be different where the money is granted by the legislature and its application is prescribed in such a way as to confer a discretion upon the Crown?

The same decision was reached in *Quebec, Montreal and Southern Railway Company v. The King*,<sup>8</sup> where Mr. Justice Audette called the railway construction subsidy a matter of bounty and grace on behalf of the Crown, creating no liability to pay the same [at page 250]:

Where there is a discretionary power, there is no legal remedy.

Thus, as these cases demonstrate, a mere statutory direction to officers of the Crown to administer a fund or sum of money for the benefit of designated persons does not necessarily imply the

exerce son pouvoir discrétionnaire légal. Dans l'arrêt *Hereford Railway Co. v. The Queen*<sup>6</sup>, l'appelante réclamait une subvention du lieutenant-gouverneur pour achever une ligne de chemin de fer. Les dispositions de la loi sur lesquelles la compagnie de chemin de fer fondait sa réclamation étaient libellées de la façon suivante [à la page 8]:

[TRADUCTION] Le lieutenant-gouverneur en conseil est autorisé à accorder les subventions suivantes . . . .

et

[TRADUCTION] Le lieutenant-gouverneur en conseil peut légitimement accorder une subvention . . . .

Le juge en chef Strong a refusé de conclure, à partir de ces dispositions, à l'existence implicite d'une fiducie exécutoire au profit de l'appelante [à la page 13]:

[TRADUCTION] Le libellé de la loi est facultatif; il n'accorde pas de subvention directe à la compagnie de chemins de fer, mais en employant les mots «le lieutenant-gouverneur en conseil peut légitimement accorder une subvention» il signifie que la Couronne exerce selon ce qu'elle juge bon son pouvoir discrétionnaire de remise ou de retrait de l'argent.

Le juge en chef a ensuite cité l'arrêt *Kinloch* et une autre décision anglaise, l'arrêt *Rustomjee v. The Queen*<sup>7</sup>, et a poursuivi en disant [à la page 15]:

[TRADUCTION] Je ne vois aucune raison de ne pas appliquer cette jurisprudence. S'il n'a pas été créé de fiducie qui puisse être sanctionnée lorsque des sommes d'argent destinées à une fin particulière ont été confiées à la Couronne par traité ou autrement que par voie législative, pourquoi le résultat serait-il différent lorsque c'est le législateur qui concède l'argent à des fins définies de telle manière qu'elles confèrent un pouvoir discrétionnaire à la Couronne?

Le tribunal en est venu à la même décision dans le jugement *Quebec, Montreal and Southern Railway Company v. The King*<sup>8</sup>, dans lequel le juge Audette a considéré que la subvention qui avait été accordée par la Couronne pour la construction d'un chemin de fer constituait une libéralité sans engagement de la Couronne [à la page 250]:

[TRADUCTION] Lorsqu'il y a un pouvoir discrétionnaire, il n'y a pas de recours judiciaire.

Ainsi donc, comme cette jurisprudence le démontre, l'existence d'une simple directive légale donnée à des fonctionnaires de la Couronne d'administrer un fonds ou une somme d'argent au

<sup>6</sup> (1894), 24 S.C.R. 1.

<sup>7</sup> [1876] 1 Q.B.D. 487; [1876] 2 Q.B.D. 69 (C.A.).

<sup>8</sup> (1914), 15 Ex.C.R. 237.

<sup>6</sup> (1894), 24 R.C.S. 1.

<sup>7</sup> [1876] 1 Q.B.D. 487; [1876] 2 Q.B.D. 69 (C.A.).

<sup>8</sup> (1914), 15 R.C.É. 237.

existence of a fiduciary relationship between the two parties. In fact, I believe that this is the case with respect to the Crown's statutory duty to administer the plaintiff's pension for his benefit. While the Crown may have an administrative or governmental obligation to administer his pension funds accordingly, this obligation does not amount to a trust or fiduciary duty.

As counsel for the Crown pointed out, the *Pension Act* establishes a comprehensive statutory benefit scheme, which provides for the payment of pensions and allowances. The purpose of the Act is not to set up a trust for pensioners, but rather to confer benefits on members of the Canadian Forces who have given military service to Canada. In *Thomas v. The King*,<sup>9</sup> it was noted that a gratuity to a military officer is by its very nature a matter entirely dependent upon the grace and bounty of the Crown and that no action lies to recover such a gratuity from the Crown.

Furthermore, the various components of a trust are not found in the provisions of the *Pension Act*. For one thing, the Act does not express an intention to create a trust for pensioners such as the plaintiff, nor can such a trust be implied. Mr. Justice Dickson pointed out in *Guerin, supra*, that, at page 386:

The law of trusts is a highly developed, specialized branch of the law. An express trust requires a settlor, a beneficiary, a trust corpus, words of settlement, certainty of object and certainty of obligation. Not all of these elements are present here.

In the present case, I do not believe that the wording of subsection 41(1) of the *Pension Act* suffices to constitute words of settlement and certainty of obligation, as is required of legally enforceable trusts. The legislator would have been much more specific had he intended to set up a trust in favour of the plaintiff and other mentally incompetent pensioners.

<sup>9</sup> [1928] Ex.C.R. 26.

profit de personnes désignées n'implique pas nécessairement l'existence d'une relation fiduciaire entre les deux parties. En fait, je crois que c'est le cas en ce qui concerne l'obligation que la loi impose à la Couronne d'administrer la pension du demandeur au profit de ce dernier. Bien que la Couronne puisse avoir une obligation administrative ou gouvernementale d'administrer les prestations de pension du demandeur en conséquence, cette obligation n'équivaut pas à une fiducie ou à une obligation fiduciaire.

Ainsi que l'avocat de la Couronne l'a souligné, la *Loi sur les pensions* établit un système législatif global de prestations, qui prévoit le paiement de pensions et d'allocations. La Loi n'a pas pour objet de constituer une fiducie en faveur des pensionnés, mais plutôt d'accorder des prestations aux membres des Forces canadiennes qui ont fait leur service militaire. Dans l'arrêt *Thomas v. The King*<sup>9</sup>, le tribunal a fait remarquer que l'octroi d'une prime de démobilisation à un officier militaire dépend entièrement, de par sa nature même, de la générosité et de la bienveillance de la Couronne et qu'on ne peut poursuivre la Couronne pour obtenir le recouvrement de cette prime.

De plus, les divers éléments constitutifs de la fiducie ne se retrouvent pas dans les dispositions de la *Loi sur les pensions*. D'abord, la Loi n'exprime pas une intention de constituer une fiducie pour les pensionnés comme le demandeur, et l'existence d'une telle fiducie ne peut être déduite implicitement. Le juge Dickson a fait remarquer, dans l'arrêt *Guerin*, précité, à la page 386:

Le droit des fiducies constitue un domaine juridique très perfectionné et spécialisé. Pour qu'il y ait fiducie explicite, il faut un disposant, un bénéficiaire, une masse fiduciaire, des mots portant disposition, certitude quant à l'objet et certitude quant à l'obligation. Ces éléments ne sont pas tous présents en l'espèce.

En l'espèce, je ne pense pas que le libellé du paragraphe 41(1) de la *Loi sur les pensions* suffise pour constituer des mots portant disposition et certitude quant à l'obligation, comme il est exigé dans le cas des fiducies dont on peut obtenir l'exécution forcée par les voies de justice. Le législateur aurait été beaucoup plus précis s'il avait eu l'intention de constituer une fiducie en faveur du demandeur et d'autres pensionnés mentalement incapables.

<sup>9</sup> [1928] R.C.É. 26.

I also cannot conclude from the wording of the statute that Parliament ever intended to make the Department of Veterans Affairs or any other body a fiduciary with respect to the pensions payable to mentally ill pensioners. Rather, I believe that the statutory obligation to administer the plaintiff's pension funds is exactly that and no more. In other words, while the government may have a moral or political obligation to administer the pension for the plaintiff's benefit, it does not owe the plaintiff a fiduciary duty, at least in the private law sense of that term. This distinction between "higher" and "lower" trusts has been adopted in *Kinloch, Tito* and the numerous other decisions to which I have already made reference.

### THE STATUTORY DUTY

The second ground in the plaintiff's case is whether the Crown has a statutory duty to pay interest on the plaintiff's pension funds. Counsel for the plaintiff argues that the pension funds in question are not "public" money within the meaning of the *Financial Administration Act*. As a result, he contends that several provisions of that Act did not apply to the plaintiff's pension monies. These provisions deal with the investment of public money, as well as with the Crown's discretion to pay interest on such money. The relevant sections of the Act read as follows:

2. ...

"public money" means all money belonging to Canada received or collected by the Receiver General or any other public officer in his official capacity or any person authorized to receive or collect such money, and includes [Underline mine.]

(d) all money that is paid to or received or collected by a public officer under or pursuant to any Act, trust, treaty, undertaking or contract, and is to be disbursed for a purpose specified in or pursuant to that Act, trust, treaty, undertaking or contract;

17. (1) Subject to this Part, all public money shall be deposited to the credit of the Receiver General.

Le libellé de la loi ne me permet pas non plus de conclure que le législateur ait déjà eu l'intention de faire du ministère des Anciens combattants ou de tout autre organisme un fiduciaire relativement aux pensions payables aux pensionnés atteints d'une maladie mentale. J'estime plutôt que l'obligation que la loi lui impose consiste uniquement à administrer les prestations de pension du demandeur, un point c'est tout. En d'autres termes, bien que l'État puisse avoir l'obligation morale ou politique d'administrer la pension au profit du demandeur, il n'a pas d'obligation fiduciaire envers le demandeur, du moins au sens où l'on entend ce terme en droit privé. Cette distinction entre les fiduciaires «au sens strict» et les fiduciaires «au sens large» a été adoptée dans les arrêts *Kinloch Tito* et les nombreuses autres décisions que j'ai déjà mentionnées.

### L'OBLIGATION LÉGALE

Le second moyen qu'invoque le demandeur au soutien de son action porte sur la question de savoir si la Couronne a l'obligation légale de verser des intérêts sur les prestations de pension du demandeur. L'avocat du demandeur affirme que les prestations de pension en question ne constituent pas des fonds «publics» au sens de la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Par conséquent, il prétend que plusieurs dispositions de cette Loi ne s'appliquaient pas aux prestations de pension du demandeur. Ces dispositions portent sur le placement des fonds publics, ainsi que sur le pouvoir discrétionnaire qu'a la Couronne de verser de l'intérêt sur cet argent. Voici le texte des dispositions pertinentes de la Loi:

2. ...

«fonds publics» Fonds appartenant au Canada, prélevés par le receveur général ou un autre fonctionnaire public agissant en sa qualité officielle ou toute autre personne autorisée à en prélever. La présente définition vise notamment [C'est moi qui souligne.]:

d) les fonds reçus par un fonctionnaire public sous le régime d'un traité, d'une loi, d'une fiducie, d'un contrat ou d'un engagement et affectés à une fin particulière précisée dans l'acte en question ou conformément à celui-ci.

17. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, les fonds publics sont déposés au crédit du receveur général.

18. ...

(2) The Minister may, when he deems it advisable for the sound and efficient management of public money or the public debt, purchase, acquire and hold securities and pay therefor out of the Consolidated Revenue Fund.

20. ...

(3) Money paid to the credit of the Receiver General that is not public money may be returned or repaid in accordance with regulations of the Treasury Board.

21. (1) Money referred to in paragraph (d) of the definition "public money" in section 2 that is received by or on behalf of Her Majesty for a special purpose and paid into the Consolidated Revenue Fund may be paid out of the Consolidated Revenue Fund for that purpose, subject to any statute applicable thereto.

(2) Subject to any other Act of Parliament, interest may be allowed and paid from the Consolidated Revenue Fund in respect of money to which subsection (1) applies, in accordance with and at rates fixed by the Minister with the approval of the Governor in Council.

26. Subject to the *Constitution Acts, 1867 to 1982*, no payments shall be made out of the Consolidated Revenue Fund without the authority of Parliament.

37. (1) Subject to subsections (2) and (3), the balance of an appropriation granted for a fiscal year that remains unexpended at the end of the fiscal year shall lapse.

Counsel for the plaintiff, referring to section 2 of that statute, argues that since the pension funds do not "belong to" Canada, they cannot be public money subject to the Act. Ordinary trust funds do not "belong to" the trustee. Counsel for the Crown counters that such funds do fall within the definition of public money under paragraph 2(d). The words of that section say "and includes all money that is paid to or received or collected . . . pursuant to any Act, trust, treaty, undertaking or contract". [Underlining added.]

It seems clear to me that an interpretation of that section, under the authority of *Nova, An Alberta Corporation v. Amoco Canada Petroleum Co. Ltd. et al.*,<sup>10</sup> leads to the finding of an "expansive technique" which amplifies the meaning of the words preceding. As to the inclusion of the word "trust" in that section, counsel for the Crown

18. ...

(2) Le ministre peut, lorsqu'il le juge opportun pour la bonne gestion des fonds publics ou de la dette publique, acheter, acquérir, et détenir des valeurs et les payer sur le Trésor.

20. ...

(3) Les fonds non publics versés au crédit du receveur général peuvent être restitués conformément aux règlements du Conseil du Trésor.

21. (1) Les fonds visés à l'alinéa d) de la définition de «fonds publics» à l'article 2 et qui sont reçus par Sa Majesté, ou en son nom, à des fins particulières et versés au Trésor peuvent être prélevés à ces fins sur le Trésor sous réserve des lois applicables.

(2) Sous réserve des autres lois fédérales, les fonds visés au paragraphe (1) peuvent être majorés d'intérêts payables sur le Trésor aux taux fixés par le ministre avec l'approbation du gouverneur en conseil.

26. Sous réserve des Lois constitutionnelles de 1867 à 1982, tout paiement sur le Trésor est subordonné à l'autorisation du Parlement.

37. (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, la partie non utilisée d'un crédit est annulée à la fin de l'exercice pour lequel il a été accordé.

L'avocat du demandeur soutient, en invoquant l'article 2 de cette Loi, que, comme les prestations de pension n'«appartiennent» pas au Canada, elles ne peuvent constituer des fonds publics assujettis à la Loi. Les fonds ordinaires détenus en fiducie n'«appartiennent» pas au fiduciaire. L'avocat de la Couronne rétorque que ces prestations répondent effectivement à la définition de l'expression «fonds publics» contenue à l'alinéa 2d). Cet alinéa porte: «La présente définition vise notamment les fonds reçus . . . sous le régime d'un traité, d'une loi, d'une fiducie, d'un contrat ou d'un engagement». [Soulignements ajoutés.]

Il me semble clair qu'une interprétation de cet article fondée sur l'arrêt *Nova, An Alberta Corporation c. Amoco Canada Petroleum Co. Ltd. et autres*<sup>10</sup> amène à recourir à la «méthode d'amplification» qui élargit le sens des mots qui les précèdent. Quant à l'inclusion du mot «fiducie» dans cet article, l'avocat de la Couronne souligne que les

<sup>10</sup> [1981] 2 S.C.R. 437.

<sup>10</sup> [1981] 2 R.C.S. 437.

points out that pension funds were not paid pursuant to a trust but pursuant to an Act.

As I have concluded that in the present case the pension funds were not held by the Crown pursuant to a legally enforceable trust, the question of whether the funds were received pursuant to a "trust" or pursuant to an "Act" seems rather moot. I think that one could say that both interpretations are accurate. On the one hand, counsel for the plaintiff concedes and has indeed even argued that funds received pursuant to a political trust would fall within the ambit of paragraph 2(d) of the Act. On the other hand, I think that it is equally clear that the funds were also received pursuant to subsection 41(1) of the *Pension Act* and therefore again would fall within the scope of paragraph 2(d) of the *Financial Administration Act*. Thus, for all intents and purposes, the pension funds are in my opinion "public money" as that term is used in the latter Act.

As was pointed out in *Nova, supra*, when the word "includes" is used in a definition, it is used to amplify or extend the ordinary meaning of the term being defined. That is precisely what paragraph 2(d) of the *Financial Administration Act* accomplishes in the present case. The term "public money" has been enlarged to include sums of money which might not otherwise come within the ordinary or everyday meaning of that term.

As a result, sections 17, 18, 21 and 26 of the *Financial Administration Act* do apply to the plaintiff's pension funds which were administered by the Crown. The wording of subsection 21(2) of the Act is clearly permissive in tone when it states that subject to any other Act, interest "may" be allowed and paid from the Consolidated Revenue Fund. I note in contrast, the mandatory nature of subsection 17(1) of the same Act, which states that all public money "shall" be credited to the Receiver General.

I think it is also worthwhile to refer to subsection 61(2) of the *Indian Act*, which was discussed in *Guerin, supra*, since so much of the plaintiff's argument was centered around that case:

prestations de pension n'ont pas été payées sous le régime d'une fiducie mais sous le régime d'une loi.

Comme j'ai conclu qu'en l'espèce les prestations de pension n'étaient pas détenues par la Couronne en vertu d'une fiducie dont on peut obtenir l'exécution forcée en justice, la question de savoir si les prestations ont été reçues en vertu d'une «fiducie» ou sous le régime d'une loi semble plutôt théorique. Je pense qu'on peut dire que les deux interprétations sont exactes. D'une part, l'avocat du demandeur reconnaît et a en fait même allégué que les prestations reçues en vertu d'une fiducie politique tomberaient sous le coup de l'alinéa 2d) de la Loi. D'autre part, je pense qu'il est également clair que les prestations ont également été reçues en vertu du paragraphe 41(1) de la *Loi sur les pensions* et, là encore, qu'elles tomberaient par conséquent sous le coup de l'alinéa 2d) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*. J'estime donc que les prestations de pension sont en fait des «fonds publics» au sens où cette expression est employée dans la dernière Loi.

Ainsi qu'on l'a souligné dans l'arrêt *Nova*, précité, on emploie l'expression «comprend» dans une définition afin d'élargir ou d'étendre le sens ordinaire du terme que l'on définit. C'est précisément ce que fait l'alinéa 2d) de la *Loi sur la gestion des finances publiques* en l'espèce. L'expression «fonds publics» a été élargie pour englober des sommes d'argent qui ne feraient autrement pas partie du sens courant ou ordinaire de cette expression.

Par conséquent, les articles 17, 18, 21 et 26 de la *Loi sur la gestion des finances publiques* s'appliquent effectivement aux prestations de pension qui étaient administrées par la Couronne. Le libellé du paragraphe 21(2) de la Loi a un ton manifestement facultatif lorsqu'il déclare que sous réserve des autres lois fédérales, des intérêts «peuvent être» payables sur le Trésor. Je constate, en revanche, le caractère impératif du paragraphe 17(1) de la même Loi, qui dispose que les fonds publics «sont» déposés au crédit du receveur général.

Je pense qu'il vaut également la peine de citer le paragraphe 61(2) de la *Loi sur les Indiens*, qui a été examiné dans l'arrêt *Guerin*, précité, étant donné qu'une grande partie de la thèse du demandeur repose sur cet arrêt:



61. ...

(2) Interest on Indian moneys held in the Consolidated Revenue Fund shall be allowed at a rate to be fixed from time to time by the Governor in Council. [Emphasis added.]

Thus, while the *Financial Administration Act* requires that all public money be credited to the Receiver General, it does not require that interest be paid on public money which has been received for a special purpose and paid into the Consolidated Revenue Fund. In contrast, it is clear from subsection 61(2) of the *Indian Act*, which has just been cited, that the Crown would be required to pay interest on Indian moneys held in the Consolidated Revenue Fund. I think it is a fair assumption that if Parliament had also intended to make payment of interest on all public money compulsory, it could have easily demonstrated this intent as it has done so under other statutory provisions.

Moreover, I cannot find any provisions in the *Pension Act* itself which would require the Department of Veterans Affairs to invest pension funds that it administers and to pay interest on such funds to pensioners when the money is handed over to someone else for administrative purposes. Counsel for the plaintiff could not point to any such provisions in the Act but suggested that this Court should consider the effect of various regulations passed pursuant to the *Financial Administration Act* and the *Department of Veterans Affairs Act* [R.S.C., 1985, c. V-1]. Regulations cited included: (the) *Receipt and Deposit of Public Money Regulations*;<sup>11</sup> the *Repayment of Receipts Regulations*;<sup>12</sup> the *Revenue Trust Account Regulations*;<sup>13</sup> the *Veterans Treatment Regulations*;<sup>14</sup> and the *Guardianship of Veterans' Property Regulations*.<sup>15</sup>

However, I have looked at those regulations and I find nothing in them which imposes a duty upon the Crown to pay interest on the pension funds which it administered for the plaintiff. Furthermore, these regulations are largely permissive in

<sup>11</sup> C.R.C., c. 728.

<sup>12</sup> C.R.C., c. 729.

<sup>13</sup> C.R.C., c. 730.

<sup>14</sup> C.R.C., c. 1585.

<sup>15</sup> C.R.C., c. 1579.

61. ...

(2) Les intérêts sur l'argent des Indiens détenu au Trésor sont alloués au taux que fixe le gouverneur en conseil. [C'est moi qui souligne.]

Ainsi donc, bien qu'elle exige que les fonds publics soient déposés au crédit du receveur général, la *Loi sur la gestion des finances publiques* n'oblige pas à verser des intérêts sur les fonds publics qui ont été reçus à une fin spéciale et qui ont été versés au Trésor. En revanche, il ressort à l'évidence du paragraphe 61(2) de la *Loi sur les Indiens*, que je viens tout juste de citer, que la Couronne serait tenue de verser des intérêts sur l'argent des Indiens détenu au Trésor. Je pense qu'on peut légitimement présumer que si le législateur avait également voulu rendre obligatoire le versement d'intérêts sur les fonds publics, il aurait pu facilement manifester cette intention car il l'a fait dans d'autres dispositions législatives.

En outre, je ne puis trouver dans la *Loi sur les pensions* elle-même aucune disposition qui obligerait le ministère des Anciens combattants à placer les prestations de pension qu'il administre et à verser de l'intérêt aux pensionnés sur les prestations en question lorsque l'argent est remis à quelqu'un d'autre pour qu'il l'administre. L'avocat du demandeur n'a pas pu mettre le doigt sur une telle disposition dans la Loi mais a laissé entendre que notre Cour devait tenir compte de l'effet de divers règlements pris en application de la *Loi sur la gestion des finances publiques* et de la *Loi sur le ministère des Anciens combattants* [L.R.C. (1985), chap. V-1]. Parmi les règlements qu'il a cités, mentionnons: le *Règlement sur la réception et le dépôt des deniers publics*<sup>11</sup>, le *Règlement sur le remboursement des recettes*<sup>12</sup>, le *Règlement sur les Comptes en fiducie de revenu*<sup>13</sup>, le *Règlement sur le traitement des anciens combattants*<sup>14</sup> et le *Règlement sur la curatelle des biens des anciens combattants*<sup>15</sup>.

Cependant, j'ai examiné ces règlements et je n'y vois rien qui impose à la Couronne l'obligation de verser des intérêts sur les prestations de pension qu'elle administre pour le demandeur. De plus, ces règlements sont de caractère largement facultatif,

<sup>11</sup> C.R.C., chap. 728.

<sup>12</sup> C.R.C., chap. 729.

<sup>13</sup> C.R.C., chap. 730.

<sup>14</sup> C.R.C., chap. 1585.

<sup>15</sup> C.R.C., chap. 1579.

nature, such that the respective Ministers or Deputy Ministers “may” authorize interest payments from time to time. There is, however, no obligation on their part to do so. Similarly, Order P.C. 1970-300, which was made pursuant to subsection 21(2) of the *Financial Administration Act*, does not make interest payments mandatory. It simply approves of a rate at which interest “may” be allowed and paid.

Similarly, the power of the Minister of Finance to invest public money in securities pursuant to subsection 18(2) of the *Financial Administration Act* is purely discretionary. The Minister has no obligation to do so. Thus, I must conclude that the Crown has neither a fiduciary nor a statutory duty to pay interest on the pension funds at issue.

Finally, I might refer to section 31 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 12, s. 6] of the *Pensions Act* which reads as follows:

31. (1) Any pension or allowance held in trust by the Commission or the Department and due to a deceased pensioner at the time of his death does not form part of the estate of the deceased pensioner.

(2) The Commission may, in its discretion, direct the payment of any pension or allowance referred to in subsection (1) either to the pensioner's estate or to the surviving spouse or child or children of the pensioner, or to the surviving spouse and child or children, or may direct that it be paid in whole or in part to any person who has maintained, or been maintained by, the pensioner or toward the expenses of the pensioner's last sickness and burial.

(3) If no order for the payment of a pension or an allowance referred to in subsection (1) is made by the Commission, the pension or allowance shall not be paid.

These provisions to which Crown counsel made reference would not appear to give support to the plaintiff's plea. Admittedly, they are not conclusive on the issue of a fiduciary obligation. Furthermore, the consequences which might legally flow from these provisions cannot be easily determined without an analysis of the whole statute. Nevertheless, they serve to indicate some limitation on the right of a deceased pensioner's estate to claim benefits. They ostensibly leave to the Commission a wide discretion as to their distribution and even provide that, absent an order of the Commission, no benefits shall be paid. In my respectful view,

de sorte que le ministre ou le sous-ministre concerné «peut» autoriser le versement d'intérêts à l'occasion. Il n'est cependant nullement obligé de le faire. De même, le décret C.P. 1970-300, qui a été pris en application du paragraphe 21(2) de la *Loi sur la gestion des finances publiques* ne rend pas obligatoire le versement d'intérêts. Il approuve simplement le taux auquel des intérêts «peuvent» être alloués et versés.

De même, le pouvoir qu'a le ministre des Finances de placer des fonds publics dans des titres en vertu du paragraphe 18(2) de la *Loi sur la gestion des finances publiques* est purement discrétionnaire. Le ministre n'est pas obligé de le faire. Ainsi donc, je dois conclure que la Couronne n'a pas l'obligation fiduciaire ou l'obligation légale de verser des intérêts sur les prestations de pension en litige.

Finalement, je pourrais citer l'article 31 [mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), chap. 12, art. 6] de la *Loi sur les pensions*, dont voici le libellé:

31. (1) Toute pension ou allocation détenue en fiducie par la Commission ou par le ministère et due à un pensionné décédé, lors de son décès, ne fait pas partie de la succession de ce pensionné décédé.

(2) La Commission peut, à sa discrétion, ordonner le paiement de la pension ou allocation visée au paragraphe (1), soit à la succession du pensionné, soit au conjoint survivant de celui-ci ou à son ou ses enfants, ou ordonner qu'il soit versé en totalité ou en partie à toute personne qui a eu le pensionné à sa charge ou qui a été à la charge du pensionné, ou aux fins des frais de sa dernière maladie et de ses funérailles.

(3) Si la Commission n'émet aucun ordre pour le paiement de la pension ou allocation visée au paragraphe (1), cette pension ou allocation n'est pas payée.

Ces dispositions qu'invoque l'avocat de la Couronne ne semblent pas appuyer la thèse du demandeur. Il faut reconnaître qu'elles ne permettent pas de trancher définitivement la question de l'obligation fiduciaire. Qui plus est, les conséquences qui pourraient légalement découler de ces dispositions ne peuvent être facilement déterminées sans une analyse de l'ensemble de la Loi. Néanmoins, elles servent à fixer une certaine limite au droit de la succession d'un pensionné décédé de réclamer des prestations. Elles laissent en apparence à la Commission un pouvoir discrétionnaire étendu quant à leur distribution et prévoient même que, faute d'un ordre de la Commission, aucune prestation n'est versée. À mon humble avis, cela ne s'accorde pas

this would not be consonant with the fiduciary doctrine advocated by the plaintiff.

### DEFENCE OF EQUITABLE SET-OFF

It is admitted that, for the past 45-odd years, the plaintiff has been hospitalized at the Psychiatric Institute in London and the costs thereof borne by the Crown. The current cost of hospital care is in excess of \$5,000 monthly and the parties have agreed that these costs accumulating over the years exceed the value of interest which would have been earned on the plaintiff's funds had they been invested in income-bearing securities. This factual situation raises of course the doctrine of equitable set-off, a doctrine which is consonant with the obligations of trustees and fiduciaries which are themselves grounded in equity and good conscience. As Professor Weinrib states in his well-known article on "The Fiduciary Obligation":

What is presently required — and what the cases do not give us — is an elucidation of the purposes that these rules serve, the values they promote, and the processes they seek to protect.

All that a system of justice can demand is that the underlying principles be consistently felt and applied, even if they are not crystallized into words.<sup>16</sup>

In the present case, one must ask what values are promoted and what purposes are served should the present action be allowed. We must remember that the plaintiff has required constant medical attention and care for the last forty-five years. He suffers from a condition which existed at least to some extent before his military service in World War II. The Crown has had the sole responsibility of providing that care to him at a considerable cost to Canadian taxpayers in general.

It is well recognized that in trust matters, the defence of equitable set-off may be pleaded. Both English and Canadian cases indicate that a trustee is entitled at common law to be indemnified for expenses which are reasonably and properly incurred on behalf of a trust. Lord Chancellor

<sup>16</sup> (1975), 25 *U.T.L.J.* 1, at p. 2.

avec la théorie de la fiducie que préconise le demandeur.

### MOYEN DE DÉFENSE TIRÉ DE LA COMPENSATION RECONNUE EN EQUITY

Il est constant que, depuis les 45 dernières années, le demandeur est hospitalisé au Psychiatric Institute de London et que les frais d'hospitalisation ont été supportés par la Couronne. Le coût actuel des soins hospitaliers dépasse 5 000 \$ par mois et les parties ont convenu que l'accumulation de ces frais au fil des ans dépasse la valeur des intérêts qu'auraient rapportés les prestations du demandeur si elles avaient été placées dans des titres productifs de revenus. Cette situation factuelle soulève évidemment la question de la doctrine de la compensation reconnue en *equity*, une doctrine qui s'accorde avec les obligations des fiduciaires et des confidés, lesquelles reposent elles-mêmes sur l'équité et la bonne conscience. Comme le professeur Weinrib le déclare dans son article bien connu, *The Fiduciary Obligation*:

[TRADUCTION] Ce dont nous avons présentement besoin—et que la jurisprudence ne nous donne pas—ce sont des éclaircissements sur l'utilité de ces règles, sur les valeurs qu'elles encouragent, et sur les processus qu'elles tentent de protéger.

Tout ce qu'un système de justice peut exiger, c'est l'appréciation et l'application uniforme des principes sous-jacents, même s'ils ne sont pas cristallisés par des mots<sup>16</sup>.

En l'espèce, on doit se demander quelles sont les valeurs qui sont encouragées et à quoi servirait d'accueillir la présente action. Nous devons nous rappeler que le demandeur a nécessité une attention et des soins médicaux constants au cours des quarante-cinq dernières années. Il souffre d'une affection qui existait au moins jusqu'à un certain point avant son service militaire au cours de la Seconde guerre mondiale. La Couronne a assumé seule la responsabilité de lui fournir les soins en question à grands frais pour l'ensemble des contribuables canadiens.

Il est de jurisprudence constante qu'en matière de fiducie, on peut invoquer le moyen de défense tiré de la compensation reconnue en *equity*. Il ressort tant de la jurisprudence anglaise que de la jurisprudence canadienne que le fiduciaire a le droit en common law d'être indemnisé des dépen-

<sup>16</sup> (1975), 25 *U.T.L.J.* 1, à la p. 2.

Eldon put it this way in the case of *Worrall v. Harford*:<sup>17</sup>

It is in the nature of the office of a trustee, whether expressed in the instrument, or not, that the trust property shall reimburse him all the charges and expenses incurred in the execution of the trust. That is implied in every such deed.

In *Williams v. Wentworth*<sup>18</sup> the Master of the Rolls (Lord Langdale) said:

... I am of opinion, that in the case of money expended for the necessary protection of the person and estate of the lunatic, the law will raise an implied contract, and give a valid demand or debt, against the lunatic or his estate, and that under the circumstances of this case, a debt was constituted, and that payment of it may be obtained out of the real estate, if the personal estate be insufficient.

Counsel for the plaintiff argues of course that the Crown has a statutory duty to provide medical care to the plaintiff by reason of his total incapacity. That statutory duty is imposed on the Crown independently of its duty to pay the plaintiff a veteran's pension. Such a pension arises from a different statute and therefore the doctrine of equitable set-off cannot apply.

With respect, I disagree. The fount of the plaintiff's case rests on equity. Equitable principles, in my view, cannot be selectively applied so as to create results which any reasonable person would regard as harsh or oppressive. It would create an anomaly in the whole complex of veterans' legislation, an anomaly which I seriously doubt Parliament intended to create. While it might be correct to say that hospitalization expenses and pension benefits arise from different statutes, they all have their root, in my opinion, in the authority conferred on the Crown by the Appropriations Act adopted by Parliament from year to year and the itemized breakdown of which are contained in the annual Blue Book. They are all public funds in the hands of the Crown which might be said to be, in that sense, trustee for all the taxpayers.

ses qu'il a engagées de façon raisonnable et légitime pour le compte de la fiducie. Le lord chancelier Eldon s'est exprimé en ces termes dans l'arrêt *Worrall v. Harford*<sup>17</sup>:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Il est de la nature de la charge du fiduciaire, qu'elle soit exprimée dans l'acte constitutif ou non, qu'il se rembourse sur les biens détenus en fiducie de tous les frais qu'il a engagés pour exécuter la fiducie. C'est une condition implicite de tout acte de fiducie.

<sup>b</sup> Dans l'arrêt *Williams v. Wentworth*<sup>18</sup>, le maître des rôles (lord Langdale) a déclaré:

[TRADUCTION] [...] Je suis d'avis que dans le cas des sommes d'argent dépensées pour assurer la protection nécessaire de la personne et des biens de l'aliéné, la loi présume l'existence d'un contrat implicite et crée une créance valide qui peut être exercée contre l'aliéné ou sa succession, et que dans les circonstances de la présente affaire, une créance a été constituée et qu'on peut en obtenir le paiement sur les immeubles, si les meubles ne suffisent pas.

<sup>d</sup> L'avocat du demandeur prétend évidemment que la Couronne est tenue de par la loi de fournir des soins médicaux au demandeur en raison de son incapacité totale. Cette obligation légale est imposée à la Couronne indépendamment de son obligation de verser une pension d'ancien combattant au demandeur. Cette pension découle d'une loi différente et la théorie de la compensation reconnue en *equity* ne peut s'appliquer.

<sup>f</sup> En toute déférence, je ne suis pas de cet avis. La thèse du demandeur repose essentiellement sur l'*equity*. Les principes de l'*equity* ne peuvent, à mon avis, être appliqués sélectivement pour créer des résultats que toute personne raisonnable considéreraient sévères ou oppressifs. Cela créerait une anomalie dans toute la législation relative aux anciens combattants, une anomalie que je doute sérieusement que le législateur voulait créer. Bien qu'on puisse à bon droit affirmer que les frais d'hospitalisation et les prestations de pension découlent de lois différentes, ils tirent tous leur origine, selon moi, du pouvoir conféré à la Couronne par la Loi de crédits que le Parlement adopte chaque année et dont la ventilation détaillée se trouve dans le Livre bleu annuel. Ce sont tous des fonds publics qui se trouvent entre les mains de la Couronne, laquelle peut être considérée, en ce sens, comme la fiduciaire de l'ensemble des contribuables.

<sup>17</sup> (1802), 8 Ves. Jun. 4; 32 E.R. 250 (H.C. of Ch.), at p. 252.

<sup>18</sup> (1842), 5 Beav. 325; 49 E.R. 603 (Ch.), at p. 605.

<sup>17</sup> (1802), 8 Ves. Jun. 4; 32 E.R. 250 (H.C. of Ch.), à la p. 252.

<sup>18</sup> (1842), 5 Beav. 325; 49 E.R. 603 (Ch.), à la p. 605.

The point may now be made. Even if it should be established by some form of legal contortion or other that a fiduciary duty is imposed on the Crown to invest these pension funds, I would nevertheless apply the doctrine of equitable set-off with respect to the hospitalization expenses provided by the same Crown for the benefit of the same plaintiff over the past 45 years and which, as is admitted by the parties, exceed any accumulated income which the pension funds might have otherwise earned. Under one doctrine or the other, the relief prayed for by the plaintiff cannot be provided to him.

Before concluding, however, I should refer briefly to the plaintiff's claim in his action on the failure by the Crown to provide a sufficiently detailed accounting as to the administration of the pension funds over a period of two generations. No evidence or argument is advanced by plaintiff's counsel in that regard and I can reasonably conclude that the real crux of his case is the failure of the Crown to invest the moneys rather than its failure to provide adequate accounting. On the issue of adequacy, I should perhaps refer counsel to the case of *Payne v. Evens*<sup>19</sup> where an action to account was lodged by a beneficiary against a surviving trustee and representative in 1872 in respect of an estate which had devolved in 1832. The Court, while acknowledging that trustee duties must be discharged with the utmost punctuality, refused to hold the defendants liable after so many years had passed simply because certain vouchers and accounts were not forthcoming. The Court said:

... but I never heard of a case in which, after such a lapse of time as has taken place here, and after such transactions as are here clearly proved, the rule against trustees has been applied as if they were still trustees, still holding in their hands funds, and still liable to account.

#### And the Court to conclude:

... I am asked to presume that, because one trustee has not forthcoming accounts and vouchers, he has committed that

<sup>19</sup> (1874), 18 L.R. Eq. 356, at p. 362.

Mais venons-en au fait. Même si l'on réussissait à établir, par le biais d'une acrobatie juridique quelconque, que la Couronne a l'obligation fiduciaire de placer les prestations de pension en question, j'appliquerais quand même la doctrine de la compensation reconnue en *equity* en ce qui concerne les frais d'hospitalisation fournis par la Couronne au profit du demandeur au cours des 45 dernières années, lesquels frais dépassent, comme le reconnaissent les parties, tout revenu accumulé que les prestations de pension auraient par ailleurs rapporté. Quelle que soit la doctrine qu'on applique, la réparation que sollicite le demandeur ne peut lui être accordée.

Cependant, avant de conclure, je m'arrêterai brièvement sur l'allégation formulée par le demandeur dans son action, suivant laquelle la Couronne ne lui a pas fourni une comptabilité suffisamment détaillée au sujet de l'administration des prestations de pension sur une période couvrant deux générations. L'avocat du demandeur n'invoque pas d'élément de preuve ou de moyen à cet égard et je peux raisonnablement conclure que le véritable nœud de son argument est le défaut de la Couronne de placer les prestations plutôt que son omission de fournir une comptabilité suffisante. Sur la question du caractère suffisant, je renverrais l'avocat à la décision *Payne v. Evens*<sup>19</sup>, dans laquelle une action en reddition de comptes avait été intentée en 1872 par un bénéficiaire contre un fiduciaire et représentant survivant à l'égard d'une succession qui s'était ouverte en 1832. Tout en reconnaissant que le fiduciaire devait s'acquitter de ses fonctions avec la plus grande ponctualité, le tribunal a refusé de tenir les défendeurs responsables après un aussi grand nombre d'années au seul motif que certaines pièces justificatives et comptes n'étaient pas disponibles. Le tribunal a déclaré:

[TRADUCTION] [...] mais je n'ai jamais entendu parler d'une affaire dans laquelle, après un intervalle aussi long que celui qui s'est écoulé en l'espèce et après la conclusion d'opérations comme celles qui sont de toute évidence établies en l'espèce, la règle interdisant les fiduciaires ait été appliquée comme s'ils étaient toujours des fiduciaires, qu'ils détenaient encore des fonds, et qu'ils étaient encore tenus de rendre des comptes.

#### Et le tribunal de conclure:

[TRADUCTION] [...] On me demande de présumer que, parce qu'un fiduciaire n'a pas produit de comptes et de pièces justifi-

<sup>19</sup> (1874), 18 L.R. Eq. 356, à la p. 362.

default which this court visits, when the trustee withholds his accounts, or does not present them at the proper time, not only with liability, but by making him pay the costs up to the hearing. There was never such a case presented to the Court, and so to hold would be in direct violation of the rules always acted upon, and directly opposed to everything like common honesty — I had almost said common decency.<sup>20</sup>

Perhaps the plaintiff can get some guidance from this case.

### THE CONCLUSION

By consent of the parties, only one issue was debated at trial. There is therefore left outstanding the issues of whether the action is properly framed as a class action, pursuant to Rule 1711 of the Rules of this Court [*Federal Court Rules, C.R.C., c. 663*], of fixing the quantum of damages which might otherwise be assessed against the Crown and finally of whether limitation statutes apply to bar recovery for all or part of the period covered.

In the circumstances, I should invite counsel for the parties to see whether or not they can agree as to the disposition of these collateral issues in a manner which of course would avoid prejudice to the plaintiff's right to appeal. If agreement may be reached, I would ask counsel to submit a draft of the formal judgment for my endorsement. Otherwise, I may be spoken to and, in the meantime, I remain seized of the case.

Subject to the foregoing, I would find that the plaintiff's action for damages by reason of the Crown's breach of trust or fiduciary duty in failing to invest the plaintiff's pension benefits should be dismissed, with costs to the Crown.

catives, il a commis une faute pour laquelle notre cour peut, lorsqu'un fiduciaire refuse de rendre compte ou ne remet pas ses comptes dans le délai voulu, non seulement le tenir responsable, mais lui faire payer les frais accumulés jusqu'à l'audience. La Cour n'a jamais été saisie de ce genre de cas, et statuer ainsi porterait directement atteinte aux règles qui ont toujours été suivies, et irait directement à l'encontre de la probité — j'allais dire de l'honnêteté — la plus élémentaire<sup>20</sup>.

Le demandeur peut peut-être méditer avec profit sur cette décision.

### CONCLUSION

Avec le consentement des parties, un seul point litigieux a été débattu au procès. Il reste donc à examiner la question de savoir si l'action a été à bon droit intentée sous forme de recours collectif, en vertu de la Règle 1711 des Règles de notre Cour [*Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663*], à fixer le montant des dommages-intérêts auxquels la Couronne pourrait par ailleurs être condamnée, et finalement à savoir si les lois relatives à la prescription s'appliquent et empêchent d'obtenir une indemnité pour la totalité ou une partie de la période visée.

Eu égard aux circonstances, j'inviterais les avocats des parties à essayer de s'entendre sur le règlement de ces questions connexes de manière à éviter de porter atteinte au droit d'appel du demandeur. S'ils peuvent en venir à un accord, je demanderais aux avocats de me soumettre un projet de dispositif pour signature. Autrement, ils peuvent s'adresser à moi et, dans l'intervalle, je demeure saisi de l'affaire.

Sous réserve de ce qui précède, je suis d'avis de rejeter l'action en dommages-intérêts intentée par le demandeur en raison du manquement dont la Couronne se serait rendue coupable en ce qui concerne ses obligations de fiduciaire en ne plaçant pas les prestations de pension du demandeur, et d'adjudger les dépens à la Couronne.

<sup>20</sup> *Supra*, at p. 363.

<sup>20</sup> Précité, à la p. 363.

A-549-90

A-549-90

**Olajide Olaitan Lawal** (*Applicant*)

v.

**Minister of Employment and Immigration** (*Respondent*)

and

**Attorney General of Canada** (*Mis-en-cause*)*INDEXED AS: LAWAL v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (C.A.)*

Court of Appeal, Pratte, Marceau and Hugessen J.J.A.—Montréal, February 19; Ottawa, March 8, 1991.

*Immigration — Practice — Immigration and Refugee Board, Refugee Division — Refugee claim based on involvement in labour dispute resulting in blackout affecting all Nigeria for three days — Charged with offence punishable by life imprisonment — Disproportionality of punishment to crime said to constitute persecution — Decision taken under reserve — Applicant seeking to re-open hearing to enter into evidence newspaper article naming him as charged with “economic sabotage” — Board advising counsel it would take “judicial notice” of material received — Initiating own inquiries into details of charges, dispositions against others involved in blackout, and publication schedule of newspaper — Applicant objecting hearing necessary — Board erred in law — Evidence gathered and relied upon in decision neither recognized facts, nor information or opinion within Board’s specialized knowledge which Refugee Division permitted to judicially notice by Immigration Act, s. 68(4) — S. 67(2) empowering Board to institute own inquiries only for purposes of hearing — S. 69.1(4) requiring hearings held in presence of claimant.*

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 46.02 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Suppl.), c. 28, s. 14), 67 (as am. *idem*, s. 18), 68 (as am. *idem*), 69.1 (as enacted *idem*), 82.1(1) (as enacted *idem*, s. 19), 82.3(2) (as enacted *idem*).

## COUNSEL:

Jean Fauteux for applicant.  
Hélène Sasseville for respondent.

**Olajide Olaitan Lawal** (*requérant*)

c.

<sup>a</sup> **Ministre de l’Emploi et de l’Immigration** (*intimé*)  
et<sup>b</sup> **Procureur général du Canada** (*mis-en-cause*)*RÉPERTORIÉ: LAWAL c. CANADA (MINISTRE DE L’EMPLOI ET DE L’IMMIGRATION) (C.A.)*<sup>c</sup> Cour d’appel, juges Pratte, Marceau et Hugessen, J.C.A.—Montréal, 19 février; Ottawa, 8 mars 1991.

*Immigration — Pratique — Commission de l’immigration et du statut de réfugié, section du statut — La revendication du statut de réfugié reposait sur la participation à un conflit de travail qui avait donné lieu à une panne d’électricité générale touchant tout le Nigeria pendant trois jours — Accusation portée pour une infraction passible d’un emprisonnement à vie — Il est allégué que la disproportion entre la peine et l’infraction équivaut à une persécution — Le prononcé de la décision a été remis — Le requérant a cherché à obtenir la réouverture de l’audience pour produire en preuve un article de journal le nommant comme quelqu’un accusé de «sabotage économique» — La Commission a avisé l’avocate qu’elle «admettrait d’office» les documents reçus — Elle a tenu ses propres enquêtes sur les détails des accusations, des décisions prises contre les autres personnes impliquées dans la panne d’électricité et du programme de publication d’un journal — Le requérant a fait valoir qu’une audience s’imposait — La Commission a commis une erreur de droit — Les éléments de preuve recueillis et invoqués dans la décision n’étaient ni les faits reconnus, ni les renseignements ou opinions qui étaient du ressort de la spécialisation de la Commission et que la section du statut pouvait admettre d’office en vertu de l’art. 68(4) de la Loi sur l’immigration — La Commission tient de l’art. 67(2) le pouvoir de tenir ses propres enquêtes uniquement dans le cadre d’une audience — L’art. 69.1(4) exige que les audiences soient tenues en présence de l’intéressé.*

<sup>h</sup> LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.  
*Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 46.02 (édicteé par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 14), 67 (mod., *idem*, art. 18), 68 (mod., *idem*), 69.1 (édicteé, *idem*), 82.1(1) (édicteé, *idem*, art. 19), 82.3(2) (édicteé, *idem*).

## AVOCATS:

<sup>j</sup> Jean Fauteux pour le requérant.  
Hélène Sasseville pour l’intimé.

## SOLICITORS:

*Leduc, Fauteux, Quévillon, La Charité, Martinez & Petit*, Montréal, for applicant.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent. <sup>a</sup>

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

HUGESSEN J.A.: This case raises a narrow but important point regarding the procedure to be followed by the Refugee Division of the Immigration and Refugee Board.

The applicant is a refugee claimant from Nigeria. He arrived in Canada February 28, 1989 and on March 8, 1989 he was determined to have a credible basis for his claim which was accordingly referred to the Refugee Division pursuant to the provisions of subsection 46.02(2) of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14)]. By a decision dated February 6, 1990, the Refugee Division determined the applicant not to be a Convention refugee. Since in their reasons, (but not in their formal order), the Refugee Division also purported to find, pursuant to subsection 69.1(12) [as enacted *idem*, s. 18], that the applicant did not have a credible basis for his claim, an appeal to this Court was precluded by the provisions of subsection 82.3(2) [as enacted *idem*, s. 19]. The applicant accordingly sought and obtained leave pursuant to subsection 82.1(1) [as enacted *idem*] to commence the present proceedings under section 28 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7]. <sup>d</sup>

Briefly put, the applicant's claim to refugee status was based on his contention that he had been the president of a local of his union, the Senior Staff Association, which was engaged in a labour dispute with his employer, the Nigerian Electrical Power Authority (NEPA). The applicant claimed to have been implicated, along with others, in activities which resulted in the whole country being blacked out for three days in October, 1988; as a result they were charged with an offence punishable (and in fact punished in the case of those who were convicted) by life imprison-

## PROCUREURS:

*Leduc, Fauteux, Quévillon, La Charité, Martinez & Petit*, Montréal, 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*

<sup>b</sup> LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: L'espèce soulève un point restreint mais important concernant la procédure à suivre par la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. <sup>c</sup>

Le requérant est un demandeur de statut de réfugié qui est originaire de Nigéria. Il est arrivé au Canada le 28 février 1989, et, le 8 mars 1989, on a conclu que sa revendication avait un minimum de fondement; son cas a donc été déferé à la section du statut en vertu du paragraphe 46.02(2) de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), chap. I-2 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 14)]. Par décision en date du 6 février 1990, la section du statut a décidé que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention. Puisque dans ses motifs (mais non dans son ordonnance officielle), la section du statut a également voulu conclure, en vertu du paragraphe 69.1(12) [édicte, *idem*, art. 18], que la revendication du requérant n'avait pas un minimum de fondement, un appel devant cette Cour n'était pas possible étant donné le paragraphe 82.3(2) [édicte, *idem*, art. 19]. Le requérant a par conséquent demandé et obtenu, sous le régime du paragraphe 82.1(1) [édicte, *idem*], l'autorisation d'introduire la présente instance conformément à l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C., (1985), chap. F-7]. <sup>e</sup>

<sup>h</sup> En bref, la revendication par le requérant du statut de réfugié reposait sur sa prétention qu'il avait été le président d'une section locale de son syndicat, la Senior Staff Association, qui avait un conflit de travail avec son employeur, le Nigerian Electrical Power Authority (NEPA). Le requérant prétend avoir été mêlé, avec d'autres, à des activités qui ont donné lieu dans tout le pays, en octobre 1988, à une panne d'électricité générale d'une durée de trois jours; ils ont donc été accusés d'avoir commis une infraction passible (et en fait punis dans le cas de ceux qui ont été déclarés



ment. The disproportionality of the punishment to the offence was said to amount to persecution.

The Refugee Division held hearings on March 30 and April 4, 1989 at which witnesses were heard and a number of documents produced. The Board was assisted by a refugee hearing officer and the applicant was present in person and was represented by counsel. At the conclusion of the hearing of April 19, 1989, the hearing officer summed up the evidence and counsel made representations following which the presiding member, Mr. Daoussis said:

—Well, this concludes the hearing of the claim to refugee status presented by Mr. Olajide Olaitan Lanal (*sic*), and the decision is taken under reserve. (Case, Vol I, at p. 134.)

If the Board had truly concluded and reserved at this point, all would have been well.

The trouble started innocently enough with a letter from the applicant's counsel dated May 19, 1989 in which she requested a re-opening of the hearing. The purpose was to enter into evidence a page from the Daily Times of Nigeria of May 10, 1989 containing an article in which the applicant was mentioned by name as one of those charged with "economic sabotage" as a result of a labour dispute at NEPA. This was obviously an important piece of evidence for the claimant since it amounted to independent confirmation of the fact that the authorities viewed him as one of those responsible for the blackout.

There can be no doubt that counsel was asking for a formal re-opening of the hearing; this is clear not only from the text of the letter itself but also from a further letter sent by counsel on May 25, 1989 (case, at page 192) where she indicated the dates when she would not be available for such a hearing because of her summer vacation.

The Board, however, does not seem to have understood counsel's request. On the one hand, it wrote to counsel on May 26, 1989 indicating that it would accept the newspaper article. On the other

coupables) d'un emprisonnement à vie. Il est allégué que la disproportion entre la peine et l'infraction équivaut à une persécution.

*a* La section du statut a tenu des audiences les 30 mars et 4 avril 1989 au cours desquelles des témoins ont été entendus, et un certain nombre de documents ont été produits. La Commission avait le concours d'un agent d'audience, et le requérant, *b* présent à l'audience, s'est fait représenter par avocat. À la fin de l'audience du 19 avril 1989, l'agent d'audience a résumé les éléments de preuve, et l'avocate du requérant a fait des observations, après quoi le président, M. Daoussis, a dit:

*c* [TRADUCTION] — Eh bien, cela met fin à l'audition de la revendication du statut de réfugié présentée par M. Olajide Olaitan Lanal (*sic*), et le prononcé de la décision est remis. (Dossier d'appel, vol. I, à la p. 134.)

*d* Si la Commission avait vraiment mis fin à l'audition et s'était réservée de prononcer sa décision à ce stade, tout aurait été parfait.

*e* Les difficultés ont commencé assez innocemment par une lettre de l'avocate du requérant en date du 19 mai 1989 dans laquelle elle demandait la réouverture de l'audience. Le but en était de produire en preuve une page du journal Daily Times of Nigeria du 10 mai 1989 contenant un article qui mentionnait le requérant nommément *f* comme l'un de ceux qui étaient accusés de [TRADUCTION] «sabotage économique» par suite d'un conflit de travail au NEPA. À l'évidence, il s'agissait d'un élément de preuve important pour le requérant, *g* puisqu'il constituait la confirmation indépendante du fait que les autorités le considéraient comme l'un des responsables de la panne d'électricité.

*h* Il ne fait pas de doute que l'avocate demandait la réouverture officielle de l'audience; cette intention claire découle non seulement du texte de la lettre elle-même, mais également d'une autre lettre envoyée par l'avocate le 25 mai 1989 (dossier d'appel, à la page 192) dans laquelle elle indiquait les dates auxquelles elle ne pouvait assister à une telle audience en raison de ses vacances d'été.

*i* Toutefois, la Commission semble n'avoir pas compris la demande de l'avocate. D'une part, elle a écrit à l'avocate le 26 mai 1989 pour lui faire savoir qu'elle admettrait l'article de journal. D'au-

hand, the Board, at the same time, instituted its own inquiries. On May 19, 1989, Mr. Daoussis requested information from the Board's documentation centre with regard to the names of the persons charged as a result of the blackout in October, 1988. When the documentation centre responded with a number of newspaper clippings and a report prepared with the assistance of the Department of External Affairs, the Board wrote to the applicant's counsel on June 20, 1989 enclosing copies of the material it had received and advising counsel that it proposed to take "judicial notice" thereof. By a letter of June 29, 1989, counsel objected to this procedure on the grounds that the Board was not entitled to go searching for evidence and that, in any event, a hearing was necessary. The Board did not respond to this objection.

Although the material before the Court is not complete in this respect, it seems that the Board also initiated further inquiries with regard to the authenticity of the extract of the Daily Times of Nigeria which had been previously sent to it by counsel. On November 8, 1989, the Board sent copies of what purported to be the Daily Times of May 10, 1989 in which the article mentioning the applicant's involvement did not appear. According to the Board's letter to counsel (case, at page 231) it had received this material from its documentation centre but there is no indication as to how or when it was requested.<sup>1</sup>

Counsel, in any event, seems to have been informed prior to this time of the Board's concern for the authenticity of the extract of the Daily Times for she had obtained information from the publisher thereof in a letter dated October 4, 1989 (case, at page 224). This letter, which was sent to the Board on October 25, 1989, confirmed that the page containing the article mentioning the applicant's involvement had in fact been published by them.

<sup>1</sup> It does seem clear from a document entitled "Affidavit", an unsworn statement from a member of the staff of the Canadian High Commission in Lagos, that a request from the Board concerning the relevant issue of the Daily Times of Nigeria was received at the High Commission as early as September 14, 1989. (Case, at p. 247.)

tre part, la Commission a en même temps fait sa propre enquête. Le 19 mai 1989, M. Daoussis a demandé au centre de documentation de la Commission de lui fournir des renseignements sur les noms des personnes qui avaient été accusées par suite de la panne d'électricité en octobre 1988. Lorsque le centre de documentation a répondu avec un certain nombre de coupures de journal et un rapport établi avec l'aide du ministère des Affaires extérieures, la Commission a, le 20 juin 1989, écrit à l'avocate du requérant une lettre accompagnée de copies des documents qu'elle avait reçus pour lui faire savoir qu'elle se proposait d'«admettre d'office» ces documents. Par lettre en date du 29 juin 1989, l'avocate s'est opposée à cette procédure, alléguant que la Commission n'était pas en droit de recueillir des éléments de preuve et que, en tout état de cause, une audience s'imposait. La Commission n'a pas répondu à cette opposition.

Bien que les documents dont dispose la Cour ne soient pas complets à cet égard, il semble que la Commission ait également fait d'autres recherches relatives à l'authenticité de l'extrait du journal Daily Times of Nigeria que l'avocate lui avait auparavant envoyé. Le 8 novembre 1989, la Commission a envoyé des copies de ce qui était censé être le Daily Times du 10 mai 1989 dans lequel l'article mentionnant la participation du requérant ne figurait pas. Selon la lettre envoyée par la Commission à l'avocate (dossier d'appel, à la page 231), elle avait reçu ce document de son centre de documentation, mais rien n'indique quand ou de quelle façon il a été demandé<sup>1</sup>.

Quoi qu'il en soit, l'avocate semble avoir été informée antérieurement à cette époque de la préoccupation de la Commission quant à l'authenticité de l'extrait du Daily Times, car elle avait obtenu des renseignements de l'éditeur de ce journal dans une lettre datée du 4 octobre 1989 (dossier d'appel, à la page 224). Cette lettre, qui a été envoyée à la Commission le 25 octobre 1989, a confirmé que le journal avait bel et bien publié la page contenant l'article qui faisait état de la participation du requérant.

<sup>1</sup> Il ressort d'un document intitulé «Affidavit», déclaration qui n'a pas été faite sous serment par un membre du personnel du Haut-commissariat du Canada à Lagos, qu'une demande formulée par la Commission pour obtenir le numéro pertinent du Daily Times of Nigeria a été reçue au Haut-commissariat dès le 14 septembre 1989 (dossier d'appel, à la p. 247).

The Board itself, on November 22, 1989, wrote to the Daily Times of Nigeria enclosing the two apparently conflicting versions of the publication and received a reply dated December 12, 1989, as follows:

We hereby confirm the two publications were from our office, as we normally print two editions daily. There is nothing wrong with the two publications. (Case, at p. 253.)

Apparently still unsatisfied with the information it had received, some of it on its own initiative, the Board, on January 17, 1990, requested from the documentation centre further information as to the number of editions of the Daily Times which were published each day and how they were distinguished from one another. On January 18, 1990, the documentation centre reported, based on interviews with an official of the Nigerian High Commission, a foreign service officer recently returned from Nigeria and a former resident of Nigeria, that the Daily Times published only one edition each day. This material was duly communicated to the applicant's counsel following which the Board rendered its decision.

In its reasons, the Board specifically refused to give any credence to the Daily Times' article or to the letters received from the newspaper confirming the authenticity thereof. Explaining its enthusiastic search for evidence after the hearing had been concluded, the Board said:

The members of the panel's interpretation of section 68(5) of the *Immigration Act* is that the legislator's intent was not to restrain the Refugee Division from taking notice of available information during its deliberations provided that the parties are advised of this information and are given the opportunity to submit their observations.

Section 68(4) stipulates that the Refugee Division may, subject to subsection 68(5) take notice of any generally recognized facts and any information or opinion that is within its special knowledge. (Case, at p. 271.)

In my view, it is clear that the Board erred in law in acting as it did. The principal provisions relating to the conduct of hearings before the Board are found in sections 67 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18], 68 [as am. *idem*] and 69.1 [as enacted *idem*] of the *Immigration Act*:

67. (1) The Refugee Division has, in respect of proceedings under sections 69.1 and 69.2, sole and exclusive jurisdiction to

Le 22 novembre 1989, la Commission elle-même a écrit au Daily Times of Nigeria une lettre accompagnée des deux versions apparemment contradictoires de la publication, et elle a, le 12 décembre 1989, reçu une réponse ainsi rédigée:

[TRADUCTION] Nous confirmons par la présente que les deux publications provenaient de notre bureau, car nous imprimons normalement deux éditions par jour. Il n'y a rien à redire à ces deux publications. (Dossier d'appel, à la p. 253.)

N'étant toujours pas satisfaite, semble-t-il, des renseignements qu'elle avait reçus, certains d'entre eux de sa propre initiative, la Commission a, le 17 janvier 1990, demandé au centre de documentation d'autres renseignements sur le nombre d'éditions du Daily Times publiées chaque jour et sur la façon dont on les distinguait l'une de l'autre. Le 18 janvier 1990, le centre de documentation a rapporté que, selon des entretiens avec un agent du Haut-commissariat au Nigéria, un agent du service extérieur récemment de retour du Nigéria et un ancien résident du Nigéria, le Daily Times publiait une seule édition par jour. Ce document a dûment été communiqué à l'avocate du requérant, après quoi la Commission a rendu sa décision.

Dans ses motifs, la Commission a expressément refusé d'ajouter foi à l'article du Daily Times et aux lettres envoyées par le journal pour en confirmer l'authenticité. Expliquant son enthousiasme recherche d'éléments de preuve après que l'audience eut pris fin, la Commission s'est exprimée en ces termes:

[TRADUCTION] Il ressort de l'interprétation, par les membres de la formation, du paragraphe 68(5) de la *Loi sur l'immigration* que l'intention du législateur n'était pas d'empêcher la section du statut d'admettre d'office les renseignements disponibles au cours de ses délibérations, pourvu que les parties soient informées de ces renseignements et aient la possibilité de soumettre des observations.

Le paragraphe 68(4) prévoit que la section du statut peut, sous réserve du paragraphe 5, admettre d'office les faits généralement reconnus et les renseignements ou opinions qui sont du ressort de sa spécialisation. (Dossier d'appel, à la p. 271.)

J'estime que la Commission a, à l'évidence, commis une erreur de droit en agissant de la sorte. Les principales dispositions relatives à la tenue des audiences devant la Commission se trouvent aux articles 67 [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 18], 68 [mod., *idem*] et 69.1 [édicte, *idem*] de la *Loi sur l'immigration*:

67. (1) La section du statut a compétence exclusive, en matière de procédures visées aux articles 69.1 et 69.2, pour

hear and determine all questions of law and fact, including questions of jurisdiction.

(2) The Refugee Division, and each member thereof, has all the powers and authority of a commissioner appointed under Part I of the *Inquiries Act* and, without restricting the generality of the foregoing, may, for the purposes of a hearing,

(a) issue a summons to any person requiring that person to appear at the time and place mentioned therein to testify with respect to all matters within that person's knowledge relative to the subject-matter of the hearing and to bring and produce any document, book or paper that the person has or controls relative to that subject-matter;

(b) administer oaths and examine any person on oath;

(c) issue commissions or requests to take evidence in Canada; and

(d) do any other thing necessary to provide a full and proper hearing.

68. (1) The Refugee Division shall sit at such times and at such places in Canada as are considered necessary by the Chairman for the proper conduct of its business.

(2) The Refugee Division shall deal with all proceedings before it as informally and expeditiously as the circumstances and the considerations of fairness permit.

(3) The Refugee Division is not bound by any legal or technical rules of evidence and, in any proceedings before it, it may receive and base a decision on evidence adduced in the proceedings and considered credible or trustworthy in the circumstances of the case.

(4) The Refugee Division may, in any proceedings before it, take notice of any facts that may be judicially noticed and, subject to subsection (5), of any other generally recognized facts and any information or opinion that is within its specialized knowledge.

(5) Before the Refugee Division takes notice of any facts, information or opinion, other than facts that may be judicially noticed, in any proceedings, the Division shall notify the Minister, if present at the proceedings, and the person who is the subject of the proceedings of its intention and afford them a reasonable opportunity to make representations with respect thereto.

69.1 (1) Subject to subsection (2), where a person's claim to be a Convention refugee is referred to the Refugee Division pursuant to subsection 46.02(2) or 46.03(5), the Division shall as soon as practicable commence a hearing into the claim.

(2) Where a person's claim to be a Convention refugee is referred to the Refugee Division pursuant to subsection 46.02(2) or 46.03(5) and a conditional removal order is made against, or a conditional departure notice is issued to, that person, a time for the commencement of the hearing by the Division into the claim shall be set within ten days after the conclusion of the inquiry.

(3) The Refugee Division shall notify the claimant and the Minister in writing of the time and place set for the hearing into the claim.

(4) A hearing into a claim shall be held in the presence of the claimant.

entendre et juger sur des questions de droit et de fait, y compris des questions de compétence.

(2) La section du statut et chacun de ses membres sont investis des pouvoirs d'un commissaire nommé aux termes de la partie I de la *Loi sur les enquêtes*. Ils peuvent notamment, dans le cadre d'une audience:

a) par citation adressée aux personnes ayant connaissance de faits se rapportant à l'affaire dont ils sont saisis, leur enjoindre de comparaître comme témoins aux date, heure et lieu indiqués et d'apporter et de produire tous documents, livres ou pièces, utiles à l'affaire, dont elles ont la possession ou la responsabilité;

b) faire prêter serment et interroger sous serment;

c) par commission rogatoire ou requête, faire recueillir des éléments de preuve au Canada;

d) prendre toutes autres mesures nécessaires à une instruction approfondie de l'affaire.

68. (1) La section du statut siège au Canada aux lieux, dates et heures choisis par le président en fonction de ses travaux.

(2) Dans la mesure où les circonstances et l'équité le permettent, la section du statut fonctionne sans formalisme et avec célérité.

(3) La section du statut n'est pas liée par les règles légales ou techniques de présentation de la preuve. Elle peut recevoir les éléments qu'elle juge crédibles ou dignes de foi en l'occurrence et fonder sur eux sa décision.

(4) La section du statut peut admettre d'office les faits ainsi admissibles en justice de même que, sous réserve du paragraphe (5), les faits généralement reconnus et les renseignements ou opinions qui sont du ressort de sa spécialisation.

(5) Sauf pour les faits qui peuvent être admis d'office en justice, la section du statut informe le ministre, s'il est présent à l'audience, et la personne visée par la procédure de son intention d'admettre d'office des faits, renseignements ou opinions et leur donne la possibilité de présenter leurs observations à cet égard.

69.1 (1) La section du statut entend dans les meilleurs délais la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention dont elle est saisie aux termes du paragraphe 46.02(2) ou 46.03(5).

(2) Lorsque l'intéressé est sous le coup d'une mesure de renvoi conditionnel ou d'un avis d'interdiction de séjour conditionnelle, la date de l'audience sur la revendication dont la section du statut est saisie aux termes du paragraphe 46.02(2) ou 46.03(5) doit être fixée dans les dix jours qui suivent la fin de l'enquête.

(3) La section du statut notifie par écrit à l'intéressé et au ministre les date, heure et lieu de l'audience.

(4) L'audience sur la revendication se tient en présence de l'intéressé.

(5) At the hearing into a claim, the Refugee Division  
(a) shall afford the claimant a reasonable opportunity to present evidence, cross-examine witnesses and make representations; and

(b) shall afford the Minister a reasonable opportunity to present evidence and, if the Minister notifies the Refugee Division that the Minister is of the opinion that matters involving section E or F of Article 1 of the Convention or subsection 2(2) of this Act are raised by the claim, to cross-examine witnesses and make representations.

(6) If a claimant or a claimant's counsel or agent fails to appear at the time and place set by the Refugee Division for the hearing into the claim or, in the opinion of the Division, is otherwise in default in the prosecution of the claim, the Division may, after giving the claimant a reasonable opportunity to be heard, declare the claim to have been abandoned.

(7) Subject to subsection (8), two members constitute a quorum of the Refugee Division for the purposes of a hearing under this section.

(8) One member of the Refugee Division may hear and determine a claim under this section if the claimant so requests or consents thereto, and the provisions of this Part apply in respect of a member so acting as they apply in respect of the Refugee Division and the disposition of the claim by the member shall be deemed to be the disposition of the Refugee Division.

(9) The Refugee Division shall determine whether or not the claimant is a Convention refugee and shall render its decision as soon as possible after completion of the hearing and send a written notice of the decision to the claimant and the Minister.

(10) In the event of a split decision, the decision favourable to the claimant shall be deemed to be the decision of the Refugee Division.

(11) The Refugee Division may give written reasons for its decision on a claim, except that

(a) if the decision is against the claimant, the Division shall give written reasons with the decision; and

(b) if the Minister or the claimant requests written reasons within ten days after the day on which the Minister or claimant is notified of the decision, the Division shall forthwith give written reasons.

(12) If the Refugee Division determines that a claimant is not a Convention refugee and does not have a credible basis for the claim to be a Convention refugee, the Refugee Division shall so indicate in its decision on the claim.

The members of the panel obviously misapprehended the nature of the power conferred by subsections 68(4) and 68(5). By its terms, subsection 68(4) is limited to facts which may be judicially noticed, generally recognized facts, and information or opinion that is within the Board's specialized knowledge. By no stretch of the imagination, could the details of the charges and of the dispositions against the persons involved in the Nigerian blackout of October 1988, or the details

(5) À l'audience, la section du statut est tenue de donner à l'intéressé et au ministre la possibilité de produire des éléments de preuve, de contre-interroger des témoins et de présenter des observations, ces deux derniers droits n'étant toutefois accordés au ministre que s'il l'informe qu'à son avis, la revendication met en cause la section E ou F de l'article premier de la Convention ou le paragraphe 2(2) de la présente loi.

(6) Faute pour l'intéressé ou son avocat ou mandataire de comparaître aux date, heure et lieu fixés pour l'audience, ou si elle estime qu'il y a défaut par ailleurs de leur part dans la poursuite de leur réclamation la section du statut peut, après avoir donné à l'intéressé la possibilité de se faire entendre, conclure au désistement.

(7) Le quorum de la section du statut lors d'une audience tenue dans le cadre du présent article est constitué de deux membres.

(8) Sur demande de l'intéressé ou avec son consentement, la revendication peut être jugée par un seul membre de la section du statut; le cas échéant, les dispositions de la présente partie relatives à la section s'appliquent à ce membre et la décision de celui-ci vaut la décision de la section.

(9) La section du statut rend sa décision sur la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention le plus tôt possible après l'audience et la notifie à l'intéressé et au ministre par écrit.

(10) En cas de partage, la section du statut est réputée rendre une décision en faveur de l'intéressé.

(11) La section du statut n'est tenue de motiver par écrit sa décision que si soit celle-ci est défavorable à l'intéressé, soit le ministre ou l'intéressé le demande dans les dix jours suivant sa notification, auquel cas la transmission des motifs se fait sans délai.

(12) Si elle conclut que le demandeur n'est pas un réfugié au sens de la Convention et que la revendication de celui-ci n'a pas un minimum de fondement, la section du statut en fait état dans sa décision.

À l'évidence, les membres de la formation ont mal interprété la nature du pouvoir conféré par les paragraphes 68(4) et 68(5). Par ses termes, le paragraphe 68(4) est limité aux faits qui peuvent être admis d'office en justice, aux faits généralement reconnus et aux renseignements ou opinions qui sont du ressort de la spécialisation de la Commission. Même en faisant un gros effort d'imagination, on ne saurait dire que les détails sur les accusations et sur les décisions prises contre les

of the publication schedule of the Nigerian Daily Times fall into any of those categories.

While it is possible, as argued by counsel for the Minister, that subsection 67(2) gives to the Board the power to institute inquiries on its own, it is clear that such powers may only be exercised “for the purposes of a hearing”. More specifically, the power given by paragraph 67(2)(d) and relied on by counsel may only be invoked if “necessary to provide a full and proper hearing” [underlining added].

But there is more. Subsection 69.1(4) specifically requires that the Refugee Division hold its hearings in the presence of the claimant. A consideration of the scheme of sections 67 to 69.1 inclusive makes it abundantly clear that the Board is only to proceed to the determination of refugee claims by way of hearing. In the context, this must mean an oral hearing. The Board has no power to take evidence other than at a hearing and, absent a proper waiver, such hearing must be in the presence of the claimant.

In the present case, the Board, following the conclusion of its hearing, received a large quantity of evidence upon which it relied for the purposes of its decision. There is no question of any waiver and the applicant’s counsel’s specific objection and request for a re-opening of the hearing was simply ignored. The decision cannot stand.

I would allow the section 28 application, set aside the decision and remit the matter to the Board for a new hearing to be held in the presence of the claimant.

PRATTE J.A.: I agree.

MARCEAU J.A.: I agree.

personnes impliquées dans la panne d’électricité qui a eu lieu au Nigéria en octobre 1988, ou les détails sur le programme de publication du Daily Times nigérien relèvent de l’une quelconque de ces catégories.

Certes, il se peut, comme l’a prétendu l’avocate du ministre, que la Commission tiende du paragraphe 67(2) le pouvoir de faire enquête de sa propre initiative; mais il est clair que ces pouvoirs doivent être exercés seulement «dans le cadre d’une audience». Plus particulièrement, le pouvoir conféré par l’alinéa 67(2)d) et invoqué par l’avocate ne peut être exercé que si cela est «nécessaire [...] à une instruction approfondie de l’affaire» [soulignements ajoutés].

Mais il y a davantage encore. Le paragraphe 69.1(4) exige expressément que la section du statut tiende ses audiences en présence de l’intéressé. Il est tout à fait clair que, compte tenu de l’économie des articles 67 à 69.1 inclusivement, la Commission doit se prononcer sur les revendications du statut de réfugié seulement par voie d’audience. Dans le contexte, il doit s’agir d’une audience orale. La Commission n’est nullement habilitée à recueillir des éléments de preuve si ce n’est à une audience et, en l’absence d’une renonciation appropriée, une telle audience doit être tenue en présence de l’intéressé.

En l’espèce, la Commission, après la fin de son audience, a reçu une grande quantité d’éléments de preuve sur laquelle elle s’est appuyée pour rendre sa décision. Il n’est nullement question de renonciation et on n’a tenu aucun compte de l’opposition expresse de la part de l’avocate du requérant ni de sa demande de réouverture de l’audience. La décision ne saurait être confirmée.

J’accueillerais la demande fondée sur l’article 28, j’annulerais la décision et je renverrais l’affaire à la Commission pour qu’elle tiende une nouvelle audience en présence de l’intéressé.

LE JUGE PRATTE, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

A-207-90

A-207-90

**C. D. (Applicant)**

v.

**Minister of National Revenue (Respondent)**

INDEXED AS: C.D. v. M.N.R. (C.A.)

Court of Appeal, Mahoney, MacGuigan and Décary J.J.A.—Ottawa, March 15, 1991.

*Income tax — Practice — Tax Court of Canada Act, s. 16 permitting in camera hearing where justified by circumstances — Applicant fearing disciplinary proceedings by professional body if conduct disclosed through tax proceedings — Unlikely to proceed with appeal from reassessment if not held in camera — Not ground for in camera hearing — Statement in Scott v. Scott (H.L.) exclusion of public permitted where parties otherwise deterred from seeking justice limited to cases where secrecy of essence i.e. secret processes — Attorney General of Nova Scotia et al. v. MacIntyre, incorporating Scott into Canadian law, only re: secret processes — Tax proceedings not frustrated if held in open court — Confidentiality for purposes of Income Tax Act, recognized by s. 241, not circumstance justifying in camera hearing under Tax Court of Canada Act.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — Charter, s. 2(b) recognition of freedom of press reinstating principle of openness of courts in original dimension, if principle diluted by statutory exceptions — Statutory provision permitting in camera proceedings constitutionally valid only in clearest of circumstances, i.e. where need to protect social values of superordinate importance — Need not to deter taxpayers from making honest self-assessment of income tax by subjecting them to adverse consequences not value of superordinate importance — Fear of disciplinary proceedings for breach of rules of professional body not ground for ordering in camera hearing under Tax Court of Canada Act, s. 16.*

*Practice — Evidence — Application for order Tax Court hearing held in camera — If applicant testifies, may invoke Canada Evidence Act s. 5, Charter s. 13 before disciplinary tribunal — Person facing possible disciplinary proceedings should not have more protection than Charter affording witnesses fearing criminal proceedings — Fear of disciplinary proceedings for breach of rules of professional body not ground for ordering in camera hearing under Tax Court of Canada Act, s. 16.*

**C. D. (requérant)**

c.

**<sup>a</sup> Ministre du Revenu national (intimé)**

RÉPERTORIÉ: C.D. c. M.R.N. (C.A.)

<sup>b</sup> Cour d'appel, juges Mahoney, MacGuigan et Décary, J.C.A.—Ottawa, 15 mars 1991.

*Impôt sur le revenu — Pratique — L'art. 16 de la Loi sur la Cour canadienne de l'impôt permet la tenue d'audiences à huis clos lorsque les circonstances le justifient — Le requérant craignait d'être assujéti à des procédures disciplinaires devant un organisme professionnel si sa conduite était dévoilée au cours de procédures en matière fiscale — Il ne poursuivra probablement pas l'appel interjeté d'une nouvelle cotisation si celui-ci ne se tient pas à huis clos — Il ne s'agit pas d'un motif adéquat pour ordonner la tenue d'une audience à huis clos — Le principe de l'arrêt Scott v. Scott (H.L.) selon lequel on pourrait permettre l'exclusion du public lorsque les parties seraient dissuadées de demander justice se limite aux cas où le secret est l'essence même de la cause, par exemple lorsqu'il s'agit de procédés secrets — L'arrêt Procureur général de la Nouvelle-Écosse et autre c. MacIntyre incorpore le principe de l'arrêt Scott au droit canadien uniquement à l'égard des procédés secrets — Les procédures en matière fiscale ne seraient pas vaines si elles avaient lieu devant une cour publique — Le caractère confidentiel pour les fins de la Loi de l'impôt sur le revenu, reconnu à l'art. 241, ne constitue pas une circonstance qui justifie la tenue d'audiences à huis clos sous le régime de la Loi sur la Cour canadienne de l'impôt.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — La reconnaissance de la liberté de presse à l'art. 2b) de la Charte a redonné sa dimension originale au principe de la publicité, si tant est que ce principe fût dilué par des exceptions d'origine législative — Une disposition législative permettant la tenue de procédures à huis clos ne sera valide conformément à la Constitution que dans les cas les plus clairs, soit s'il est nécessaire de protéger des valeurs sociales qui ont préséance — La nécessité de ne pas dissuader les contribuables de procéder à des auto-cotisations honnêtes de leur impôt sur le revenu en les rendant passibles de conséquences fâcheuses n'est pas une valeur qui a préséance — La crainte de procédures disciplinaires pour inobservation des règles d'un organisme professionnel n'est pas un motif adéquat pour qu'on ordonne la tenue d'audiences à huis clos sous le régime de l'art. 16 de la Loi sur la Cour canadienne de l'impôt.*

*Pratique — Preuve — Demande visant à obtenir que la Cour tienne ses audiences à huis clos — Si le requérant témoigne, il peut invoquer l'art. 5 de la Loi sur la preuve au Canada et l'art. 13 de la Charte — La personne qui est passible de procédures disciplinaires ne devrait pas jouir d'une protection plus grande que celle qui est accordée par la Charte aux témoins qui craignent des procédures pénales — La crainte de procédures disciplinaires pour inobservation des règles d'un organisme professionnel n'est pas un motif adéquat pour qu'on ordonne la tenue d'audiences à huis clos sous le régime de l'art. 16 de la Loi sur la Cour canadienne de l'impôt.*

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 3, 5.

*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), 13.

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 16, 241 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 107; c. 68, s. 117; c. 140, s. 126; 1984, c. 19, s. 30; 1986, c. 55, s. 77; 1987, c. 46, s. 68; 1988, c. 51, s. 14; c. 55, s. 183; 1990, c. 1, s. 30; c. 35, s. 26).

*Tax Court of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. T-2, s. 16 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 48, s. 1).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; (1989), 103 A.R. 321; 64 D.L.R. (4th) 577; [1990] 1 W.W.R. 577; 71 Alta. L.R. (2d) 273; 45 C.R.R. 1; 102 N.R. 321.

## DISTINGUISHED:

*Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417 (H.L.); *Attorney General of Nova Scotia et al. v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; (1985), 49 N.S.R. (2d) 609; 132 D.L.R. (3d) 385; 96 A.P.R. 609; 65 C.C.C. (2d) 129; 26 C.R. (3d) 193; 40 N.R. 181; "A (Dr.)" and *Council of College of Physicians and Surgeons, Re* (1965), 53 D.L.R. (2d) 667; 53 W.W.R. 313 (B.C.S.C.).

## CONSIDERED:

*Attorney-General v. Butterworth*, [1962] 3 All E.R. 326 (C.A.); *B. (otherwise P.) v. Attorney-General*, [1965] 3 All E.R. 253 (P.D.A.); *R. v. A.*, [1990] 1 S.C.R. 992; (1990), 55 C.C.C. (3d) 570; 77 C.R. (3d) 232; 108 N.R. 214.

## REFERRED TO:

*McCleery v. The Queen*, [1974] 2 F.C. 352; (1974), 50 D.L.R. (3d) 387; 5 N.R. 229 (C.A.); *R v Chief Registrar of Friendly Societies ex p New Cross Building Society*, [1984] 2 All ER 27 (C.A.).

## COUNSEL:

*Joel A. Nitikman* for applicant.  
*Wilfrid Lefebvre, Q.C.*, and *Sandra Phillips* for respondent.

## 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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 2b), 13.

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 16, 241 (mod. par S.C. 1977-78, chap. 1, art. 101, item 46; 1980-81-82-83, chap. 48, art. 107; chap. 68, art. 117; chap. 140, art. 126; 1984, chap. 19, art. 30; 1986, chap. 55, art. 77; 1987, chap. 46, art. 68; 1988, chap. 51, art. 14; chap. 55, art. 183; 1990, chap. 1, art. 30; chap. 35, art. 26).

*Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.R.C., (1985), chap. T-2, art. 16, (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 48, art. 1).

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), chap. C-5, art. 3, 5.

## JURISPRUDENCE

d

## DÉCISION APPLIQUÉE:

*Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; (1989), 103 A.R. 321; 64 D.L.R. (4th) 577; [1990] 1 W.W.R. 577; 71 Alta. L.R. (2d) 273; 45 C.R.R. 1; 102 N.R. 321.

e

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417 (H.L.); *Procureur général de la Nouvelle-Écosse et autre c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; (1985), 49 N.S.R. (2d) 609; 132 D.L.R. (3d) 385; 96 A.P.R. 609; 65 C.C.C. (2d) 129; 26 C.R. (3d) 193; 40 N.R. 181; «A (Dr.)» and *Council of College of Physicians and Surgeons, Re* (1965), 53 D.L.R. (2d) 667; 53 W.W.R. 313 (C.S.C.-B.).

g

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Attorney-General v. Butterworth*, [1962] 3 All E.R. 326 (C.A.); *B. (otherwise P.) v. Attorney-General*, [1965] 3 All E.R. 253 (P.D.A.); *R. c. A.*, [1990] 1 R.C.S. 992; (1990), 55 C.C.C. (3d) 570; 77 C.R. (3d) 232; 108 N.R. 214.

h

## DÉCISIONS CITÉES:

*McCleery c. La Reine*, [1974] 2 C.F. 352; (1974), 50 D.L.R. (3d) 387; 5 N.R. 229 (C.A.); *R v Chief Registrar of Friendly Societies ex p New Cross Building Society*, [1984] 2 All ER 27 (C.A.).

## AVOCATS:

j

*Joel A. Nitikman* pour le requérant.  
*Wilfrid Lefebvre, c.r.*, et *Sandra Phillips* pour l'intimé.



## SOLICITORS:

*Fraser & Beatty*, Vancouver, for applicant.

*Ogilvy Renault*, Montréal, for respondent.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

DÉCARY J.A.: The applicant appealed to the Tax Court of Canada from a reassessment of his liability to tax made by the respondent. Prior to the hearing of the appeal, counsel for the applicant made an application under section 16 of the *Tax Court of Canada Act*<sup>1</sup> for an order that the hearing be held *in camera*.

The application for an *in camera* hearing was based on the fact that the applicant, a member of a professional body, was fearful that his conduct, which would be revealed through the tax proceedings, might subject him to disciplinary measures. In a “without prejudice” conversation he had with a representative of that professional body whom he had contacted to enquire whether his fears were well founded, he was told that if the tax case were to be publicized, a complaint was likely to be filed against him by a fellow member, he would likely be brought before a disciplinary board and he might be subject to disciplinary proceedings.<sup>2</sup> The applicant testified that until that conversation, his intention was to proceed with his appeal from the reassessment, but that as a result of the conversation, he “probably won’t proceed” with the appeal if it is not heard *in camera*.

<sup>1</sup> Section 16 of the *Tax Court of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. T-2, as amended by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 48, s. 1, read at the time as follows:

16. A hearing before the Court may, on the application of the appellant, be held *in camera* if the appellant establishes to the satisfaction of the Court that the circumstances of the case justify *in camera* proceedings.

<sup>2</sup> While counsel for the applicant insisted at the hearing that the applicant was courting “professional suicide” if the tax case went public, there is nothing in the evidence that suggests what the disciplinary action might be.

## PROCUREURS:

*Fraser & Beatty*, Vancouver, pour le requérant.

*Ogilvy Renault*, Montréal, pour l’intimé.

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

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Le requérant a interjeté appel devant la Cour canadienne de l’impôt d’une nouvelle cotisation de son assujettissement à l’impôt établie par l’intimé. Avant que l’appel ne soit entendu, l’avocat du requérant a présenté une demande sous le régime de l’article 16 de la *Loi sur la Cour canadienne de l’impôt*<sup>1</sup> afin d’obtenir de la Cour qu’elle tienne ses audiences à huis clos.

La demande d’une audience à huis clos était fondée sur le fait que le requérant, en sa qualité de membre d’un organisme professionnel, craignait que sa conduite, qui serait dévoilée au cours des procédures de la Cour canadienne de l’impôt, puisse le rendre passible de mesures disciplinaires. Au cours d’une conversation «sans préjudice» avec un représentant de cet organisme professionnel auquel il s’était adressé pour vérifier si ses appréhensions étaient fondées, il a appris que, si la décision en matière fiscale était rendue publique, il risquait de faire l’objet d’une plainte de la part d’un collègue, d’être convoqué devant un comité de discipline et d’être assujéti à des procédures disciplinaires<sup>2</sup>. Le requérant a déclaré qu’avant cette conversation, il avait l’intention de poursuivre l’appel interjeté de la nouvelle cotisation, mais qu’à la suite de la conversation, il [TRADUCTION] «ne poursuivra probablement pas» l’appel si celui-ci ne se tient pas à huis clos.

<sup>1</sup> L’article 16 de la *Loi sur la Cour canadienne de l’impôt*, L.R.C. (1985), chap. T-2, modifiée par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 48, art. 1, portait alors:

16. La Cour peut tenir ses audiences à huis clos à la demande de l’appellant si celui-ci lui démontre que les circonstances le justifient.

<sup>2</sup> Même si l’avocat du requérant a soutenu avec insistance au cours de l’audience que le requérant s’exposait à un «suicide professionnel» si l’affaire fiscale était rendue publique, aucun élément de la preuve n’indique la nature de la mesure disciplinaire éventuelle.

The Associate Chief Justice of the Tax Court dismissed the application for an *in camera* hearing and the applicant thereafter filed this section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7] application, which was ordered by this Court to be held *in camera*.

Counsel for the applicant relied heavily on the following statement by Earl Loreburn in *Scott v. Scott*:<sup>3</sup>

It would be impossible to enumerate or anticipate all possible contingencies, but in all cases where the public has been excluded with admitted propriety the underlying principle, as it seems to me, is that the administration of justice would be rendered impracticable by their presence, whether because the case could not be effectively tried, or the parties entitled to justice would be reasonably deterred from seeking it at the hands of the Court. [My emphasis.]

In counsel's view, that statement was adopted by a majority of the Law Lords in that case and introduced into Canadian jurisprudence by the decision of Mr. Justice Dickson, later Chief Justice, in *Attorney General of Nova Scotia et al. v. MacIntyre*.<sup>4</sup>

Counsel argued, basically, that the applicant had a fear of adverse consequences from testifying in open court, that he was deterred from seeking justice in the Tax Court if the proceedings were in public and that the test set out by Earl Loreburn applied to his case.

With respect, I am unable to agree with the interpretation given by counsel to that test nor with his submission that Earl Loreburn's statement was approved by his colleagues and became part of our jurisprudence through the *MacIntyre* decision.

That test was formulated by Earl Loreburn in a very specific context, i.e., "when the subject-matter of the action would be destroyed by a hearing in open Court, as in a case of some secret process of manufacture," and when "There would be in effect a denial of justice" (at page 445) in the particular action. Where secrecy or confidentiality of information is precisely what is at issue in a proceeding, the party seeking to protect that information would most certainly be deterred from

Le juge en chef adjoint de la Cour canadienne de l'impôt a rejeté la demande d'audience à huis clos; le requérant a par la suite déposé la présente demande fondée sur l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7], à l'égard de laquelle la Cour a ordonné le huis clos.

L'avocat du requérant s'est fondé principalement sur la déclaration suivante du comte Loreburn dans l'arrêt *Scott v. Scott*:<sup>3</sup>

[TRADUCTION] . . . Il serait impossible d'énumérer ou de prévoir toutes les situations possibles, mais dans toutes les affaires où le public a été exclu de bon droit, le principe sous-jacent est, selon moi, que l'administration de la justice ne pourrait avoir lieu en sa présence, soit parce que l'affaire ne pourrait être jugée efficacement, ou que les parties qui ont le droit de demander justice seraient raisonnablement dissuadées de le demander devant la Cour. [Souligné par mes soins.]

Selon l'avocat, ce principe aurait été adopté par une majorité de lords juges dans cette affaire puis introduit dans la jurisprudence canadienne par les motifs du juge Dickson, plus tard juge en chef, dans *Procureur général de la Nouvelle-Écosse et autre c. MacIntyre*.<sup>4</sup>

L'avocat a fait valoir, essentiellement, que le requérant craignait d'encourir des conséquences fâcheuses par suite de sa déposition devant une cour publique, qu'il était dissuadé de demander la justice devant la Cour canadienne de l'impôt si les procédures avaient lieu en public, et que le critère établi par le comte Loreburn s'appliquait à son cas.

Avec égards, je ne puis admettre l'interprétation donnée à ce critère par l'avocat, ni sa proposition selon laquelle la déclaration du comte Loreburn a été approuvée par ses collègues puis est devenue partie intégrante de notre jurisprudence grâce à l'arrêt *MacIntyre*.

Le critère a été formulé par le comte Loreburn dans un contexte très précis, c'est-à-dire [TRADUCTION] «lorsque l'objet même de l'action serait annihilé par une audience tenue devant une Cour publique, comme dans le cas de certains procédés secrets de fabrication», et lorsque [TRADUCTION] «il y aurait effectivement un déni de justice» (à la page 445) dans un cas particulier. Lorsque le caractère secret ou confidentiel des renseignements est précisément ce qui est en litige dans une procé-

<sup>3</sup> [1913] A.C. 417 (H.L.), at p. 446.

<sup>4</sup> [1982] 1 S.C.R. 175.

<sup>3</sup> [1913] A.C. 417 (H.L.), à la p. 446.

<sup>4</sup> [1982] 1 R.C.S. 175.

seeking justice in the hands of the Court if “the secret was to be communicated to all the world” (at page 445). In the case at bar, the applicant is deterred from seeking justice not because the actual proceedings in the Tax Court which he wants to have heard *in camera* would be frustrated if they were held in open court, but because some other hypothetical proceedings in another tribunal might take place. This is not, I suggest, what Earl Loreburn had in mind.<sup>5</sup>

Even if this was what Earl Loreburn had in mind, a close reading of the opinions of the five Law Lords who sat in *Scott* reveals that the extent of the consensus was much narrower<sup>6</sup> and can be reduced to two propositions. The first one is that the broad principle that the courts must administer justice in public is “one of the surest guarantees of our liberties” and “the very foundations of public and private security.”<sup>7</sup> The second one is that this broad principle is “subject to apparent exceptions” which are themselves “the outcome of a yet more fundamental principle that the chief object of Courts of justice must be to secure that justice is done.”<sup>8</sup> These “narrowly defined exceptions” . . . “which are acknowledged to the application of the rule prescribing the publicity of Courts of justice are, first, in suits affecting wards; secondly, in

<sup>5</sup> Counsel submitted, on the basis of the decision of Lord Denning, M.R. in *Attorney-General v. Butterworth*, [1962] 3 All E.R. 326 (C.A.), that courts can sit *in camera* when public hearings could deter witnesses from coming forward in aid of legal proceedings. This is a most erroneous reading of that decision, which simply declared “that the victimisation of a witness is a contempt of court, whether done whilst the proceedings are still pending or after they have finished” (at p. 329). This decision in effect weakens, rather than supports, the “deterrence” test as interpreted by the applicant.

<sup>6</sup> In *B. (otherwise P.) v. Attorney-General*, [1965] 3 All E.R. 253 (P.D.A.), Wrangham J. commenting on the “deterrence” test formulated by Earl Loreburn, stated that “That, however, was not, as I understand it, the view clearly expressed by any of the other learned law lords in that case” (at p. 255).

<sup>7</sup> Lord Shaw of Dunfermline, at p. 476.

<sup>8</sup> Viscount Haldane, L.C., at p. 437.

<sup>9</sup> *Ibid.*, at p. 434.

la partie qui cherche à protéger ces renseignements serait très certainement dissuadée de demander justice devant la Cour si «le secret devait être communiqué au monde entier» (à la page 445). En l'espèce, le requérant hésite à demander justice non parce que les procédures mêmes de la Cour canadienne de l'impôt pour lesquelles il demande le huis clos seraient vaines si elles avaient lieu devant une cour publique, mais plutôt parce que d'autres procédures hypothétiques pourraient par la suite avoir lieu devant un autre tribunal. Ce n'est pas là, selon moi, ce que le comte Loreburn avait en vue.<sup>5</sup>

Même si c'est ce qu'envisageait le comte Loreburn, une lecture attentive des opinions des cinq lords juges qui ont entendu l'affaire *Scott* montre que la portée du consensus était beaucoup plus étroite<sup>6</sup> et qu'elle peut se réduire à deux propositions. La première est que le principe général selon lequel les cours doivent administrer publiquement la justice est [TRADUCTION] «d'une des plus importantes garanties de nos libertés» et «constitue le fondement même de la sécurité publique et privée»<sup>7</sup>. La deuxième est que ce principe général [TRADUCTION] «souffre d'apparentes exceptions» qui elles-mêmes [TRADUCTION] «résultent d'un principe plus fondamental selon lequel l'objectif premier des cours de justice doit être de faire en sorte que justice soit rendue»<sup>8</sup>. Ces [TRADUCTION] «exceptions définies strictement»<sup>9</sup> . . . «qui sont

<sup>5</sup> L'avocat a prétendu, en invoquant la décision de lord Denning, M.R., dans l'affaire *Attorney-General v. Butterworth*, [1962] 3 All E.R. 326 (C.A.), que les cours peuvent procéder à huis clos lorsque des audiences publiques dissuaderaient des témoins de comparaître pour apporter leur contribution à des procédures judiciaires. Il s'agit là d'une interprétation absolument erronée de cette décision, qui a déclaré tout simplement [TRADUCTION] «que le fait d'exercer des repraisilles contre un témoin constitue un outrage au tribunal, peu importe que celles-ci aient lieu pendant ou après l'instance» (à la p. 329). Cette décision a pour effet d'affaiblir plutôt que d'étayer le critère de «dissuasion» tel qu'il est interprété par le requérant.

<sup>6</sup> Dans *B. (otherwise P.) v. Attorney-General*, [1965] 3 All E.R. 253 (P.D.A.), le juge Wrangham, en commentant le critère de «dissuasion» établi par le comte Loreburn, a déclaré ce qui suit: [TRADUCTION] «Tel n'était cependant pas, selon moi, l'avis exprimé clairement par les autres lords juges dans cette affaire» (à la p. 255).

<sup>7</sup> Lord Shaw de Dunfermline, à la p. 476.

<sup>8</sup> Vicomte Haldane, L.C., à la p. 437.

<sup>9</sup> *Ibid.*, à la p. 434.

lunacy proceedings; and, thirdly, in those cases where secrecy, as, for instance, the secrecy of a process of manufacture or discovery or invention—trade secrets—is of the essence of the cause . . . . The third case—that of secret processes, inventions, documents, or the like—depends upon this: that the rights of the subject are bound up with the preservation of the secret. To divulge that to the world, under the excuse of a report of proceedings in a Court of law, would be to destroy that very protection which the subject seeks at the Court's hands.”<sup>10</sup>

It is true, as Earl Loreburn points out, that “[i]t would be impossible to enumerate or anticipate all possible contingencies”, but any extension of the recognized exceptions beyond the narrow scope given to them by Viscount Haldane, by the Lord of Halsbury and by Lord Shaw of Dunfermline would need to be done with extreme care and in most unique circumstances.

In any event, it is somewhat futile to speculate as to the proper reading of the view of the Law Lords in *Scott* because, in my opinion, they were incorporated into Canadian law only to the extent that they were adopted by Dickson J., later Chief Justice, in *MacIntyre*,<sup>11</sup> which is as follows:

It is now well established . . . that covertness is the exception and openness the rule. Public confidence in the integrity of the court system and understanding of the administration of justice are thereby fostered. As a general rule the sensibilities of the individuals involved are no basis for exclusion of the public from judicial proceedings.

The authorities have held that subject to a few well-recognized exceptions, as in the case of infants, mentally disordered persons or secret processes, all judicial proceedings must be held in public.

In my view, curtailment of public accessibility can only be justified where there is present the need to protect social values of superordinate importance.

<sup>10</sup> Lord Shaw of Dunfermline, at pp. 482-483.

<sup>11</sup> *Supra*, note 4, at pp. 185-187. See also, *McCleery v. The Queen*, [1974] 2 F.C. 352 (C.A.), at p. 357.

reconnues, à l'application de la règle exigeant la publicité des cours de justice s'appliquent premièrement dans des affaires de pupilles sous tutelle judiciaire; deuxièmement, dans des cas d'aliénés; et troisièmement, dans les affaires où le secret, comme, par exemple, le secret entourant un procédé de fabrication, une découverte ou une invention — des secrets industriels — est l'essence même de la cause . . . . Le troisième cas, soit celui des procédés, inventions ou documents secrets, ou autres éléments semblables, dépend du fait suivant: les droits du justiciable sont liés au respect du secret. Divulguer ces renseignements à la faveur de la publication d'une instance devant une cour de droit entraînerait la disparition de la protection même que le justiciable cherche à obtenir devant la Cour»<sup>10</sup>.

Il est vrai, comme le souligne le comte Loreburn, qu' [TRADUCTION] «il serait impossible d'énumérer ou de prévoir toutes les situations possibles», mais toute extension des exceptions reconnues au-delà de la portée étroite qui leur a été donnée par le vicomte Haldane, par lord Halsbury et par lord Shaw de Dunfermline ne devrait être accordée qu'avec une extrême prudence et dans les circonstances les plus extraordinaires.

De toute façon, il est un peu futile de spéculer sur la façon d'interpréter l'opinion des lords juges dans l'arrêt *Scott* puisque, à mon avis, ces principes ont été incorporés au droit canadien uniquement dans la mesure où ils ont été adoptés par le juge Dickson, plus tard juge en chef, dans l'arrêt *MacIntyre*<sup>11</sup>, en ces termes:

Il est aujourd'hui bien établi cependant que le secret est l'exception et que la publicité est la règle. Cela encourage la confiance du public dans la probité du système judiciaire et la compréhension de l'administration de la justice. En règle générale, la susceptibilité des personnes en cause ne justifie pas qu'on exclut le public des procédures judiciaires.

Selon les autorités, sauf à quelques exceptions bien établies, comme le cas des enfants, des malades mentaux ou des procédés secrets, les procédures judiciaires doivent toutes se dérouler en public.

À mon avis, restreindre l'accès du public ne peut se justifier que s'il est nécessaire de protéger des valeurs sociales qui ont préséance.

<sup>10</sup> Lord Shaw de Dunfermline, aux p. 482 et 483.

<sup>11</sup> *Supra*, note 4, aux p. 185 à 186. Voir aussi *McCleery c. La Reine*, [1974] 2 C.F. 352 (C.A.), à la p. 357.

A recent illustration of a unique circumstance that justified a widening of the "classes" indicated in *Scott* is found in *R. v. A.*,<sup>12</sup> where the Supreme Court of Canada ordered that proceedings before it be held *in camera* on the basis that disclosure posed a serious risk to the safety of a person and to members of his family, when that person was under the protection of the RCMP and subpoenaed to testify in a criminal trial.

In reading *Scott* and *MacIntyre*, we should keep in mind (a) that in neither case was there a statutory authority given to the courts to order hearings *in camera* and (b) most importantly, that 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]] considerations did not come into play.

One could argue that common law exceptions have lost some of their rigidity with the advent of numerous statutory exceptions through which Parliament has expressly indicated to the courts that, with respect to a given situation, the principle of openness could be dispensed with. One could argue, to the contrary, that statutory provisions have generally been made to confirm cases which would otherwise benefit from the common law exceptions.

There is no need, however, to choose between these two approaches for, with the advent of the Charter and more specifically with the recognition in its paragraph 2(b) of the freedom of the press, openness of the courts became an even better recognized and protected principle than it was at common law. As Cory J. stated in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*:<sup>13</sup>

It seems that the rights enshrined in s. 2(b) should therefore only be restricted in the clearest of circumstances.

Therefore, a statutory provision permitting *in camera* proceedings will only be constitutionally

<sup>12</sup> [1990] 1 S.C.R. 992.

<sup>13</sup> [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1336.

Une illustration récente de circonstances extraordinaires qui ont justifié un élargissement des «catégories» mentionnées dans l'arrêt *Scott* est donnée dans l'affaire *R. c. A.*<sup>12</sup>, où la Cour suprême du Canada a ordonné que le pourvoi devant elle soit entendu à huis clos parce que la divulgation des procédures mettait en danger la sécurité d'une personne et des membres de sa famille, lorsque cette personne, alors sous la protection de la gendarmerie royale, était assignée à témoigner au cours d'une instance pénale.

En lisant les arrêts *Scott* et *MacIntyre*, il faut se rappeler a) que dans les deux cas les cours n'étaient pas habilitées par la loi à ordonner la tenue d'audiences à huis clos et b), plus important encore, que les principes énoncés dans 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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] n'entraient pas en jeu.

On pourrait prétendre que les exceptions reconnues par la common law ont perdu une partie de leur rigueur par suite de l'entrée en vigueur de nombreuses exceptions d'origine législative par lesquelles le Parlement indique expressément aux cours que, dans une situation donnée, il est possible de faire exception au principe de la publicité. On pourrait prétendre, au contraire, que les dispositions législatives sont généralement adoptées pour confirmer des cas qui, de toute façon, seraient visés par les exceptions reconnues par la common law.

Il n'y a toutefois pas lieu de choisir entre ces deux points de vue puisque, avec l'adoption de la Charte et, plus précisément, avec la reconnaissance de la liberté de presse à l'alinéa 2b) de celle-ci, la publicité des cours est devenue un principe mieux reconnu et mieux protégé qu'il ne l'était en vertu de la common law. Comme l'a déclaré le juge Cory dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*:<sup>13</sup>

Il semblerait alors que les libertés consacrées par l'al. 2b) de la Charte ne devraient être restreintes que dans les cas les plus clairs.

Par conséquent, une disposition législative permettant la tenue de procédures à huis clos ne sera

<sup>12</sup> [1990] 1 R.C.S. 992.

<sup>13</sup> [1989] 2 R.C.S. 1326, à la p. 1336.

valid “in the clearest of circumstances”, which may well be, to use the words of Dickson J. in *MacIntyre*, “where there is present the need to protect social values of superordinate importance.” In that sense I would say that the Charter has reinstated the principle of openness in its original dimension, if that principle had at all been diluted through statutory exceptions.

In the case at bar, the applicant’s fear of adverse consequences on his career should the Tax Court proceedings be conducted in public cannot, by any stretch of the imagination, be one of these “clear-est of circumstances” which would justify a departure from the broad principle of openness of our court system. The public interest right which the applicant is seeking to put in the balance against the public interest right of openness, is that of the need not to deter taxpayers from making honest self-assessment of their income tax by subjecting them to adverse consequences. Had that public interest right been a “value of superordinate importance” that called for hearings *in camera*, Parliament would have made such hearings the rule rather than the exception in section 16 of the Act. It is true that section 241 of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 107; c. 68, s. 117; c. 140, s. 126; 1984, c. 19, s. 30; 1986, c. 55, s. 77; 1987, c. 46, s. 68; 1988, c. 51, s. 14; c. 55, s. 183; 1990, c. 1, s. 30; c. 35, s. 26)] recognizes that confidentiality is necessary for the proper and effective administration of the *Income Tax Act*, but I am not prepared to consider confidentiality for the purposes of the *Income Tax Act* as one of the circumstances that would, under section 16 of the *Tax Court of Canada Act*, “justify *in camera* proceedings”.

To allow someone to seek justice *in camera* for the sole purpose of hiding from a professional body a conduct which might lead to disciplinary proceedings, would be doing precisely what Lord Shaw of Dunfermline, in *Scott*, at pages 484-485, warned the courts against:

valide conformément à la constitution «que dans les cas les plus clairs», soit, pour reprendre les mots du juge Dickson dans l’arrêt *MacIntyre*, «s’il est nécessaire de protéger des valeurs sociales qui ont préséance». En ce sens, je dirais que la Charte a redonné sa dimension originale au principe de la publicité, si tant est que ce principe fût dilué par des exceptions d’origine législative.

En l’espèce, la crainte qu’a le requérant de subir des conséquences fâcheuses pour sa carrière si les procédures de la Cour canadienne de l’impôt devaient se tenir en public ne peut, même avec beaucoup d’imagination, constituer un de ces «cas les plus clairs» qui justifierait une exception au principe général de publicité de notre système judiciaire. Le droit d’intérêt public que le requérant tente de faire valoir contre le droit d’intérêt public relatif à la publicité est celui de la nécessité de ne pas dissuader les contribuables de procéder à des auto-cotisations honnêtes de leur impôt sur le revenu en les rendant passibles de conséquences fâcheuses. Si ce droit d’intérêt public qui appelle des audiences à huis clos avait été une valeur qui a «préséance», le Parlement en aurait fait une règle plutôt qu’une exception, comme le prévoit l’article 16 de la Loi. Il est vrai que l’article 241 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, chap. 63 (mod. par S.C. 1977-78, chap. 1, art. 101, item 46; 1980-81-82-83, chap. 48, art. 107; chap. 68, art. 117; chap. 140, art. 126; 1984, chap. 19, art. 30; 1986, chap. 55, art. 77; 1987, chap. 46, art. 68; 1988, chap. 51, art. 14; chap. 55, art. 183; 1990, chap. 1, art. 30, chap. 35, art. 26)] reconnaît que le caractère confidentiel des renseignements est nécessaire à l’application adéquate et efficace de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, mais je ne suis pas prêt à considérer le caractère confidentiel pour les fins de la *Loi de l’impôt sur le revenu* comme l’une des circonstances qui, selon l’article 16 de la *Loi sur la Cour canadienne de l’impôt*, «justifie» la tenue d’audiences à huis clos.

Permettre à quelqu’un de demander justice à huis clos dans le seul but de dissimuler à un organisme professionnel une conduite qui pourrait donner lieu à des procédures disciplinaires serait faire précisément ce contre quoi lord Shaw de Dunfermline a mis les cours en garde dans l’arrêt *Scott*, aux pages 484 et 485:

There remains this point. Granted that the principle of openness of justice may yield to compulsory secrecy in cases involving patrimonial interest and property, such as those affecting trade secrets, or confidential documents, may not the fear of giving evidence in public, on questions of status like the present, deter witnesses of delicate feeling from giving testimony, and rather induce the abandonment of their just right by sensitive suitors? And may not that be a sound reason for administering justice in such cases with closed doors? For otherwise justice, it is argued, would thus be in some cases defeated. My Lords, this ground is very dangerous ground. One's experience shews that the reluctance to intrude one's private affairs upon public notice induces many citizens to forgo their just claims. It is no doubt true that many of such cases might have been brought before tribunals if only the tribunals were secret. But the concession to these feelings would, in my opinion, tend to bring about those very dangers to liberty in general, and to society at large, against which publicity tends to keep us secure . . . <sup>14</sup>

Moreover, to interpret section 16 in such a way as that suggested by the applicant might well allow for an unwarranted departure from the rules set up by sections 3 and 5 of the *Canada Evidence Act*<sup>15</sup> and by section 13 of the Charter. Perhaps, and I do not want to be seen as expressing any view on this issue, the applicant, if he were to testify before the Tax Court, might later avail himself before the disciplinary tribunal of the protection against incriminating evidence afforded by section 5 of the *Canada Evidence Act* and by section 13 of the Charter; but even if that were so, neither the Charter nor the *Canada Evidence Act* would afford him any protection against the publicity of the hearing before the Tax Court. With respect to evidence that might lead to criminal proceedings, the protection given would be that against its use,

<sup>14</sup> Counsel relied on "*A (Dr.) and Council of College of Physicians and Surgeons, Re* (1965), 53 D.L.R. (2d) 667 (B.C.S.C.), where the Supreme Court of British Columbia accepted to hear *in camera* an appeal from a decision of the College of Physicians and Surgeons depriving him of the right to practice his profession. The hearing before the council was *in camera*. That decision is not relevant, being at the most an indication that appeal or review courts might well decide to have *in camera* hearings when the proceedings appealed from or reviewed were themselves *in camera*. This, indeed, was the practice followed by this Court in the present case. See, on this practice, *R v Chief Registrar of Friendly Societies ex p New Cross Building Society*, [1984] 2 All ER 27 (C.A.), at p. 31, Sir John Donaldson M.R.

<sup>15</sup> R.S.C., 1985, c. C-5.

[TRANSDUCTION] Il reste le point suivant. En admettant que le principe de la publicité de la justice peut s'accommoder d'un secret obligatoire dans les affaires portant sur des intérêts et des biens patrimoniaux, notamment lorsqu'il s'agit de secrets industriels ou de documents confidentiels, la peur de témoigner en public sur des questions de statut, comme en l'espèce, ne peut-elle pas dissuader des témoins délicats de rendre témoignage, et inciter plutôt des demandeurs susceptibles à renoncer à l'exercice de leurs droits? Ne serait-ce pas là une bonne raison pour appliquer la justice à huis clos en pareil cas? Autrement, selon l'argument, la justice serait contrariée dans certains cas. Vos Seigneuries, ce motif est très dangereux. L'expérience montre que la réticence à dévoiler leurs intérêts privés en public incite bon nombre de citoyens à renoncer à leurs justes revendications. Il ne fait aucun doute que bon nombre d'affaires semblables auraient pu être portées devant les tribunaux si ceux-ci tenaient des séances secrètes. Mais, à mon avis, céder à ces sentiments risquerait d'entraîner les dangers mêmes à la liberté en général, et à la société dans son ensemble, contre lesquels la publicité tend à nous protéger . . . <sup>14</sup>

De plus, interpréter l'article 16 comme le suggère le requérant pourrait fort bien conduire à des exceptions injustifiées aux règles établies aux articles 3 et 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*<sup>15</sup> et à l'article 13 de la Charte. Il se peut, et je ne voudrais pas donner l'impression d'exprimer mon opinion sur cette question, que le requérant, après avoir témoigné devant la Cour canadienne de l'impôt, invoque par la suite devant le tribunal disciplinaire la protection contre les témoignages incriminants prévue à l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et à l'article 13 de la Charte; mais même si tel était le cas, ni la Charte, ni la *Loi sur la preuve au Canada* ne lui accorderait quelque protection contre la publicité de l'audience tenue devant la *Cour canadienne de l'impôt*. En ce qui a trait au témoignage qui pourrait entraîner des

<sup>14</sup> L'avocat s'est fondé sur la décision "*A (Dr.) and Council of College of Physicians and Surgeons, Re* (1965), 53 D.L.R. (2d) 667 (C.S.C.-B.), dans laquelle la Cour suprême de la Colombie-Britannique a accepté d'entendre à huis clos un appel interjeté d'une décision du Collège des médecins et des chirurgiens privant l'appelant de son droit de pratiquer sa profession. L'audience devant le conseil s'était tenue à huis clos. Cette décision n'est pas pertinente, puisqu'elle n'est tout au plus qu'une indication du fait que les cours d'appel ou de révision peuvent décider de tenir des audiences à huis clos lorsque les procédures visées par l'appel ou par la révision ont elles-mêmes eu lieu à huis clos. C'est effectivement la pratique suivie par notre Cour en l'espèce. Au sujet de cette pratique, voir *R v Chief Registrar of Friendly Societies ex p New Cross Building Society*, [1984] 2 All ER 27 (C.A.), à la p. 31, Sir John Donaldson M.R.

<sup>15</sup> L.R.C. (1985), chap. C-5.

and not that against its publicity, but with respect to eventual disciplinary proceedings the protection would be against the use of the evidence as well as against its publicity: this is an untenable position. To permit an *in camera* hearing in the Tax Court for fear of possible disciplinary measures would be tantamount to affording the applicant a protection not even afforded by the Charter to witnesses fearing criminal proceedings.

To use the words of the Associate Chief Justice of the Tax Court, "I know of no case, and (counsel for the applicant) could find none, that on its facts suggests that apprehension on the part of an appellant that he might be the subject of disciplinary proceedings for a breach of the rules of the professional body to which he belongs is a proper ground for ordering an *in camera* hearing in a court of law."

There being no error of law and the Associate Chief Justice having judicially exercised his discretion on the facts of the case, I would dismiss the application, with the proviso that the *in camera* order granted with respect to the proceedings in this Court be continued and that these reasons be made public with the letters "C.D." being used to identify the applicant.

MAHONEY J.A.: I agree.

MACGUIGAN J.A.: I agree.

procédures pénales, la protection s'appliquerait à l'égard de son emploi et non à l'égard de sa publicité, tandis que, dans des procédures disciplinaires éventuelles, la protection s'appliquerait à l'égard de l'emploi du témoignage comme à l'égard de sa publicité: il s'agit là d'une position intenable. Permettre une audience à huis clos devant la Cour canadienne de l'impôt par crainte de mesures disciplinaires éventuelles équivaldrait à accorder au requérant une protection que la Charte n'accorde même pas aux témoins qui craignent des procédures pénales.

Pour reprendre les termes du juge en chef adjoint de la Cour canadienne de l'impôt, «je ne connais aucune affaire, et (l'avocat du requérant) n'a pu en trouver aucune, qui, dans les faits, suggère que l'apprehension d'un appelant d'être assujetti à des procédures disciplinaires pour inobservation des règles de l'organisme professionnel auquel il appartient est un motif adéquat pour qu'on ordonne la tenue d'audiences à huis clos devant un tribunal judiciaire».

Puisqu'il n'y a aucune erreur de droit et que le juge en chef adjoint a exercé judiciairement sa discrétion à l'égard des faits de l'espèce, je rejette la requête, sous réserve que l'ordonnance à huis clos accordée à l'égard de la procédure devant notre Cour soit maintenue et que les présents motifs soient rendus publics avec l'utilisation des lettres «C.D.» pour identifier le requérant.

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

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



T-451-91

T-451-91

**Cree Regional Authority and Bill Namagoose  
(Applicants)**

v.

**Raymond Robinson (Respondent)**

INDEXED AS: CREE REGIONAL AUTHORITY v. CANADA (FEDERAL ADMINISTRATOR) (T.D.)

Trial Division, Rouleau J.—Montréal, March 11 and 13, 1991.\*

*Environment — Agreement signed with native peoples to plan and control development of the Northern Quebec Region — Great Whale River Hydroelectric Project Phase II of development — Federal authorities pressured by Indians to initiate environmental review procedures before construction begun — Federal administrator appointed to supervise environmental impact of future development and to protect areas of federal jurisdiction including Indian people — Project affecting social and economic future of native peoples and interfering with wildlife and habitat.*

*Native peoples — Lands — Agreement executed with native peoples to plan and control development of Northern Quebec Region — Cree and Inuit of Northern Quebec conceding and relinquishing rights over territory in exchange for guarantees and undertakings by federal and provincial governments — Agreement recognizing Crees' rights to trapping, fishing and hunting, considering social and economic impact of future development — Future safeguards for occupying aboriginal peoples ultimate aim — Agreement signed in good faith for protection of Cree and Inuit peoples — Natives not to be deprived of rights and territories without due consideration — Denying motion for mandamus to enforce agreement by conducting environmental impact assessment would provoke in Indians sense of victimization by white society, institutions.*

*Federal Court jurisdiction — Trial Division — Act of Parliament incorporating Agreement signed with native peoples to plan and control development of Northern Quebec Region — Hydroelectric project involving matters of federal jurisdiction — Subject to federal evaluation under Agreement, ss. 22, 23 — Whether Agreement law of Canada — Intended to operate as substantive enactment as if part of statute — Indian affairs and environment under federal jurisdiction — Essential requirements to determine Court jurisdiction all met*

\* This decision was affirmed by the Federal Court of Appeal in a judgment rendered May 14, 1991 in Court File A-231-91. The reasons for judgment of MacGuigan J.A. (Hugessen and Décary J.J.A. concurring) will be published in the *Federal Court Reports*.

**Administration régionale crie et Bill Namagoose  
(requérants)**

a c.

**Raymond Robinson (intimé)**

RÉPERTORIÉ: ADMINISTRATION RÉGIONALE CRIE c. CANADA (ADMINISTRATEUR FÉDÉRAL) (1<sup>re</sup> INST.)

b Section de première instance, juge Rouleau—Montréal, 11 et 13 mars 1991\*.

*Environnement — Convention signée avec des peuples autochtones pour planifier et contrôler le développement de la région du Nord québécois — Phase II du développement du Projet hydro-électrique de la rivière Grande-Baleine — Les Indiens ont pressé les autorités fédérales de prendre l'initiative des procédures d'examen en matière d'environnement avant le commencement de la construction — Un administrateur fédéral a été nommé pour surveiller les répercussions sur l'environnement de tout développement futur et voir à la protection des domaines de compétence fédérale qui comprennent le peuple indien — Le projet touchera l'avenir social et économique des populations autochtones et portera atteinte à la faune et à son habitat.*

*Peuples autochtones — Terres — Convention signée avec des peuples autochtones pour planifier et contrôler le développement de la région du Nord québécois — Les Cris et les Inuit ont cédé et abandonné certains droits qu'ils détenaient sur le territoire en contrepartie de certaines garanties et de certains engagements de la part du gouvernement fédéral et du gouvernement provincial — La Convention reconnaît le droit des Cris à la trappe, à la pêche et à la chasse et examine l'impact social et économique qu'un développement futur peut entraîner — Le but final était de fournir des garanties futures aux populations autochtones occupantes — La Convention a été signée de bonne foi pour la protection des peuples Cris et Inuit — On ne doit pas priver indûment les autochtones de leurs droits et de leurs territoires — Le rejet de la requête en bref de mandamus introduite pour faire appliquer la Convention au moyen d'une évaluation des répercussions sur l'environnement réveillerait chez les Indiens le sentiment d'être opprimés par la société occidentale et ses institutions.*

*Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Une loi du Parlement a incorporé la Convention signée avec des peuples autochtones pour planifier et contrôler la mise en valeur de la région du Nord québécois — Projet hydro-électrique mettant en cause des questions de compétence fédérale — Ce projet est sujet à une évaluation fédérale en vertu des art. 22 et 23 de la Convention — La Convention est-elle une loi du Canada — Elle doit être un texte de droit positif comme si elle faisait partie de la loi — Les affaires*

\* Cette décision a été confirmée par la Cour d'appel fédérale dans un arrêt rendu le 14 mai 1991 et portant le numéro de greffe A-231-91. Les motifs de jugement du juge MacGuigan, J.C.A. (auxquels ont souscrit les juges Hugessen et Décary, J.C.A.) seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

— No other Court of competent jurisdiction to resolve issue —  
Jurisdiction to grant relief under Federal Court Act.

Judicial review — Prerogative writs — Mandamus — Motion seeking mandamus and injunction against federal administrator to pursue environmental impact assessment and review procedures under James Bay and Northern Quebec Agreement, ss. 22, 23 — Federal administrator "office" within Federal Court Act, s. 2(g) — Appointment of administrator arising exclusively from federal enactment — Motion granted.

#### 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. 101.  
*Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2(g), 18, 44.  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 13.  
*James Bay and Northern Quebec Native Claims Settlement Act*, S.C. 1976-77, c. 32, s. 3.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### FOLLOWED:

*ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; [1990] 4 W.W.R. 410.

#### AUTHORS CITED

*Halsbury's Laws of England*, vol. 44, 4th ed. London: Butterworths, 1983, para. 938.

#### COUNSEL:

*J. O'Reilly* and *Peter W. Hutchins* for applicants.  
*J. M. Aubry* and *R. Leblanc* for respondent.  
*R. Monette* for intervenor Attorney General of Quebec.  
*G. Emery* and *Sylvain Lussier* for intervenor Hydro-Québec.

indiennes et l'environnement relèvent de la compétence fédérale — Les conditions essentielles à la détermination de la compétence de la Cour ont été remplies — Aucun autre tribunal compétent n'aurait la compétence voulue pour résoudre la question — En vertu de la Loi sur la Cour fédérale, la Cour a compétence pour accorder la réparation demandée.

Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Mandamus — Requête introduite en vue d'obtenir, à l'encontre de l'administrateur fédéral, un bref de mandamus et une injonction lui enjoignant de poursuivre les procédures d'évaluation et d'examen des répercussions en matière d'environnement en vertu des art. 22 et 23 de la Convention de la Baie James et du Nord québécois — L'administrateur fédéral est un «office» au sens de l'art. 2g) de la Loi sur la Cour fédérale — La nomination de l'administrateur découle exclusivement d'un texte de loi fédéral — Requête accueillie.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, DORS/84-467.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 101.  
*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), chap. I-21, art. 13.  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 2g), 18, 44.  
*Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois*, S.C. 1976-77, chap. 32, art. 3.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS SUIVIES:

*ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autres*, [1986] 1 R.C.S. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; [1990] 4 W.W.R. 410.

#### DOCTRINE

*Halsbury's Laws of England*, vol. 44, 4<sup>e</sup> éd., London: Butterworths, 1983, para. 938.

#### AVOCATS:

*J. O'Reilly* et *Peter W. Hutchins* pour les requérants.  
*J. M. Aubry* et *R. Leblanc* pour l'intimé.  
*R. Monette* pour l'intervenant le procureur général du Québec.  
*G. Emery* et *Sylvain Lussier* pour l'intervenante Hydro-Québec.

## SOLICITORS:

*O'Reilly, Mainville*, Montréal, for applicants.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent. a

*Bernard, Roy & Associates*, Montréal, for intervenor Attorney General of Quebec.

*Desjardins, Ducharme*, Montréal, for intervenor Hydro-Québec. b

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

ROULEAU J.: Motion on behalf of applicants to obtain an order of *mandamus* against respondent Raymond Robinson ordering him as federal administrator to comply with sections 22 and 23 of the *James Bay and Northern Quebec Agreement* and the *James Bay and Northern Quebec Native Claims Settlement Act* [S.C. 1976-77, c. 32] in regard to the proposed Great Whale River Hydroelectric Project and specifically to pursue the federal impact assessment and review procedures contemplated by sections 22 and 23 of the *James Bay and Northern Quebec Agreement* and the *James Bay and Northern Quebec Native Claims Settlement Act* in regard to the proposed Great Whale River Hydroelectric Project or alternatively to obtain an order of injunction or other relief ordering him to so comply with said sections 22 and 23 to pursue said procedures. c

#### REASONS FOR ORDER

This motion was heard at Montréal on March 11, 1991. The issue before the Court arises out of a dispute with respect to an agreement executed in 1979 concerning the *James Bay and Northern Quebec Agreement*. The signatories are the governments of Canada, the province of Quebec, the James Bay Development Corporation, Hydro-Québec, the Grand Council of the Crees of Quebec and the Northern Quebec Inuit Association. As a result of this Agreement, the Cree and Inuit of Northern Quebec conceded and relinquished certain rights they had over the territory in exchange d

## PROCUREURS:

*O'Reilly, Mainville*, Montréal, pour les requérants.

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

*Bernard, Roy & Associés*, Montréal, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Desjardins, Ducharme*, Montréal, pour l'intervenante Hydro-Québec. b

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

LE JUGE ROULEAU: Il s'agit d'une requête introduite au nom des requérants en vue d'obtenir, à l'encontre de l'intimé Raymond Robinson, une ordonnance de *mandamus* lui enjoignant, en sa qualité d'administrateur fédéral, de se conformer aux articles 22 et 23 de la *Convention de la Baie James et du Nord québécois* et à la *Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois* [S.C. 1976-77, chap. 32] à l'égard du Projet hydro-électrique de la rivière Grande-Baleine envisagé et, particulièrement, de poursuivre le processus fédéral d'évaluation et d'examen des répercussions, processus prévu par les articles 22 et 23 de la *Convention de la Baie James et du Nord québécois* et par la *Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois* relativement au Projet hydro-électrique de la rivière Grande-Baleine, ou, subsidiairement, une injonction ou toute autre mesure de redressement enjoignant à l'intimé de se conformer auxdits articles 22 et 23 et de poursuivre ledit processus. e

#### MOTIFS DE L'ORDONNANCE

La présente requête a été entendue à Montréal le 11 mars 1991. La question dont est saisie la Cour découle d'un litige relatif à une convention signée en 1979 concernant la *Convention de la Baie James et du Nord québécois*. Les signataires sont le gouvernement du Canada, la province de Québec, la Société de développement de la Baie James, Hydro-Québec, le Grand Council of the Crees of Quebec et la Northern Quebec Inuit Association. En vertu de cette Convention, les Cris et les Inuit ont cédé et abandonné certains droits qu'ils détenaient sur le territoire en contrepartie de f

for certain guarantees and undertakings given by both the federal and provincial governments. The purpose was to plan and control future development of the Northern Quebec Region.

In recent months, the government of Quebec along with the James Bay Corporation and Hydro-Québec have made public their intention to proceed with Phase II of the development called the Great Whale River Hydroelectric Project. It was recently disclosed that the corporation responsible for the development of the project called for tenders for the clearing for an access road as well as its construction. The Grand Council of the Cree became aware of this initiative and were pressing federal authorities to initiate environmental review procedures in the area before construction was to begin. Conscious of the imminent commencement of site preparation for the road, the Grand Council of the Cree instructed their lawyers to bring proceedings before this Court seeking *mandamus* or an injunction against the appointed federal administrator, Mr. Raymond Robinson. Ultimately the relief requests that he conduct environmental and social impact assessment and review procedures pursuant to sections 22 and 23 of the Agreement.

In a letter dated October 3, 1989 and directed to the Minister of the Environment of the Province of Quebec, the federal minister, Lucien Bouchard, indicated that since the federal authorities had become aware of the development of the Great Whale River Hydroelectric Project, it was its view that an environmental assessment should be undertaken since the project involved matters of federal jurisdiction. He contended that sections 22 and 23 of the Agreement applied and he suggested a cooperative approach between both levels of government. The letter went on to indicate that federal officials would look forward to hearing from Hydro-Québec and hoped to receive from them an outline of the proposed project. He further suggested that taking into account the considerable magnitude of this project, it was extremely important that the environmental assessment be conducted as objectively and independently as possible.

certaines garanties et de certains engagements de la part tant du gouvernement fédéral que du gouvernement provincial. Le but en était de planifier et de contrôler le développement futur du Nord québécois.

Ces derniers mois, le gouvernement du Québec ainsi que la Société de développement de la Baie James et Hydro-Québec ont rendu publique leur intention de procéder à la phase II du développement appelé Projet hydro-électrique de la rivière Grande-Baleine. On a récemment révélé que la société responsable du développement du projet avait fait un appel d'offres en vue de l'ouverture et de la construction d'une route d'accès. Le Grand Council of the Crees, mis au courant de cette initiative, a pressé les autorités fédérales d'engager le processus d'examen en matière d'environnement dans la région avant le commencement de la construction. Conscient de l'imminence de la mise sur pied du chantier de construction de la route, le Grand Council of the Crees a donné à ses avocats l'instruction de saisir cette Cour d'une action en *mandamus* ou en injonction contre l'administrateur fédéral désigné, M. Raymond Robinson. Finalement, il est demandé dans l'action qu'il entame le processus d'évaluation et d'examen des répercussions sur l'environnement et sur le milieu social en vertu des articles 22 et 23 de la Convention.

Dans une lettre datée du 3 octobre 1989 et adressée au ministre de l'Environnement de la province de Québec, le ministre fédéral, Lucien Bouchard, a fait savoir que, puisque les autorités fédérales étaient au courant de la mise en œuvre du Projet hydro-électrique de la rivière Grande-Baleine, il était d'avis qu'une évaluation environnementale devrait être entreprise étant donné que le projet comportait des questions relevant de la compétence fédérale. D'après lui, les articles 22 et 23 de la Convention s'appliquaient, et il a proposé que les deux paliers de gouvernement coopèrent. La lettre ajoutait que les fonctionnaires fédéraux attendaient la réponse d'Hydro-Québec et espéraient recevoir de celle-ci une esquisse du projet envisagé. Toujours selon lui, compte tenu de l'ampleur de ce projet, il était extrêmement important de procéder à une évaluation environnementale d'une façon aussi objective et indépendante que possible.

On November 28, 1989, the federal Minister of the Environment once again wrote to the newly appointed Minister of the Environment of the Province of Quebec bringing to his attention the urgency of the environmental review and enclosed a copy of the letter previously forwarded to his predecessor. By a letter dated the 23rd of November 1989, Mr. Raymond Robinson, the federal administrator, corresponded with the vice-president of environment of Hydro-Québec and reiterated that this project was subject to a federal environmental review procedure pursuant to sections 22 and 23 of the Agreement. He further requested a summary or outline of the project and confirmed that pursuant to his mandate, he had appointed a tribunal to initiate a study. He also confirmed that he considered that the federal government had an obligation to undertake these studies in light of recent decisions of the Federal Court of Canada and, more particularly, in light of the EARP Guidelines [*Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467] which came into effect in June of 1984. He also suggests a cooperative study.

An extensive period of silence then prevails. On the 19th of November 1990, Mr. Robinson wrote to Michel Chevalier of Environment Canada, President of the evaluation committee responsible for the James Bay and Northern Quebec Development. He outlines the federal responsibility with respect to the Great Whale Project and the impact it may have in areas of federal jurisdiction, such as fisheries, migratory birds and the ecology of Hudson's Bay. He advises that the federal appointees are prepared to work in collaboration with their provincial counterparts and he is anxious that a joint agreement be ratified. Should Quebec fail to act, the federal government would be obliged to act unilaterally, he wrote. On November 23, 1989, Mr. Robinson again advises the vice-president of the environment for Hydro-Québec that this project is subject to federal evaluation pursuant to sections 22 and 23 of the Agreement and he seeks a cooperative effort.

At a meeting in November of 1990, Mr. Robinson changes his position and informs the Cree that

Le 28 novembre 1989, le ministre fédéral de l'Environnement a encore une fois écrit au ministre de l'Environnement de la province de Québec, nouvellement nommé, pour porter à son attention l'urgence de l'examen environnemental, et il a joint à la lettre une copie de la lettre qu'il avait auparavant envoyée à son prédécesseur. Par lettre en date du 23 novembre 1989, M. Raymond Robinson, l'administrateur fédéral, a écrit au vice-président de l'environnement d'Hydro-Québec pour réitérer le fait que ce projet était sujet à un processus d'examen environnemental en vertu des articles 22 et 23 de la Convention. Il a en outre demandé un résumé ou une esquisse du projet, et il a confirmé que, en vertu de son mandat, il avait nommé une commission pour entreprendre cette étude. Il a également confirmé que, selon lui, le gouvernement fédéral était tenu d'entreprendre ces études, compte tenu des décisions rendues récemment par la Cour fédérale du Canada, et, plus particulièrement, à la lumière des Lignes directrices visant le PÉEE [*Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, DORS/84-467] qui sont entrées en vigueur en juin 1984. Il a également proposé une étude conjointe.

Un long silence a ensuite régné. Le 19 novembre 1990, M. Robinson a écrit à Michel Chevalier d'Environnement Canada, président du comité d'évaluation responsable du développement de la Baie James et du Nord québécois. Il a souligné la responsabilité fédérale relativement au Projet Grande-Baleine et ses incidences possibles sur des domaines de compétence fédérale, à savoir les pêcheries, les oiseaux migrateurs et l'écologie de la Baie d'Hudson. Il a ajouté que les personnes nommées par le gouvernement fédéral étaient disposées à collaborer avec leurs homologues provinciaux, et qu'il tenait à ce qu'une convention conjointe soit ratifiée. Au cas où le Québec n'agirait pas, le gouvernement fédéral serait tenu d'agir unilatéralement, a-t-il précisé. Le 23 novembre 1989, M. Robinson a informé de nouveau le vice-président de l'environnement d'Hydro-Québec que ce projet était assujéti à une évaluation fédérale en vertu des articles 22 et 23 de la Convention, et il a sollicité sa coopération à cet égard.

À une réunion tenue en novembre 1990, M. Robinson a modifié sa position et informé les Cris

he has no mandate to apply federal impact assessment review procedure under the Agreement. As a result of this turn of events, this motion was launched against Mr. Robinson, the federal administrator responsible for environmental evaluation pursuant to sections 22 and 23 of the Agreement. Shortly thereafter, having been made aware of the motion, Hydro-Québec, the Federal Department of Justice, and the Attorney General of Quebec sought leave to be added as intervenors. This was granted by the Court without objection by the applicant. The respondent as well as the intervenors challenge the jurisdiction of this Court to grant the relief sought.

It is the applicant's position that the Agreement, which was ratified by the Parliament of Canada, is the law of Canada, that Mr. Robinson, appointed pursuant to the enabling Act of Parliament, has a statutory obligation to appoint Review Panels which he has failed to do; that, pursuant to subsection 3(5) of the ratifying Act, Mr. Robinson, appointed by Order in Council, was a "federal board, commission, or other tribunal" pursuant to paragraph 2(g) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], and that this Court has jurisdiction to entertain the motion and grant the relief claimed.

The respondent, as well as all intervenors, submit that the Parliament of Canada, has not incorporated the Agreement *per se* into its confirming legislation. They submit that as a result, the appointment of Mr. Robinson was not pursuant to federal legislation and that his powers are derived from a joint provincial and federal authority; and finally, that this Agreement was not an Act of Parliament and therefore this Court does not have jurisdiction.

As mentioned earlier, this rather extensive and complex Agreement involved not only federal and provincial authorities, but included as signatories Hydro-Québec, the James Bay Development Corporation and, more importantly, the Grand Council of the Cree and Inuit of Northern Quebec. In the document, the aboriginal peoples relinquished their traditional rights over some 3/5 of the territory of the province of Quebec in return for certain assurances and guarantees included in the Agree-

qu'il n'avait pas de mandat pour appliquer la procédure fédérale d'examen et d'évaluation des répercussions sous le régime de la Convention. Par suite de cette tournure des événements, la présente requête a été introduite contre M. Robinson, l'administrateur fédéral responsable de l'évaluation environnementale en vertu des articles 22 et 23 de la Convention. Peu de temps après, prévenus de l'introduction de la présente requête, Hydro-Québec, le ministère fédéral de la Justice et le procureur général du Québec ont demandé l'autorisation de se constituer parties intervenantes. La Cour a fait droit à la demande sans que la requérante s'y oppose. Tant l'intimé que les intervenants contestent la compétence de cette Cour pour accorder la réparation sollicitée.

La requérante prétend que la Convention, qui a été ratifiée par le Parlement du Canada, est la loi du Canada, que M. Robinson, nommé en vertu de la Loi habilitante du Parlement, a l'obligation légale de nommer des comités d'examen, ce qu'il n'a pas fait, que, en vertu du paragraphe 3(5) de la Loi portant ratification, M. Robinson, nommé par décret, était un «office fédéral» conformément à l'alinéa 2g) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7] et que cette Cour a compétence pour connaître de la requête et accorder la réparation sollicitée.

L'intimé ainsi que les intervenants prétendent que le Parlement du Canada n'a pas incorporé la Convention en soi dans la législation portant confirmation. Ils soutiennent donc que la nomination de M. Robinson n'a pas été faite en vertu d'une loi fédérale, que ses pouvoirs découlent d'une autorité fédérale et provinciale conjointe et finalement, que, cette Convention n'était pas une loi du Parlement et que cette Cour n'a pas compétence.

Ainsi qu'il a été mentionné ci-dessus, cette Convention d'une portée plutôt étendue et complexe mettait en cause non seulement les autorités fédérales et provinciales, mais aussi, à titre de signataires, Hydro-Québec, la Société de développement de la Baie James et, plus important encore, le Grand Council of the Crees et les Inuit du Nord québécois. Dans le document, les populations autochtones renonçaient à leurs droits ancestraux sur quelque 3/5 du territoire de la province de

ment. It specifically recognizes the Crees' rights to trapping, fishing, and hunting grounds; considers the social and economic impact that any future development may have, and enshrines, in sections 22 and 23, a procedure to be followed with respect to environmental impact studies which are to be conducted in the event of further projects.

Section 22 refers to the Environment and Future Development Below the 55th parallel, and section 23 refers to the Environment and Future Development North of the 55th parallel. There is no doubt that some of the initial infrastructure development may be undertaken south of the 55th parallel, but nevertheless the major hydroelectric development will occur north of the 55th parallel.

Pursuant to the terms of this Agreement, all parties are to derive certain benefits, and there is no doubt that the Cree and Inuit of the territory were given some guarantees for having surrendered certain rights. The ultimate aim was to provide future safeguards for the occupying aboriginal peoples.

According to sections 22 and 23 of the Agreement, a federal administrator is to be appointed for the purposes of supervising the environmental impact of any future development and to see to the protection of areas of federal jurisdiction which includes, of course, the Indian people of the region. The Agreement specifically indicates that the Administrator is to set up evaluating committees to determine if the development is to have any significant impact on the native people or the wildlife resources of the territory. He is under no obligation to proceed with an assessment in the event that the development contemplates no significant impact. I doubt that anyone can suggest that Phase II of the James Bay Hydroelectric Development Project will not affect both the social and economic future of the native peoples and will certainly interfere with wildlife and its habitat, resulting in drastic changes to the traditional way of life.

As a schedule to the Agreement, it was indicated that future amendments were to be approved by

Québec en contrepartie de certaines assurances et garanties incluses dans la Convention. Celle-ci reconnaît expressément le droit des Cris à la trappe, à la pêche et à des terrains de chasse, examine l'impact social et économique qu'un développement futur peut entraîner, et prévoit, aux articles 22 et 23, la procédure à suivre relativement aux études des répercussions sur l'environnement qui doivent être faites dans l'éventualité d'autres projets.

L'article 22 mentionne l'environnement et le développement futur au sud du 55<sup>e</sup> parallèle, et l'article 23, l'environnement et le développement futur au nord du 55<sup>e</sup> parallèle. Il ne fait pas de doute qu'une partie de la mise en œuvre de l'infrastructure initiale peut être faite au sud du 55<sup>e</sup> parallèle, mais le développement hydro-électrique principal aura lieu au nord du 55<sup>e</sup> parallèle.

En vertu de cette Convention, toutes les parties doivent avoir certains avantages, et il est certain que les Cris et les Inuit du territoire ont obtenu certaines garanties pour avoir renoncé à certains droits. Le but final était de fournir des garanties futures aux populations autochtones occupantes.

Les articles 22 et 23 de la Convention prévoient la nomination d'un administrateur fédéral tenu de surveiller les répercussions sur l'environnement de tout développement futur et de voir à la protection des domaines de compétence fédérale qui comprennent, bien entendu, le peuple indien de la région. Cette Convention prévoit expressément que l'administrateur doit mettre sur pied des comités d'évaluation pour déterminer si le développement doit avoir une incidence importante sur la population autochtone ou sur les ressources de la faune du territoire. Il n'est nullement tenu de procéder à une évaluation au cas où le développement n'entraînera aucune incidence importante. Je doute que quiconque puisse prétendre que la phase II du Projet de développement hydro-électrique de la Baie James n'influera pas sur l'avenir social et économique des populations autochtones; elle portera certainement atteinte à la faune et à son habitat, modifiant radicalement le mode traditionnel de vie.

Une annexe de la Convention indiquait que les futurs amendements devaient être approuvés par

all parties and ratified by the Quebec National Assembly as well as the Parliament of Canada when changes concerned their respective jurisdictions. This would appear to me to indicate that all parties presumed legislative authority or ratification.

The initial submission put forth by the respondents, as well as the intervenors, was to the effect that the statute passed by the Parliament of Canada ratifying the Agreement did not of itself incorporate all terms of the Agreement; was not an enactment and therefore created no federal jurisdiction; it was not a statute, therefore, the appointment of Mr. Robinson, by Order in Council, was not by enactment, and could not clothe this Court with jurisdiction to grant the relief sought. Most counsel relied upon and referred me to a quote from *Halsbury's Laws of England*, 4th ed. at paragraph 938 in volume 44 and argued that from a reading of what was contained therein, a simple ratification of a contract by Parliament did not have the force and effect of a statute. The following is the quote from Halsbury:

**938. Statutory confirmation of contracts.** Where a contract is confirmed by statute, no objection can be taken as to its validity. It cannot, for example, be challenged for uncertainty or remoteness; nor is it material that it creates a right which could not be created by ordinary contract. It does not follow that, because it is confirmed by statute, a contract has the force and effect of a statute, but the terms in which it is confirmed may show that Parliament intended it to operate as a substantive enactment as if the contract had become part of the statute, and it will certainly have such an operation if the statute in question, in addition to confirming it, expressly requires it to be carried into execution. A contract having substantive effect in this way may accordingly affect persons who are not parties to it.

Most other authorities and jurisprudence relied upon by the respondent as well as the intervenors were irrelevant. The authorities referred to may be summarized as incidents where a specific grant of jurisdiction had been conferred on other bodies or cases where it was clearly determined that the jurisdiction belonged in provincial superior courts.

It appears evident and clear to me that counsel has misconstrued the passage. A careful reading would seem to indicate the contrary. In fact it suggests that when the terms of the statute clearly confirm what Parliament intended, and it expressly requires that the terms of the contract be car-

toutes les parties et ratifiés par l'Assemblée nationale du Québec ainsi que par le Parlement du Canada lorsque les changements concernaient leurs compétences respectives. Il en ressort, à mon avis, que toutes les parties présumaient que les autorités législatives respectives avaient compétence ou un pouvoir de ratification.

Dans leur argument initial, les intimés, ainsi que les intervenants, ont allégué que la loi adoptée par le Parlement du Canada pour ratifier la Convention n'a pas, en soi, incorporé toute la teneur de la Convention, qu'il ne s'agissait pas d'une loi à proprement parler, qu'il n'en est donc découlé aucune compétence fédérale; puisqu'il ne s'agissait pas d'une loi, la nomination de M. Robinson, par décret, n'a donc pas été faite par un texte législatif et cette Cour n'était pas habilitée à accorder la réparation sollicitée. La plupart des avocats ont invoqué et cité à mon intention un extrait de *Halsbury's Laws of England*, 4<sup>e</sup> éd. paragraphe 938, volume 44 pour dire que, en interprétant ce qui y était contenu, la simple ratification d'un contrat par le Parlement n'avait pas la force et l'effet d'une loi. Voici cet extrait:

[TRADUCTION] **938. Confirmation de contrats au moyen d'une loi.** Lorsqu'un contrat est confirmé par une loi, on ne saurait contester sa validité. On ne saurait par exemple le contester pour incertitude ou absence de lien de cause à effet. De même, il importe peu qu'il crée un droit qui ne pourrait normalement procéder des contrats. Il ne s'ensuit pas que, parce qu'il est confirmé par une loi, un contrat a la force et l'effet d'une loi, mais les termes dans lesquels il est confirmé peuvent indiquer que le législateur voulait en faire un texte de droit positif comme si le contrat était devenu partie de la loi, et il aura certainement un tel effet si la loi en question, outre le fait qu'elle le confirme, exige expressément son exécution. Un contrat ayant des effets aussi substantiels peut en conséquence toucher les personnes qui n'y sont pas parties.

La plupart des autres auteurs et précédents invoqués par l'intimé comme par les intervenants n'avaient aucun rapport avec l'espèce. Ces magistrètes portent sur les cas où une compétence spécifique a été attribuée à d'autres organismes comme sur les cas où la compétence revenait inéluctablement aux cours supérieures provinciales.

J'estime que les avocats ont, à l'évidence, mal interprété ce passage. Une lecture attentive semblerait indiquer le contraire. En fait, il laisse entendre que lorsque les termes de la loi confirment clairement ce que le législateur voulait, et que la loi exige expressément l'exécution de la



ried into execution, it becomes part of the law. The federal Parliament confirmed the Agreement by statute on the 14th of July 1977, S.C. 1976-77, c. 32. The opening paragraph of the preamble is as follows:

“An Act to approve, give effect to and declare valid certain agreements between the Grand Council of the Crees (of Quebec), the Northern Quebec Inuit Association, the Government of Quebec, la Société d'énergie de la Baie James, la Société de développement de la Baie James, la Commission hydro-électrique de Québec and the Government of Canada and certain other related agreements to which the Government of Canada is a party”.

The preamble goes on to explain that the government of Canada has assumed certain obligations under the Agreement respecting the Crees and the Inuit. It relates that it is setting aside, for the native peoples, certain lands for hunting, fishing and trapping in accordance with the established regime; it seeks their active participation in the administration of the Territory; it attempts to safeguard and protect their future and to ensure their involvement in the development of their Territory. It refers to the establishment of laws, regulations and procedures to protect the environment and more particularly, refers to remedial and other measures respecting hydroelectric development.

The preamble goes on to state, that in consideration of the surrender of the native claims to this portion of the territory of Quebec, the government of Canada recognizes and affirms a special responsibility to protect the rights, privileges and benefits given to the native peoples under the Agreement (see e.g. section 3). The Agreement was tabled by the Minister of Indian Affairs and Northern Development and approved and declared valid by Parliament.

Section 13 of the *Interpretation Act* [R.S.C., 1985, c. I-21] provides that the preamble of a statute shall be read as part of the enactment and is intended to assist in explaining its purport and object.

How then can it be argued that Parliament did not contemplate that the Agreement form part of the statute and the law of Canada? There is no doubt in my mind that Parliament intended the Agreement to operate as a substantive enactment,

teneur du contrat, ce contrat fait partie de la loi. Le Parlement fédéral a confirmé la Convention par une loi adoptée le 14 juillet 1977, S.C. 1976-77, chap. 32. Voici le paragraphe d'ouverture du préambule:

«Loi approuvant, mettant en vigueur et déclarant valides certaines conventions conclues entre le Grand Council of the Crees (of Quebec), la Northern Quebec Inuit Association, le gouvernement du Québec, la Société d'énergie de la Baie James, la Société de développement de la Baie James, la Commission hydro-électrique de Québec et le gouvernement du Canada et certaines autres conventions connexes auxquelles est partie le gouvernement du Canada.»

Le préambule explique en outre que le gouvernement du Canada a, aux termes de cette Convention, contracté certaines obligations à l'égard des Cris et des Inuit. Il y est dit que la Convention prévoit la mise de côté pour les populations autochtones de certaines terres pour la chasse, la pêche et la trappe en vertu d'un régime établi; il appelle à leur pleine participation à l'administration du Territoire; il tend à protéger et à promouvoir leur avenir et à assurer leur participation au développement de leur territoire. Il fait état de l'établissement d'une législation, d'une réglementation et de procédures destinées à protéger l'environnement et, plus particulièrement, de mesures de correction et autres relatives au développement hydro-électrique.

Le préambule ajoute que, en contrepartie de la remise des revendications autochtones à l'égard de cette partie du territoire du Québec, le gouvernement du Canada reconnaît et affirme une responsabilité particulière à l'égard de la protection des droits, privilèges et avantages que la Convention accorde aux populations autochtones (voir p. ex. l'article 3). La Convention a été déposée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, approuvée et déclarée valide par le Parlement.

L'article 13 de la *Loi d'interprétation* [L.R.C. (1985), chap. I-21] prévoit que le préambule d'une loi fait partie du texte et en constitue l'exposé des motifs.

Comment peut-on prétendre que le Parlement n'a pas prévu que la Convention faisait partie de la loi et du droit du Canada? Je suis certain que le Parlement a voulu faire de la Convention un texte de droit positif, comme si la Convention était

as if the Agreement had become part of the statute. Parliament appears unequivocal as to its intention and purpose.

I am therefore satisfied that the appointment of the administrator, pursuant to subsection 3(5) of the statute allowing the Governor in Council to make regulations which are necessary for the purpose of carrying out the Agreement or for giving effect to any of the provisions thereof, does not arise from a joint provincial/federal authority but exclusively from a federal enactment.

The Order in Council specifies that Mr. Robinson is to be the administrator in matters involving federal jurisdiction for the purpose of sections 22 and 23 of the *James Bay and Northern Quebec Agreement*.

Having concluded that the *James Bay and Northern Quebec Agreement* forms part of the federal statute, Mr. Robinson is thus a person exercising powers conferred by or under an Act of Parliament, and is a "federal board" as specified in paragraph 2(g) of the *Federal Court Act*. I find that I have jurisdiction under section 18 of the *Federal Court Act* to entertain the motion for the relief claimed.

Should the above analysis prove to be incorrect, I would suggest that this Court has jurisdiction either under section 44 of the *Federal Court Act* or in exercising its powers for "the better administration of the laws of Canada" (section 101, *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]). We have at bar a federal administrator with no apparent authority having the power to review his acts or omissions. It is well established that federal appointees must be either specifically governed by applicable regulation or subject to some other review mechanism.

In the absence of such a review mechanism, and given that Indian Affairs and the Environment fall under federal jurisdiction, it may well be "just and convenient" for this Court to consider the granting

devenue partie de la loi. L'intention du Parlement et la fin qu'il vise semblent sans équivoque.

Je suis donc convaincu que la nomination de l'administrateur, en vertu du paragraphe 3(5) de la loi, qui autorise le gouverneur en conseil à établir les règlements nécessaires à l'application de la Convention ou de l'une de ses dispositions, ne découle pas d'une autorité fédérale/provinciale conjointe, mais exclusivement d'un texte de loi fédéral.

Le décret précise que M. Robinson doit être l'administrateur relativement aux questions de compétence fédérale aux fins des articles 22 et 23 de la *Convention de la Baie James et du Nord québécois*.

Ayant conclu que la *Convention de la Baie James et du Nord québécois* fait partie de la loi fédérale, j'estime que M. Robinson est une personne qui exerce ses pouvoirs conférés par une loi du Parlement ou en vertu de celle-ci, et est donc un «office fédéral» aux termes de l'alinéa 2g) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Je conclus que l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* m'habilite à connaître de la présente requête.

Au cas où l'analyse précédente se révélerait inexacte, je suis d'avis que cette Cour a compétence soit en vertu de l'article 44 de la *Loi sur la Cour fédérale* soit dans l'exercice de ses pouvoirs pour «la meilleure administration des lois du Canada» (article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]). En l'espèce, nous sommes en présence d'un administrateur fédéral sans qu'il y ait une autorité ayant apparemment le pouvoir de réviser ses actes ou omissions. Il est bien établi que les personnes nommées par le gouvernement fédéral doivent ou bien être expressément régies par une réglementation applicable ou bien être assujetties à un mécanisme de révision.

En l'absence d'un mécanisme de révision de ce genre, et étant donné que les Affaires indiennes et l'Environnement relèvent de la compétence fédérale, il est peut-être «juste et opportun» pour cette

of *mandamus* or an injunction under section 44 of the *Federal Court Act*.

In the case of *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752, it was established that there are 3 essential requirements to determine whether or not this Court has jurisdiction, as follows [at page 766]:

1. There must be a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament.
2. There must be an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction.
3. The law on which the case is based must be “a law of Canada” as the phrase is used in s. 101 of the *Constitution Act*, 1867.

There is no doubt that this matter complies with conditions 2 and 3. The question to be answered is “Must there be a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament?” Being satisfied that there is a lacuna with respect to the granting of any supervisory role over Mr. Robinson, and unable to envisage any other body capable of exercising the function, I must conclude that jurisdiction to review actions of Mr. Robinson rests with this Court.

In reaching this conclusion, I cannot help but be directed by the words of Dickson C.J. in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, in which courts are directed that “the Sovereign’s intention must be clear and plain if it is to extinguish an aboriginal right”.

I feel a profound sense of duty to respond favourably. Any contrary determination would once again provoke, within the native groups, a sense of victimization by white society and its institutions. This Agreement was signed in good faith for the protection of the Cree and Inuit peoples, not to deprive them of their rights and territories without due consideration. Should I decline jurisdiction, I see no other court of competent jurisdiction able to resolve this issue.

Cour d’envisager l’octroi d’un *mandamus* ou d’une injonction sous le régime de l’article 44 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Dans l’arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autres*, [1986] 1 R.C.S. 752, il a été établi qu’il existe trois conditions essentielles pour déterminer si cette Cour a compétence [à la page 766]:

- b* 1. Il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral.
2. Il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l’attribution légale de compétence.
- c* 3. La loi invoquée dans l’affaire doit être «une loi du Canada» au sens où cette expression est employée à l’art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Il ne fait pas de doute que l’espèce remplit les conditions 2 et 3. La question à laquelle il faut répondre est «Doit-il y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral?» Étant convaincu qu’il existe une lacune relativement à l’octroi d’un rôle de contrôle sur M. Robinson, et n’étant pas en mesure d’envisager un autre organisme pouvant exercer cette fonction, je dois conclure que cette Cour a compétence pour réviser les actes de M. Robinson.

En tirant cette conclusion, je dois me laisser guider par les propos tenus par le juge en chef Dickson dans l’affaire *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, où les tribunaux ont reçu l’instruction selon laquelle «l’intention du Souverain d’éteindre un droit ancestral doit être claire et expresse».

Je ressens profondément l’obligation de faire droit à la requête. Toute décision contraire réveillerait chez les peuples autochtones leur sentiment d’être opprimés par la société occidentale et ses institutions. Cette Convention a été signée de bonne foi pour la protection des peuples Cris et Inuit, non pour les priver indûment de leurs droits et territoires. Viendrais-je à décliner ma compétence, je ne vois pas quel autre tribunal compétent serait en mesure de résoudre cette question.

T-1678-88

T-1678-88

**William Clarence Thomas, The Peguis School Board and The Peguis Indian Band (Plaintiffs)**

v.

**Her Majesty the Queen in Right of Canada, as represented by The Minister of Indian Affairs and Northern Development (Defendant)**

INDEXED AS: THOMAS v. CANADA (MINISTER OF INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT) (T.D.)

Trial Division, Reed J.—Winnipeg, February 4; Ottawa, February 15, 1991.

*Crown — Contracts — Senior public servant resigning to become Superintendent of Education for Indian Band — Allegation Crown agreeing to increase Band's education budget by amount equivalent to Superintendent's salary and benefits — Department later changing funding method — Refusing to pay salary on ground included in new funding formula — Ordinary contractual principles applied — New funding method not including amount for salary — Agreement to pay salary contained in letters — Constituting agreement to pay amount over and above normal budgeted amount — Whether promisee must show government intending to be legally bound — Government liable if conduct inducing reasonable reliance.*

*Native peoples — Whether Crown agreeing to pay salary of Superintendent of Education for Peguis School Board — Departmental funding of Indian schools changed from line item to block — Plaintiff arguing fiduciary relationship between parties arising from Treaty under which Crown agreeing to maintain school on reserves and therefore onus on defendant to prove Superintendent's salary still funded — Review of case law on fiduciary relationship between Crown and Indians — Breach of trust issue not determinative as action allowed on principles of contract law.*

In 1984, a senior executive, with the Department of Indian Affairs and Northern Development since 1971, resigned to accept a position with the Peguis School Board as Superintendent of Education. He had filled that position since 1977 while employed by the Department. His resignation was pursuant to three letters which, it was argued, constituted an agreement to provide the Band with funding to pay his salary. The first of these stated that the Department would enter into normal budgetary negotiations with the Board to incorporate a superintendent's position, salary and related expenses; the second reiterated the offer to include in the Board's budget an amount equivalent to the Superintendent's salary and benefits; and the

**William Clarence Thomas, Conseil scolaire des Péguis et bande indienne des Péguis (demandeurs)**

a

c.

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien (défenderesse)**

b

RÉPERTORIÉ: THOMAS c. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN) (1<sup>re</sup> INST.)

Section de première instance, juge Reed—Winnipeg, 4 février; Ottawa, 15 février 1991.

c

*Couronne — Contrats — Un haut fonctionnaire a démissionné de son poste pour devenir surintendant de l'éducation d'une bande indienne — Il est allégué que la Couronne a accepté d'augmenter le budget d'éducation de la bande d'un montant équivalent au salaire et aux avantages que recevait le surintendant — Le Ministère a par la suite changé son mode de financement — Le Ministère a refusé de payer le salaire au motif qu'il était inclus dans la nouvelle formule de financement — Application des principes contractuels ordinaires — La nouvelle formule de financement ne prévoyait pas de montant au titre du salaire — L'entente de paiement du salaire était contenue dans des lettres — Cela constituait une entente de paiement d'un montant en sus du montant normalement prévu au budget — Il s'agit de savoir si le destinataire de la promesse doit démontrer que l'Administration avait l'intention de s'obliger en droit — L'Administration est liée si sa conduite est susceptible d'inciter une personne raisonnable à s'y fier.*

d

f

*Peuples autochtones — Il s'agit de savoir si la Couronne a accepté de payer le salaire du surintendant de l'éducation du conseil scolaire des Péguis — Le Ministère a remplacé le financement article par article des écoles indiennes par le financement global — La demanderesse prétend qu'il existe un rapport fiduciaire entre les parties en raison d'un traité aux termes duquel la Couronne convenait de maintenir des écoles dans les réserves et que par conséquent il incombe à la défenderesse de prouver que le salaire du surintendant est encore financé — Examen de la jurisprudence relative à la relation fiduciaire entre la Couronne et les Indiens — La question du manquement aux obligations fiduciaires n'est pas déterminante étant donné que l'action est accueillie en fonction des principes du droit des contrats.*

g

h

En 1984, un haut fonctionnaire, qui était au service du Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien depuis 1971, a démissionné de son poste pour accepter le poste de surintendant de l'éducation au sein du conseil scolaire des Péguis. Il occupait ce poste depuis 1977 tout en demeurant à l'emploi du Ministère. Il a donné sa démission à la suite de trois lettres qui constitueraient un engagement de fournir à la bande les fonds nécessaires pour payer son salaire. La première de ces lettres déclarait que le Ministère entamerait les négociations budgétaires habituelles avec le conseil scolaire des Péguis pour intégrer un poste du surintendant, ainsi que le salaire et les dépenses y afférents; la deuxième lettre réitérait l'offre d'inclu-

i

j

third indicated that an increase in administration monies would be added to the budget base for the period that the former public servant would be employed by the Band. After his resignation, amounts were added to the Band's education budget for the next two fiscal years. But in 1987-1988 the Department went to block funding of Indian band schools. It no longer determined the total budget amount after a line-by-line negotiation. Instead, it multiplied the enrolment by a unit cost per student to arrive at a global sum. The Band opposed the block system as providing reduced funding and as not including an amount to cover the Superintendent's salary.

The Department argued that (1) an amount on account of the Superintendent's salary had been included in the block funding; (2) the 1984 agreement could not have been to pay the Band an amount "beyond or in addition to normal program funding" because at the time there was no "normal program funding", each band's budget being determined on an individual basis; (3) the plaintiffs knew that Treasury Board approval of any budget and Parliamentary appropriation was required; and (4) there was no intention to enter into a contractual relationship.

The plaintiffs argued that the Treaty under which the Crown agreed to maintain a school on each reserve created a fiduciary relationship between the Crown and the plaintiffs and therefore the defendant should at least be required to prove that the Superintendent's salary was still being funded.

*Held*, the School Board and Band should have judgment.

Although much of the argument was addressed to the issue as to whether the Crown had breached its fiduciary relationship with the Indians, it was unnecessary to decide the case by reference to those arguments. This action could be decided on the basis of ordinary principles of contract.

The block funding did not include an amount for the Superintendent's salary. This conclusion was supported by the fact that no portion of the block funding would cease on termination of his employment by the Band. The agreement to pay his salary was an agreement to pay an amount over and above the normal budgeted amount paid to the Peguis School Board. The amount for his salary was to be a temporary grant to last only for the duration of his employment. The agreement was found in the three letters, the last of which made it clear that the funds were directed specifically to the former public servant's salary and were to be paid only as long as he was employed by the Band.

In 1984 there was "normal program funding" in the sense that the line-by-line budget of one year operated as the base for a line-by-line determination of the budget for the following year. In relation to this process, the amount paid on account of the Superintendent's salary was in addition to the normal program funding. That the Peguis Band was the only one to have a Superintendent of Education indicated that the amount

in the budget du conseil d'un montant équivalent au salaire et aux avantages que recevait le surintendant; et la troisième lettre précisait que des fonds supplémentaires affectés à la rubrique «administration» seraient ajoutés au montant de base du budget tant que l'ancien fonctionnaire demeurerait à l'emploi de la bande. Après sa démission, une somme a été ajoutée au budget de l'éducation de la bande pour les deux exercices suivants. Mais en 1987-1988, le Ministère a adopté la formule de financement global des écoles des bandes indiennes. Il ne calculait plus le montant total du budget à la suite d'une négociation article par article. Il multipliait plutôt le nombre d'élèves inscrits par un coût unitaire par étudiant pour en arriver à un montant global. La bande s'est opposée au système du financement global au motif que cette formule diminuait le montant des fonds et qu'elle ne prévoyait aucun montant pour payer le salaire du surintendant.

Le Ministère prétend que (1) le financement global comprenait un montant destiné à payer le salaire du surintendant; (2) l'entente de 1984 ne pouvait prévoir le paiement à la bande d'un montant «en sus du montant habituel accordé pour le financement des programmes» parce qu'à l'époque, aucun montant n'était accordé pour le «financement habituel des programmes», étant donné que le budget de chaque bande était établi individuellement; (3) les demandeurs savaient qu'il fallait faire approuver tout budget par le Conseil du Trésor et que l'autorisation du Parlement était requise; (4) il n'existait pas d'intention de s'obliger par contrat.

Les demandeurs prétendent que le traité aux termes duquel la Couronne a convenu de maintenir une école dans chaque réserve créait un rapport fiduciaire entre la Couronne et les demandeurs et que la défenderesse devrait à tout le moins être tenue de prouver que le salaire du surintendant est encore financé.

*Jugement*: le conseil scolaire et la bande devraient obtenir gain de cause.

Même si une grande partie des débats a porté sur la question de savoir si la Couronne avait manqué à ses obligations fiduciaires envers les Indiens, il n'est pas nécessaire de trancher l'affaire en fonction de ces prétentions. La présente action peut être décidée en fonction des principes ordinaires des contrats.

Le financement global ne prévoyait pas de montant au titre du salaire du surintendant. Cette conclusion est appuyée par le fait qu'aucune partie du montant global ne cessera d'être payée lorsqu'il quittera son emploi à la bande. En acceptant de payer son salaire, la Couronne convenait de payer un montant en sus du montant qui était normalement prévu au budget et qui était versé au conseil scolaire des Péguis. Le montant accordé pour son salaire devait être une subvention temporaire qui ne devait durer qu'aussi longtemps qu'il demeurerait à l'emploi de la bande. L'entente se trouvait dans les trois lettres. La dernière précisait bien que les fonds étaient expressément affectés au salaire de l'ancien fonctionnaire et qu'ils ne devaient être payés qu'aussi longtemps qu'il demeurerait au service de la bande.

En 1984, il existait un «financement normal des programmes» en ce sens que le budget «article par article» de l'exercice servait de base au calcul «article par article» du budget de l'exercice suivant. Dans le cadre de ce système, le montant payé au titre du salaire du surintendant était versé en sus du montant habituel accordé pour le financement des programmes. Le fait que seule la bande des Péguis avait un surintendant de l'éduca-

being paid in respect of this position was an extraordinary and supplemental item. It was because of plaintiffs' knowledge of the system that they were concerned that the guarantee be carefully delineated: the commitment that the amount would be added to the base of the Band's budget was a guarantee to pay the yearly incremental increases that would arise for the Superintendent's salary, as if he had stayed with the Department; the commitment that the payments would continue for as long as he was employed by the Band was designed both to give him some security and to avoid setting in place an obligation to pay the extra amount indefinitely as would occur if it were treated as a regular budget item. It was unlikely that a senior public servant would have resigned without there being in place an arrangement affording him financial security. The plaintiffs relied, to their detriment, upon the commitment to pay an amount additional to that made available under the normal funding program. The Department could not renege from these arrangements. As was written by Waddams in his work *The Law of Contracts*, in "the case of government contracts, it has sometimes been suggested that a promisee must show that the government intended to be legally bound ... but, if they [governments] so conduct themselves as to induce reasonable reliance, they should be held liable".

tion indique que le montant payé pour ce poste était une dépense extraordinaire et supplémentaire. C'est parce qu'ils connaissaient ce système que les demandeurs ont pris soin de faire préciser avec soin la garantie. L'engagement suivant lequel le montant serait ajouté à la base du budget de la bande constituait une garantie de payer les augmentations annuelles différentielles de salaire auxquelles le surintendant aurait eu droit s'il avait conservé le poste qu'il occupait au Ministère; l'engagement de poursuivre les paiements tant qu'il demeurerait au service de la bande visait de toute évidence à lui accorder une certaine garantie et à éviter de mettre en place une obligation de payer indéfiniment le montant supplémentaire, comme cela se produirait probablement si ce montant était considéré comme un poste budgétaire ordinaire. Il est peu probable qu'un haut fonctionnaire aurait donné sa démission sans que soit mis en place un système lui garantissant une sécurité financière. Les demandeurs ont agi, à leur détriment, sur la foi de l'engagement du Ministère de payer un montant en sus du montant disponible en vertu du programme habituel de financement. Le Ministère ne peut maintenant se dédire. Ainsi que l'a écrit Waddams dans son ouvrage *The Law of Contracts*: [TRADUCTION] «En matière de contrats administratifs, certains ont prétendu que le destinataire d'une promesse doit établir que l'Administration publique avait l'intention de s'obliger en droit [...] Toutefois, si [sa] conduite est susceptible d'inciter une personne raisonnable à s'y fier, [l'Administration publique] doit être liée».

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)* [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.

*Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 114-122.*

*Treaty between Her Majesty the Queen and the Chipewewa and Cree Indians of Manitoba and Country Adjacent.* Canada. Treaties. Indian Treaties and Surrenders from 1680 to 1890. Vol. 1, Treaty No. 124.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.)* [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35.

*Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), chap. I-5, art. 114 à 122.*

*Traité conclu entre Sa Majesté la Reine et les Chipewauais et les Cris du Manitoba et des territoires adjacents.* Canada. Treaties. Indian Treaties and Surrenders from 1680 to 1890. Vol. 1, Treaty No. 124.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### CONSIDERED:

*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; *Regina v. Taylor and Williams* (1979), 55 C.C.C. (2d) 172; [1980] 1 C.N.L.R. 83 (Ont. Div. Ct.); affd. (1981), 34 O.R. (2d) 360; 62 C.C.C. (2d) 227; [1981] 3 C.N.L.R. 114 (C.A.); leave to appeal denied [1981] 2 S.C.R. xi; [1982] 1 C.N.L.R. 183; *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; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1; *Attorney-General for British Columbia v. Esquimalt and Nanaimo Railway Company*, [1950] A.C. 87 (P.C.).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*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; *Regina v. Taylor and Williams* (1979), 55 C.C.C. (2d) 172; [1980] 1 C.N.L.R. 83 (C. div. Ont.), conf. par (1981), 34 O.R. (2d) 360; 62 C.C.C. (2d) 227; [1981] 3 C.N.L.R. 114 (C.A.); autorisation de pourvoi refusée à [1981] 2 R.C.S. xi; [1982] 1 C.N.L.R. 183; *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; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1; *Attorney-General for British Columbia v. Esquimalt and Nanaimo Railway Company*, [1950] A.C. 87 (C.P.).

## DISTINGUISHED:

*R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; [1990] 4 W.W.R. 410; *Desjarlais et al. v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, [1988] 2 C.N.L.R. 62 (F.C.T.D.).

## AUTHORS CITED

Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book Inc., 1984.

## COUNSEL:

*Victor S. Savino* for plaintiffs.  
*Barbara Shields* for defendant.

## SOLICITORS:

*Savino & Company*, Winnipeg, for plaintiffs.  
*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

REED J.: The issue in this case is whether the defendant breached an agreement with the plaintiffs concerning funding which was to be provided to support the employment of Mr. Thomas as Superintendent of Education for the Peguis Indian Band. The central issue relates to the effect the adoption of formula funding for the fiscal year 1987-1988, and the years following, had on that agreement.

Facts

In the mid-1970s, a number of Indian bands took initiatives to establish and manage schools on their reserves. The Peguis Indian Band ("the Band") was one of these. In furtherance of that initiative, the Band sought in 1977 to secure strong management for its School Board. The Department of Indian Affairs and Northern Development ("the Department") also had an interest in seeing that the Band acquire such expertise. The word "Department" is being used in these reasons to refer collectively to one or more officials of the Department of Indian Affairs and Northern Development exercising the authority and responsibility of the Minister of Indian Affairs and Northern Development ("the Minister").

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; [1990] 4 W.W.R. 410; *Desjarlais et autres c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1988] 2 C.N.L.R. 62 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DOCTRINE

Waddams, S. M., *The Law of Contracts*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto: Canada Law Book Inc., 1984.

*a* AVOCATS:

*Victor S. Savino* pour les demandeurs.  
*Barbara Shields* pour la défenderesse.

*c* PROCUREURS:

*Savino & Company*, Winnipeg, pour les demandeurs.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour la défenderesse.

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

*e* LE JUGE REED: Le litige porte en l'espèce sur la question de savoir si la défenderesse a violé l'entente qu'elle aurait conclue avec les demandeurs au sujet du financement qui devait être accordé pour payer le salaire de M. Thomas à titre de surintendant de l'éducation de la bande indienne des Péguis. La question centrale concerne les conséquences que l'adoption d'une méthode de financement pour l'exercice 1987-1988 et les exercices suivants a eues sur l'entente en question.

*g* Les faits

*h* Au milieu des années soixante-dix, plusieurs bandes indiennes ont entrepris des démarches en vue d'établir et de gérer des écoles dans leurs réserves. La bande indienne des Péguis («la bande») était l'une de ces bandes. Pour mener à bien ce projet, la bande a essayé en 1977 d'obtenir une gestion solide pour son conseil scolaire. Le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien («le Ministère») était également intéressé à ce que la bande acquière cette compétence. Dans les présents motifs, le mot «Ministère» désigne collectivement un ou plusieurs fonctionnaires du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien qui exercent l'autorité et les responsabilités du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien («le ministre»).

At the time, Mr. Thomas was an employee with the Department. He had been an employee since 1971. In 1971-1972, he held the position of Assistant Regional Director of Education for the Alberta region. In 1972-1974, he was Regional Director of Indian Affairs for the Manitoba region. He spent 1975-1976 taking a Masters of Education program in Educational Administration at the University of Alberta. After obtaining his Masters degree, he returned to the Department to work on projects related to native teacher education programs. By 1977, he was holding a senior executive position with the Department (an SX-1 classification).

The Peguis Indian Band is a signatory to a *Treaty between Her Majesty the Queen and the Chippewa and Cree Indians of Manitoba and Country Adjacent* [Canada. Treaties. Indian Treaties and Surrenders from 1680 to 1890. Vol. I, Treaty No. 124], which was signed August 3, 1871. This treaty is referred to as Treaty No. 1; it is the first of eleven treaties signed between 1871 and 1923 which together cover most if not all of the Prairie provinces and parts of Northern Ontario, British Columbia, the Yukon and the Northwest Territories. Treaty No. 1 covers part of southern Manitoba. Treaty No. 1, like all of the other numbered treaties, contains a clause respecting education. The relevant clause in Treaty No. 1 states:

... Her Majesty agrees to maintain a school on each reserve hereby made whenever the Indians of the reserve should desire it.

The government's obligations under this clause of the treaty, have given rise to a variety of schools arrangements. On some occasions, the Minister, on behalf of the Crown, contracted with various church organizations to operate schools on the reserves. On other occasions, the Department operated the schools itself. In still other circumstances, arrangements were made for students to attend provincial schools. Some evidence was led to indicate that some of these facilities, in the past at least, may not have been terribly adequate. There was particular criticism for the residential schools. In order to attend these, children had to be sepa-

À l'époque, M. Thomas était un employé du Ministère. Il était au service du Ministère depuis 1971. En 1971-1972, il occupait le poste de directeur régional adjoint de l'éducation pour la région de l'Alberta. De 1972 à 1974, il était directeur régional des Affaires indiennes pour la région du Manitoba. En 1975 et 1976, il a suivi un programme de maîtrise en éducation (administration scolaire) à l'University of Alberta. Après avoir obtenu sa maîtrise, il est retourné au Ministère pour travailler à des projets relatifs à des programmes pédagogiques destinés aux enseignants autochtones. Dès 1977, il occupait un poste de haute direction au sein du Ministère (un poste classé SX-1).

La bande indienne des Péguis est l'une des signataires du *Traité conclu entre Sa Majesté la Reine et les Chippaouais et les Cris du Manitoba et des territoires adjacents* [Canada. Treaties. Indian Treaties and Surrenders from 1680 to 1890. Vol. I, Treaty No. 124], qui a été signé le 3 août 1871. Ce traité est désigné sous le nom de traité n° 1; c'est le premier d'une série de onze traités signés entre 1871 et 1923 qui couvrent ensemble la presque totalité sinon la totalité du territoire des provinces des Prairies et des parties du nord de l'Ontario, de la Colombie-Britannique, du Yukon et des Territoires du Nord-Ouest. Le traité n° 1 vise une partie du sud du Manitoba. Comme tous les autres traités portant un numéro, le traité n° 1 renferme une clause au sujet de l'éducation. Voici le libellé de la disposition applicable du traité n° 1:

... Et de plus, Sa Majesté convient de maintenir une école dans chaque réserve par le présent établie, dès que les sauvages de telle réserve en manifesteront le désir.

Les obligations que cette clause du traité impose au gouvernement ont donné lieu à la conclusion d'un certain nombre d'ententes en matière scolaire. Dans certains cas, le ministre a passé, au nom de la Couronne, des contrats avec diverses institutions religieuses pour la direction d'écoles dans les réserves. Dans d'autres cas, le Ministère dirigeait lui-même les écoles. Dans d'autres cas encore, des dispositions ont été prises pour que les élèves fréquentent les écoles provinciales. On a présenté certains éléments de preuve qui tendent à démontrer que ces établissements n'étaient pas très adéquats, du moins dans le passé. On a particulière-



rated from their families for considerable periods of time.

In any event, as has already been noted, by the mid-1970s the Peguis Indian Band was moving to operate its own school. An agreement with the Minister was signed in 1977, pursuant to which the Band agreed to take over the provision of educational services on the reserve. The Minister, on behalf of the Crown, agreed to provide funds therefor. The agreement was expressed to "continue in effect from year to year except as modified by mutual agreement". One of the terms relating to funding provided that:

The Minister shall fund the educational programs and services of the Band as outlined in Appendix "X" hereof for the fiscal year 1977-78, and to be negotiated annually for following years.

As has been noted, coincident with its decision to undertake responsibility for educational services, the Peguis Band sought to obtain the services of an experienced and knowledgeable individual as Superintendent of Education for the Peguis School Board. To help accomplish that objective, the Department entered into an Executive Interchange Agreement with the Band pursuant to which Mr. Thomas took on the responsibilities of Superintendent of Education at the Peguis reserve. The agreement was effective as of July, 1977. The agreement initially provided that the Band would reimburse the Department for Mr. Thomas' salary. This was modified, however, since the Band did not have funds available for that purpose. The Department agreed not to seek reimbursement of the salary it was paying Mr. Thomas.

The Executive Interchange Agreement was initially for a two-year period. It was subsequently extended for a further three years. The Department continued, during that time, to pay Mr. Thomas' salary without reimbursement from the Band. The extended agreement ended June 30, 1982. The Band sought a further extension of the agreement but the Department refused. An intra-departmental memorandum, dated August 10, 1982, states:

ment critiqué les écoles résidentielles. Pour les fréquenter, les enfants devaient être séparés de leur famille pendant des périodes prolongées.

De toute façon, comme je l'ai déjà signalé, au milieu des années soixante-dix, la bande indienne des Péguis a pris des mesures pour diriger sa propre école. Une entente a été conclue avec le ministre en 1977. Aux termes de cette entente, la bande convenait de se charger de la fourniture des services pédagogiques dans la réserve. Le ministre a accepté, au nom de la Couronne, d'affecter des fonds à cette fin. Une disposition de l'entente prévoyait que celle-ci demeurerait [TRADUCTION] «en vigueur d'année en année sous réserve des modifications que les parties conviendront d'un commun accord d'y apporter». Une des modalités relatives au financement prévoyait:

[TRADUCTION] Le ministre finance les programmes et les services pédagogiques de la bande conformément aux dispositions de l'annexe X ci-jointe pour l'exercice 1977-1978, et conformément aux modalités qui seront négociées chaque année, pour les exercices suivants.

Comme nous l'avons signalé, en même temps qu'elle décidait d'assumer la responsabilité de la fourniture des services pédagogiques, la bande des Péguis a essayé de recruter une personne expérimentée et compétente à titre de surintendant de l'éducation pour son conseil scolaire. Pour l'aider à atteindre cet objectif, le Ministère a conclu avec la bande une entente d'échange de cadres aux termes de laquelle M. Thomas assumait les responsabilités de surintendant de l'éducation à la réserve des Péguis. L'entente a pris effet en juillet 1977. L'entente prévoyait initialement que la bande rembourserait le Ministère du salaire de M. Thomas. Cette disposition a toutefois été modifiée, car la bande n'avait pas de fonds disponibles à cette fin. Le Ministère a accepté de ne pas réclamer le remboursement du salaire qu'il payait à M. Thomas.

L'entente d'échange de cadres était initialement d'une durée de deux ans. Elle a été par la suite prolongée de trois années. Le Ministère a continué, dans l'intervalle, à payer le salaire de M. Thomas sans être remboursé par la bande. L'entente prolongée a pris fin le 30 juin 1982. La bande a demandé que l'entente soit à nouveau prolongée, mais le Ministère a refusé. Une note de service interministérielle, datée du 10 août 1982, porte:

1. Mr. W.C. Thomas was on Executive Interchange for a duration of five years, from July 1, 1977 to June 30, 1982. The Public Service Commission was not prepared to extend the assignment beyond that date. An Executive Interchange assignment is normally for three years and the new extension requested by the Band (5 years) would have resulted in a 10 year assignment. The Executive Interchange was no longer acceptable.

At the same time, the Department offered to loan Mr. Thomas to the Band for a further two-year period, on a secondment basis. Under this arrangement the Department would continue paying Mr. Thomas' salary.

The Band was told that, after the two-year secondment period, either the Band could hire Mr. Thomas or he could return to work with the Department. In accepting the secondment, Mr. Thomas wrote, in June of 1982, "I accept the terms of this offer if the band is given a budget to cover it." Mr. Thomas explained his position further in a letter of July 7, 1982:

Further, while I must sign your letter just to continue to be employed it would not be difficult for me to work for the Band two years down the road but surely, on the basis of the Band having no money to cover my salary in the past, you must agree that they will have to have a budget for it in the future. It is on this basis I sign.

It is unfortunate that I have not ever been given an opportunity to discuss this with Mr. Goodwin.

Mr. Thomas' June and July, 1982 correspondence was taken by the Department, as indicating willingness on his part to accept the secondment. It is clear, however, that the Department, as of that date, did not accept the condition which related to the years after the secondment agreement was terminated. That is, the Department did not initially accept the condition that the Band be given a budget to cover Mr. Thomas' salary. Shortly thereafter, a letter, dated August 16, 1982, was sent to the Band by Mr. Goodwin, the Assistant Deputy Minister of Indian Affairs:

To reiterate the agreement already reached, the Public Service Commission cannot extend the Executive Interchange Program any longer and it has ceased June 30, 1982. Mr. Thomas is presently on a two-year secondment from the Department of Indian Affairs and Northern Development effective June 30, 1982 to June 30, 1984.

At the end of this term, the Manitoba Regional Office will enter into normal budgetary negotiations with the Peguis

[TRADUCTION] 1. M. W.C. Thomas a fait l'objet d'un échange de cadres pendant cinq ans, du 1<sup>er</sup> juillet 1977 au 30 juin 1982. La Commission de la fonction publique n'était pas disposée à prolonger cette affectation au-delà de cette date. Dans le cas d'un échange de cadres, une affectation dure normalement trois ans et la nouvelle prolongation demandée par la bande (5 ans) aurait donné lieu à une affectation de 10 ans. L'échange de cadres n'était plus acceptable.

En même temps, le Ministère a offert de détacher M. Thomas auprès de la bande pour une autre période de deux ans. Le Ministère s'engageait, aux termes de cette entente, à continuer à payer le salaire de M. Thomas.

La bande a été informée qu'au terme de la période de détachement de deux ans, elle pouvait engager M. Thomas ou que celui-ci pouvait retourner travailler au Ministère. En acceptant le détachement, M. Thomas a écrit, en juin 1982, [TRADUCTION] «J'accepte les conditions de cette offre si l'on accorde à la bande un budget pour en couvrir les frais.» M. Thomas a expliqué plus en détail sa position dans une lettre datée du 7 juillet 1982:

[TRADUCTION] Du reste, bien que je doive signer votre lettre pour pouvoir garder mon emploi, je n'aurais aucune difficulté à travailler pour la bande pendant encore deux ans. Mais vous devez admettre que comme dans le passé la bande n'a pas eu l'argent nécessaire pour payer mon salaire, il faudrait à l'avenir lui accorder un budget à cette fin. C'est à cette condition que je signe.

Il est malheureux que l'on ne m'ait jamais donné l'occasion de discuter de cette question avec M. Goodwin.

Le Ministère a interprété les lettres écrites par M. Thomas en juin et juillet 1982 comme un empressement de sa part à accepter le détachement. Il est évident, toutefois, qu'à ce moment-là, le Ministère n'acceptait pas la condition portant sur la période postérieure à l'expiration de l'entente de détachement. Autrement dit, le Ministère n'a pas initialement accepté la condition que l'on accorde un budget à la bande pour payer le salaire de M. Thomas. Peu de temps après, M. Goodwin, le sous-ministre adjoint des Affaires indiennes, a envoyé la lettre suivante, datée du 16 août 1982, à la bande:

[TRADUCTION] Pour réitérer l'entente déjà conclue, la Commission de la fonction publique ne peut prolonger davantage le programme d'échange de cadres et elle y a mis fin le 30 juin 1982. M. Thomas a été détaché pour deux ans (du 30 juin 1982 au 30 juin 1984) par le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien.

À la fin de cette période, le bureau régional du Manitoba entamera les négociations budgétaires habituelles avec le con-

School Board to incorporate a superintendent's position salary and related expenses. Certainly, every school board requires a superintendent and I do not envision major complications with these negotiations. [Underlining added.]

Towards the end of the secondment agreement further negotiations took place. A letter addressed to the Chairman of the Peguis School Board dated February 21, 1984 stated:

You are aware that the special arrangement regarding Mr. W.C. Thomas' employment is expiring March 31, 1984.

We have been advised that Mr. D.K. Goodwin has offered the School Board the alternative of having the Department include in the Peguis School Board's budget an amount equivalent to Mr. Thomas' salary and benefits to enable the Board to employ him.

If the Board chooses to accept Mr. Goodwin's offer and employ Mr. Thomas, \$60,000.00 will be included in the administration component of your 1984/85 budget.

This letter led to a request for clarification, particularly with respect to whether the Department was agreeing to pay the amount in question for the 1984-85 fiscal year only, or whether it would continue to pay funds after that time. This was clarified by a letter dated March 21, 1984:

Further to my letter of February 21, 1984, please be advised that the offer to increase your administration monies to enable your Board to employ Mr. W.C. Thomas was intended to show that this would be added to the base for the period that Mr. Thomas will be employed by the School Board.

This letter should be considered a clarification of my earlier letter. [Underlining added.]

Consequent upon this agreement being reached, Mr. Thomas, in a letter dated March 28, 1984, tendered his resignation to the Department. An amount on account of his salary was added to the Peguis Indian Band's education budget for the 1985-1986 fiscal year (\$61,664) and for the 1986-1987 fiscal year (\$67,214) and paid to the School Board for that purpose.

In the 1987-1988 fiscal year, the Department changed its method of funding Indian band schools. In general, this involved determining the budget by reference to the number of students in the schools and multiplying that number by a dollar amount. A global sum was thus arrived at and this was paid to the school boards for the operation of the schools (block funding). The calculation itself is slightly more detailed than I have

seil scolaire des Péguis pour intégrer le salaire d'un surintendant et les dépenses y afférentes. Chaque conseil scolaire a évidemment besoin d'un surintendant, et ces négociations ne devraient pas selon moi entraîner de complications majeures. [C'est moi qui souligne.]

Vers la fin de l'entente de détachement, d'autres négociations ont eu lieu. Voici le texte d'une lettre datée du 21 février 1984 adressée au président du conseil scolaire des Péguis:

[TRADUCTION] Comme vous le savez, l'entente spéciale relative à l'emploi de M. W.C. Thomas prend fin le 31 mars 1984.

Nous avons été informés que M. D.K. Goodwin a offert au conseil scolaire une solution de rechange qui consisterait pour le Ministère à inclure dans le budget du conseil scolaire des Péguis un montant équivalent au salaire et aux avantages que reçoit M. Thomas pour permettre au conseil d'employer M. Thomas.

Si le conseil décide d'accepter l'offre de M. Goodwin et d'employer M. Thomas, une somme de 60 000 \$ sera incluse sous la rubrique «administration» de votre budget 1984-1985.

Cette lettre a amené la bande à demander des éclaircissements, particulièrement au sujet de la question de savoir si le Ministère consentait à payer le montant en question uniquement pour l'exercice 1984-1985, ou s'il continuerait à accorder des fonds par la suite. Ce point a été clarifié dans une lettre datée du 21 mars 1984:

[TRADUCTION] Pour faire suite à ma lettre du 21 février 1984, veuillez noter que l'offre d'augmentation des fonds affectés à la rubrique «administration» de votre budget pour permettre au conseil d'engager M. W.C. Thomas visait à montrer que ces fonds seraient ajoutés au montant de base tant que M. Thomas demeurerait à l'emploi du conseil scolaire.

La présente lettre se veut une clarification de ma lettre antérieure. [C'est moi qui souligne.]

Par suite de la conclusion de cette entente, M. Thomas a remis sa démission au Ministère dans une lettre datée du 28 mars 1984. Une somme a été ajoutée au titre de son salaire dans le budget d'éducation du conseil scolaire de la bande indienne des Péguis pour l'exercice 1985-1986 (61 664 \$) et pour l'exercice 1986-1987 (67 214 \$) et a été versée au conseil scolaire à cette fin.

Au cours de l'exercice 1987-1988, le Ministère a changé sa méthode de financement des écoles des bandes indiennes. De façon générale, cette méthode consiste à établir le budget en fonction du nombre d'élèves en multipliant ce chiffre par un montant en dollars. On obtient ainsi une somme globale qui est versée aux conseils scolaires pour le fonctionnement des écoles (financement global). Le calcul lui-même est légèrement plus détaillé

indicated but, the details are not relevant for present purposes.

Prior to the initiation of this block funding system (the National Funding Formula), the individual budgets of the bands had been "negotiated" by the Band, with the regional office of the Department. The total budget amount had been determined after an item-by-item consideration of what would be required to cover the cost of each item the following year. This is referred to in the evidence as a line-by-line "negotiation". The word "negotiation" is used in the sense that the School Board had to justify its request to the Department's regional office regarding the amounts sought. If officials of that office agreed that the estimates were reasonable, the regional office would pass the budget as approved regionally (aggregated with that of other bands), to the headquarters office of the Department in Ottawa. The final say as to the amount of money the Band would receive was always, ultimately, in the hands of the government. The total amount (national aggregate for band operated schools) had to be approved by Treasury Board and the monies had to be appropriated by Parliament. The division of the amount thus approved and appropriated as between regions was done by the headquarters office of the Department in Ottawa. The division, as among the bands, of the amount granted to the region, was done by the regional office.

The budget items, relevant to this case, which were determined on a line-by-line basis prior to the 1987-1988 budget, fell under three main headings: (1) Education Authority, (2) Instructional Staff and (3) School Administration. The items listed under the heading Education Authority (the School Board) were Director of Education, Superintendent of Education, Finance Officer, a Clerk and Secretary (two people), Professional Development, Education Leave, Travel, and Administration Recruitment. When a category of employee was listed in the budget, the line-by-line presentation showed the amount of money needed to employ the individuals in the position indicated. When an activity (eg. travel) and not a position was listed as a budget item, the amount needed for the activity was set out. The items listed under the heading Instructional Staff included, among others, the principal, vice-principal, teachers, para-

que ce que j'ai indiqué, mais il n'est pas nécessaire d'entrer dans les détails.

Avant l'instauration de ce système de financement global (la formule de financement national), chaque bande «négociait» son budget avec le bureau régional du Ministère. Le montant total du budget était établi après une étude article par article de ce dont on aurait besoin pour couvrir chaque poste l'année suivante. C'est ce qu'on a qualifié dans la preuve de «négociation» article par article. On parle de «négociation» en ce sens que le conseil scolaire devait justifier les fonds qu'il demandait au bureau régional du Ministère. Si les fonctionnaires de ce bureau convenaient que ces prévisions étaient raisonnables, le bureau régional transmettait à l'Administration centrale du Ministère, à Ottawa, le budget tel qu'il avait été approuvé à l'échelle régionale (consolidé avec celui d'autres bandes). C'était toujours au gouvernement que revenait la décision finale relativement à la somme d'argent qui était accordée à la bande. Le montant total (montant global accordé à l'échelle nationale aux écoles gérées par les bandes) devait être approuvé par le Conseil du Trésor et l'affectation des fonds devait être autorisée par le Parlement. Le partage entre les régions des sommes ainsi approuvées et autorisées relevait de l'Administration centrale du Ministère à Ottawa. C'est le bureau régional qui distribuait entre les bandes les fonds alloués à la région.

Les postes du budget qui nous intéressent en l'espèce et qui étaient ventilés article par article avant le budget de 1987-1988, relevaient de trois principales rubriques: (1) autorité scolaire; (2) personnel enseignant; (3) administration scolaire. Sous la rubrique «autorité scolaire» (conseil scolaire), on trouvait les postes suivants: «directeur de l'éducation», «surintendant de l'éducation», «agent financier», «greffier», «secrétaire» (deux personnes), «perfectionnement professionnel», «congés d'études», «transport», et «recrutement des cadres.» Lorsqu'une catégorie d'employés était inscrite au budget, on indiquait, suivant la méthode article par article, la somme d'argent nécessaire pour engager les personnes concernées pour le poste indiqué. Lorsqu'une activité (par exemple, le «transport»), et non un emploi, était inscrite au budget, le montant requis pour cette activité était indiqué. Les éléments inscrits sous la rubrique

professionals, professional development and education leave. As noted, the amount to be allocated for each of these items was negotiated annually by the School Board with members of the regional office of the Department, and the School Board accounted for the expenditure of those funds on the same line-by-line basis.

As has been noted, an item listing the position of Superintendent of Education and an amount in the Peguis' budget for salary for that position had been added to the 1984-1985 budget. This was in accordance with the 1984 Agreement, with the Department, concerning the payment of Mr. Thomas' salary. The evidence discloses that no other band in Manitoba had school board staff which comprised both a Superintendent of Education and a Director of Education. Some had individuals holding positions called Superintendent of Student Services. These individuals might work out of their respective school board offices, but they did not perform the same functions as those performed by either the Director of Education or by the Superintendent of Education of the Peguis School Board.

The block funding system was imposed on the Peguis Band, and on other bands. As noted above, it involved the determination of a unit cost per student and the multiplication of that number by the estimated school enrolment. This system had not been developed in consultation with the various bands, but as a result of studies undertaken by various officials of the Department. The Peguis Band opposed the new system from the start. Its opposition to the block funding system (the National Funding Formula) was based on its view that: (1) the amount of funds which it would otherwise have received was reduced; and (2) particularly in the case of Mr. Thomas, an amount to cover his salary had not been included.

In response to the Band's continual insistence, that the 1984 Agreement was not being honoured, and after the Band made representations to the Minister, an additional amount of \$60,000 was added, as a special item, to the Band's budget for

«personnel enseignant» comprenaient notamment le directeur d'école, le directeur d'école adjoint, les enseignants, les paraprofessionnels, le perfectionnement professionnel et les congés d'études.

*a* Comme nous l'avons fait remarquer, le montant à allouer pour chacun de ces postes était négocié chaque année par le conseil scolaire avec des représentants du bureau régional du Ministère, et le conseil scolaire rendait compte de la façon dont ces *b* fonds avaient été dépensés suivant la même méthode dite «article par article».

Comme nous l'avons signalé, on avait ajouté au budget 1984-1985 des Péguis une rubrique concernant le poste de surintendant de l'éducation, ainsi qu'un montant pour payer le salaire du titulaire de ce poste. Cette mesure était conforme à l'entente de 1984 conclue avec le Ministère au sujet du paiement du salaire de M. Thomas. La preuve *d* révèle qu'il n'existait pas au Manitoba d'autre bande dont le personnel du conseil scolaire comprenait à la fois un surintendant de l'éducation et un directeur de l'éducation. Certains conseils avaient des personnes qui occupaient des postes de *e* surintendant des services aux étudiants. Il arrivait que ces personnes travaillent à partir de leur bureau respectif au conseil scolaire, mais elles n'exécutaient pas les mêmes tâches que le directeur de l'éducation ou que le surintendant de l'édu- *f* cation du conseil scolaire des Péguis.

Le système de financement global a été imposé à la bande des Péguis et à d'autres bandes. Comme nous l'avons déjà signalé, il comportait l'établissement d'un coût unitaire par étudiant et la multiplication de ce chiffre par le nombre prévu d'élèves inscrits. Ce système n'avait pas été élaboré après consultation des diverses bandes, mais à la suite d'études menées par divers fonctionnaires du *g* Ministère. La bande des Péguis s'est opposée dès le début au nouveau système de financement global (la formule de financement national) aux motifs *h* (1) que cette formule diminuait le montant des fonds qu'elle aurait autrement reçus; (2) et que, en *i* particulier dans le cas de M. Thomas, aucun montant n'était prévu pour le paiement de son salaire.

Devant l'insistance de la bande sur le fait que l'entente de 1984 n'était pas respectée, et à la suite des demandes pressantes qu'elle a faites auprès du ministre, la bande s'est vue accorder une somme supplémentaire de 60 000 \$ à titre de poste spécial

the 1987-1988 fiscal year. That is, the Band received \$60,000 more in that fiscal year than had been allocated to it by application of the National Funding Formula. This was expressed to be for one year only.

The Department at all times took the position that an amount on account of Mr. Thomas' salary was included in the block funding. The argument, as I understand it, is that when the National Funding Formula was developed, it was defined to include all administrative costs, including the expenses of the education authorities (school boards). Therefore, it is contended that Mr. Thomas' salary was included in the block.

It is necessary to consider then, the genesis of the National Funding Formula. It was developed out of studies done in the Department which compared and analyzed education budgets and how they were established in provincial education systems, in some U.S. systems, as well as for the schools for which the Department provided funding. These studies concluded that, in general, non-teacher salary and benefit related expenses accounted for approximately 30% of budgets; teachers' salaries and benefits accounted for the other 70%. It was then necessary to identify the various categories of expenses which would be considered to fall within the 30% (transportation for example, was an item that was not included, nor were expenses related to high cost special education needs or amounts relating to facility rentals). Administrative costs including funding for school boards were classified as falling within the formula.

In the first year (1987-1988) of the application of the National Funding Formula, the cost of teachers' salaries was determined (based on what Treasury Board had negotiated to be paid as salaries to teachers). This was used to determine the regional costs for teachers' salaries. The number of teachers each school would require was determined by reference to a standard pupil/teacher ratio. As a matter of easy arithmetical calculation (number of teachers times regional salaries), an amount could be obtained as representing approximately 70% of budget required for a given school. It was a

pour son budget de l'exercice 1987-1988. Autrement dit, la bande a reçu pour cet exercice 60 000 \$ de plus que ce qui lui avait été alloué en application de la formule de financement national. Il a été précisé que ce versement ne valait que pour cet exercice.

Le Ministère a toujours adopté le point de vue que le financement global comprenait un montant destiné à payer le salaire de M. Thomas. Si j'ai bien compris, le Ministère prétend que lorsque la formule de financement national a été élaborée, il était entendu qu'elle englobait tous les frais administratifs, y compris les dépenses des autorités scolaires (les conseils scolaires). Le salaire de M. Thomas faisait donc partie du montant global.

Il est donc nécessaire d'étudier la genèse de la formule de financement national. Elle a été élaborée à la suite d'études menées par le Ministère dans lesquelles on a comparé et analysé des budgets d'éducation et la façon dont ils étaient implantés dans les systèmes scolaires des provinces, dans certains systèmes des États-unis, ainsi que dans les écoles financées par le Ministère. Les auteurs de ces études ont conclu qu'en règle générale, les salaires et les dépenses liées aux avantages que touchait le personnel non enseignant représentaient environ 30 % du budget et que les salaires et les avantages versés aux enseignants représentaient l'autre 70 %. Il fallait donc ensuite délimiter les diverses catégories de dépenses que l'on pourrait considérer comme faisant partie du 30 % (le transport, par exemple, est un poste qui n'est pas inclus, ni les dépenses liées aux besoins très dispendieux d'éducation spécialisée ou la location de locaux). Les frais administratifs, dont le financement des conseils scolaires, ont été classés comme faisant partie de la formule.

Pendant le premier exercice (1987-1988) au cours duquel on a appliqué la formule de financement national, on a établi le coût du salaire des enseignants (d'après le salaire fixé à la suite des négociations entamées avec le Conseil du Trésor), et ce, dans le but de calculer le coût régional du salaire des enseignants. Le nombre d'enseignants dont chaque école avait besoin a été calculé en fonction d'un rapport élèves-maître. Par de simples calculs mathématiques (le nombre d'enseignants multiplié par le salaire régional), on pouvait obtenir un chiffre qui représentait environ 70 % du

matter of simple arithmetic, then, to calculate what the total budget allocation should be. As I understand it, this was not done on a school-by-school basis but by reference to regional figures. The unit cost per student was adjusted upwards each year depending upon the regional offices' assessment of what price increases were likely that year. The unit cost per student allocated to the Peguis Band for the fiscal year 1988-1989 was, for example, \$3,927. In no year since the application of the formula has the absolute total paid to the Band decreased.

There were several reasons, in the Department's opinion, for moving to the new system. In the first place, it was easier to administer; it obviated the need for discussions over budgets on a line-by-line basis. Secondly, it gave the Indian school boards a greater degree of autonomy; they could use the funds for educational purposes as they saw fit without the need to account on a line-by-line basis. Also, it provided more certainty in the budgetary process; the Department could predict with greater certainty the amount that might be required to fund the schools from year to year. Lastly, it was designed to provide more equitable funding as between the bands. In the Department's view, some bands were overfunded in relation to others.

I will turn now to the various issues which were raised, some in an indirect way, by the evidence and argument.

#### Breach of Treaty No. 1 — Not in Issue

I do not think it necessary to make any determination as to whether the terms of Treaty No. 1 have been breached. That issue is not before this Court and indeed, a number of unanswered questions arise if it were to be considered: when was a request for a school on the reserve made? To what extent does an obligation to "maintain a school on the reserve" carry with it an obligation to provide a certain level of educational service? Certainly if the level of service were grossly inadequate, a breach would occur but evidence in this case indicates that, at least, in recent times the amount of funding provided for reserve schools is comparable

budget requis pour une école donnée. C'était ensuite une simple question de mathématiques de calculer ce que devait être l'enveloppe budgétaire. Si j'ai bien compris, on n'a pas procédé école par école, mais en fonction des chiffres de l'ensemble de la région. Le coût unitaire par étudiant était rajusté à la hausse chaque année selon l'augmentation annuelle probable prévue par le bureau régional. Le coût unitaire par étudiant alloué à la bande indienne des Péguis pour l'exercice de 1988-1989 était, par exemple, de 3 927 \$. Depuis que la formule est appliquée, le total absolu accordé à la bande n'a jamais diminué.

Il y avait plusieurs raisons, de l'avis du Ministère, qui justifiaient d'adopter le nouveau système. En premier lieu, ce système était plus facile à administrer; il dispensait de la nécessité de discuter du budget article par article. En deuxième lieu, il accordait au conseil scolaire des bandes indiennes un plus grand degré d'autonomie; elles pouvaient utiliser les fonds à des fins éducatives selon ce qu'elles jugeaient bon sans devoir rendre compte article par article de chaque dépense. En outre, il permettait d'obtenir une plus grande certitude dans le processus budgétaire; le Ministère pouvait prévoir avec plus de certitude la montant requis pour financer les écoles d'année en année. En dernier lieu, il était conçu pour assurer un financement plus équitable entre les bandes. De l'avis du Ministère, certaines bandes étaient financées en trop par rapport à d'autres.

Je passe maintenant aux diverses questions qui ont été soulevées, certaines de façon indirecte, par la preuve et la procédure écrite.

#### La violation du traité n° 1 n'est pas en litige

Je ne pense pas qu'il soit nécessaire de se prononcer sur la question de savoir s'il y a eu violation des conditions du traité n° 1. La Cour n'est pas saisie de cette question et d'ailleurs si on l'examinait, plusieurs questions auxquelles on ne pourrait répondre surgiraient: Quand a-t-on demandé d'établir une école dans la réserve? Dans quelle mesure une obligation de «maintenir une école dans chaque réserve» comporte-t-elle l'obligation d'assurer un certain niveau des services pédagogiques? Il est certain que si le niveau de service était manifestement insuffisant, il y aurait violation, mais la preuve présentée en l'espèce indique qu'au moins

to, if not higher than, that provided to similarly situated provincial schools.

#### Breach of 1977 Agreement — Not in Issue

Another issue which is not before this Court is any allegation concerning a breach of the 1977 Agreement pursuant to which the Peguis Band took over responsibility for educational services on the reserve. Reference was made in the evidence to the term of that agreement, which anticipates annual negotiations of the budget on a line-by-line basis. At the same time, however, that agreement was not put in issue by the pleadings, nor was it produced on discovery. Furthermore, if a potential breach were in issue, one would have to ask to what extent the Band's acceptance of funding pursuant to the new formula would nullify the alleged breach. More importantly, one would have to determine whether, in any event, the agreement was only intended to operate on a yearly basis with it being possible for either party to give notice of termination. The part of the agreement which was read into the record indicates that the agreement was intended to operate "from year to year".

#### Relevance of Fiduciary Relationship

Counsel for the plaintiffs argues that the facts in this case, give rise to a finding that the defendant breached the trust obligations she owed to the plaintiffs. He bases this argument on the decisions in: *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Regina v. Taylor and Williams* (1979), 55 C.C.C. (2d) 172 (Ont. Div. Ct.); affd. (1981), 34 O.R. (2d) 360 (C.A.); leave to appeal to the Supreme Court denied [1981] 2 S.C.R. xi; *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335; and *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; as well as on the terms of Treaty No. 1 set out above 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 *Nowegijick* and *Taylor and Williams* cases set out the principles that treaties, such as Treaty No. 1, are to be interpreted liberally and that any doubts respecting their interpretation be construed in favour of the Indians. In the *Taylor and Wil-*

au cours des dernières années, le financement accordé aux écoles situées dans des réserves est comparable, sinon supérieur, à celui qui est accordé aux écoles provinciales se trouvant dans la même situation.

#### La violation de l'entente de 1977 n'est pas en litige

La Cour n'est pas saisie non plus d'une allé-  
gation concernant une violation de l'entente de 1977 en vertu de laquelle la bande des Péguis a assumé la charge des services pédagogiques dans la réserve. On a fait allusion dans la preuve à cette condition de l'entente, qui prévoit la négociation annuelle du budget article par article. Par contre, cette entente n'a pas été invoquée dans les actes de procédure, et elle n'a pas été produite au cours de l'enquête préalable. De plus, si une violation éventuelle était en litige, il faudrait se demander dans quelle mesure le fait pour la bande d'accepter le financement accordé en vertu de la nouvelle formule annulerait la violation présumée. Mais surtout, il faudrait déterminer si de toute façon l'entente n'était conçue que comme une entente annuelle résiliable sur préavis de l'une ou l'autre partie. L'extrait de l'entente qui a été versé au dossier indique que l'entente se voulait une entente qui était valide «d'année en année».

#### Pertinence de la relation fiduciaire

L'avocat des demandeurs prétend que les faits de la présente affaire amènent à conclure que la défenderesse a manqué aux obligations fiduciaires qu'elle avait envers les demandeurs. Il tire ce moyen des décisions suivantes: *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Regina v. Taylor and Williams* (1979), 55 C.C.C. (2d) 172 (Cour de div. de l'Ont.); confirmé à (1981), 34 O.R. (2d) 360 (C.A.); autorisation de pourvoi devant la Cour suprême refusée à [1981] 2 R.C.S. xi; *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335 et *R. c. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, ainsi que du texte du traité n° 1, précité, et de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]].

Les arrêts *Nowegijick* et *Taylor and Williams* posent le principe que les traités, comme le traité n° 1, doivent recevoir une interprétation libérale et que toute ambiguïté concernant leur interprétation doit profiter aux Indiens. Dans l'arrêt *Taylor and*



*liams* case, it was noted [at page 367] that “[i]n approaching the terms of a treaty . . . the honour of the Crown is always involved and no appearance of sharp dealing should be sanctioned.” Further, it was held that if there is any ambiguity in the words or phrases used, not only should the words be interpreted as against the framers or drafters of the treaties, but the language should be construed so as not to prejudice the Indians, providing that such construction is reasonably possible. Lastly, evidence of surrounding circumstances or facts of history, including the conduct of the parties, could be relevant to determine what had been meant by the terms of the treaty.

In the present case, evidence was given by the Chief of the Peguis Band, that according to oral tradition, the purpose of the education clause in Treaty No. 1 was to provide educational services to the Indians to enable them to compete with non-Indians in the post-Treaty era. He emphasized that this was part of the bargain under which the Indians gave up their rights to the land covered by the Treaty.

The *Guerin* case established that when the Crown dealt with reserve lands on behalf of an Indian band, the Crown was under an equitable or fiduciary obligation. I quote from the headnote [at page 336] of that case (which repeats part of the text found at page 384 of the decision):

Where by statute, by agreement or perhaps by unilateral undertaking, one party has an obligation to act for the benefit of another, and that obligation carries with it a discretionary power, the party thus empowered becomes a fiduciary. Equity will then supervise the relationship by holding him to the fiduciary's strict standard of conduct. [Underlining added.]

It was held [at page 384] that the “categories of fiduciary, like those of negligence, should not be considered closed” and that if the Crown breached the fiduciary duty owed to the Indians, it would be liable to them in the same way and to the same extent as if a trust were in effect.

*Williams*, le tribunal a fait remarquer [à la page 367] que [TRADUCTION] «lorsqu'il s'agit d'interpréter les conditions d'un traité [. . .] il y va toujours de l'honneur de la Couronne et aucune apparence de “manœuvres malhonnêtes” ne doit être tolérée». De plus, le tribunal a statué que, s'ils comportent une ambiguïté, les mots ou les expressions employés doivent non seulement être interprétés à l'encontre des rédacteurs des traités, mais que le texte doit être interprété de manière à ne pas causer de préjudice aux Indiens, pourvu que cette interprétation soit raisonnablement possible. En dernier lieu, on peut tenir compte d'éléments de preuve concernant les circonstances entourant la conclusion du traité ou de faits historiques, et notamment de la conduite des parties, pour déterminer le sens des conditions d'un traité.

En l'espèce, le chef de la bande des Péguis a témoigné que, suivant la tradition orale, l'objet de la clause relative à l'éducation contenue dans le traité n° 1 était d'assurer des services pédagogiques aux Indiens pour leur permettre d'être sur un pied d'égalité avec les Blancs après la signature du traité. Il a souligné que cela faisait partie de l'entente aux termes de laquelle les Indiens avaient renoncé aux droits qu'ils possédaient sur le territoire visé par le traité.

Il a été établi dans l'arrêt *Guerin* que, lorsqu'elle administre des terres situées sur des réserves pour le compte d'une bande indienne, la Couronne est soumise à une obligation d'*equity*—à une obligation fiduciaire. Voici un extrait du sommaire [à la page 336] de l'arrêt (qui reprend une partie du texte qu'on trouve à la page 384 de l'arrêt):

Lorsqu'une loi, un contrat ou peut-être un engagement unilatéral impose à une partie l'obligation d'agir au profit d'une autre partie et que cette obligation est assortie d'un pouvoir discrétionnaire, la partie investie de ce pouvoir devient un fiduciaire. L'*equity* vient alors exercer un contrôle sur ce rapport en imposant à la partie en question l'obligation de satisfaire aux normes strictes de conduite auxquelles le fiduciaire est tenu de se conformer. [C'est moi qui souligne.]

La Cour a précisé [à la page 384] que «[c]omme en matière de négligence, il faut se garder de conclure que les catégories de fiduciaires sont exhaustives» et que si la Couronne manquait aux obligations fiduciaires qu'elle avait envers les Indiens, elle serait responsable envers eux de la même manière et dans la même mesure que si une fiducie existait.

The *Guerin* case dealt with the fiduciary obligation owed with respect to transactions involving reserve lands. The fact situation and, indeed, the commencement of that law suit, occurred prior to the enactment of the *Constitution Act, 1982*. The *Sparrow* decision however, was commenced subsequent to the enactment of that Act. Subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982* states:

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

The Supreme Court interpreted section 35 as applying to aboriginal fishing rights (which were not based on a treaty but which had existed from “time immemorial”) and held that they could only be abrogated if the abrogation was justified. At page 1109, the Court said:

In other words, federal power must be reconciled with federal duty and the best way to achieve that reconciliation is to demand the justification of any government regulation that infringes upon or denies aboriginal rights.

And at page 1110:

By giving aboriginal rights constitutional status and priority, Parliament and the provinces have sanctioned challenges to social and economic policy objectives embodied in legislation to the extent that aboriginal rights are affected. Implicit in this constitutional scheme is the obligation of the legislature to satisfy the test of justification. . . . The extent of legislative or regulatory impact on an existing aboriginal right may be scrutinized so as to ensure recognition and affirmation. [Underlining added.]

The Court went on to list several factors which might be considered in determining whether rights had been abrogated: is the limitation reasonable? does the regulation impose undue hardship? does the regulation deny to the holders of the right their preferred means of exercising that right? If a *prima facie* interference is found, the Court held that an analysis should then be undertaken to see whether it is justified. This involves an assessment of whether or not a valid legislative objective for the interference exists. In the context of fishing rights, the Court held that an objective aimed at preserving those rights, by conserving and managing a natural resource, would be valid. So would an interference which had as its objective the prevention of harm to the general populace or to aboriginal peoples themselves. The Court indicated

L'arrêt *Guerin* portait sur l'obligation fiduciaire à laquelle était tenue la Couronne à l'égard d'opérations concernant des terres situées dans des réserves. La situation factuelle et, d'ailleurs, l'introduction de ce procès étaient antérieures à l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le procès *Sparrow* a toutefois été entamé après la promulgation de cette Loi. Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* dispose:

35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

La Cour suprême a interprété l'article 35 comme s'appliquant aux droits ancestraux de pêche (qui n'étaient pas issus d'un traité mais qui existaient «depuis des temps immémoriaux»), et elle a statué que ces droits ne pouvaient être supprimés que si leur suppression était justifiée. À la page 1109, la Cour déclare:

En d'autres termes, le pouvoir fédéral doit être concilié avec l'obligation fédérale et la meilleure façon d'y parvenir est d'exiger la justification de tout règlement gouvernemental qui porte atteinte à des droits ancestraux.

Et à la page 1110:

En accordant aux droits ancestraux le statut et la priorité propres aux droits constitutionnels, le Parlement et les provinces ont sanctionné les contestations d'objectifs de principe socio-économiques énoncés dans des textes législatifs, dans la mesure où ceux-ci portent atteinte à des droits ancestraux. Ce régime constitutionnel comporte implicitement une obligation de la part du législateur de satisfaire au critère de la justification [. . .] La mesure dans laquelle une loi ou un règlement a un effet sur un droit ancestral existant doit être examinée soigneusement de manière à assurer la reconnaissance et la confirmation de ce droit. [C'est moi qui souligne.]

La Cour a poursuivi en énumérant plusieurs facteurs dont on peut tenir compte pour déterminer si des droits ont été supprimés: la restriction est-elle déraisonnable? le règlement est-il indûment rigoureux? le règlement refuse-t-il aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer? La Cour a statué que si l'on conclut à l'existence d'une atteinte à première vue, il faut ensuite poursuivre l'analyse en se demandant si cette atteinte est justifiée. Pour ce faire, il faut se demander s'il existe un objectif législatif régulier qui justifie l'atteinte en question. Dans le cas des droits de pêche, la Cour a jugé régulier l'objectif consistant à préserver les droits en question par la conservation et la gestion d'une ressource naturelle. Il en irait de même dans le cas d'une atteinte qui aurait pour objectif de protéger l'ensemble de la popula-

as well, that other valid objections, if compelling and substantial, might exist.

If a valid legislative objective is found then the Court must proceed to assess the justification for this interference by asking questions such as: whether there has been as little infringement as possible of the right in order to accomplish the valid objective; whether, in a case of expropriation, fair compensation has been paid; whether the aboriginal group has been consulted about the change. These factors are not considered to be an exhaustive list. The Court concluded, at page 1119:

We would not wish to set out an exhaustive list of the factors to be considered in the assessment of justification. Suffice it to say that recognition and affirmation requires sensitivity to and respect for the rights of aboriginal peoples on behalf of the government, courts and indeed all Canadians.

Counsel for the plaintiffs invites me to apply this jurisprudence to the facts of the present case. He points out that Treaty No. 1 creates a right in the members of the Peguis Band to have a school maintained on the reserve. He notes that Parliament has delegated to the Minister, in sections 114-122 of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, the responsibility to fulfil the obligations owed. He argues that a fiduciary relationship arises out of the Treaty provisions comparable to that discussed in *Guerin* and *Sparrow*, that a duty is owed by the Crown to the Indians and that the Crown possesses discretion as to how that duty will be discharged; that the Crown has absolute control over the exercise of that discretion. Counsel argues that a breach of the fiduciary relationship can arise from the administrative actions of officials and the Minister as well as by legislative or regulatory action. In the *Sparrow* case regulations were the abrogating instrument. However, this does not preclude the principles set out therein being equally applicable to an administrative decision (the refusal to fund Mr. Thomas' salary).

Counsel for the plaintiffs called attention to Mr. Justice Strayer's decision in *Desjarlais et al. v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, [1988] 2 C.N.L.R. 62 (F.C.T.D.),

tion ou les peuples autochtones eux-mêmes d'un préjudice. La Cour a ajouté qu'il pouvait exister d'autres objectifs réguliers, pourvu qu'ils soient impérieux et réels.

<sup>a</sup> S'il conclut à l'existence d'un objectif législatif régulier, le tribunal doit ensuite analyser la justification de cette atteinte en se posant certaines questions, et notamment celle de savoir si, en <sup>b</sup> tentant d'obtenir le résultat souhaité, on a porté le moins possible atteinte à des droits, si une juste indemnisation est prévue en cas d'expropriation et si le groupe d'autochtones en question a été consulté au sujet des changements. Ces facteurs ne <sup>c</sup> sont pas considérés comme une liste exhaustive. La Cour a conclu, à la page 1119:

Nous ne nous proposons pas de présenter une énumération exhaustive des facteurs à considérer dans l'appréciation de la justification. Qu'il suffise de souligner que la reconnaissance et la confirmation exigent que le gouvernement, les tribunaux et même l'ensemble des Canadiens soient conscients des droits des peuples autochtones et qu'ils les respectent. <sup>d</sup>

L'avocat des demandeurs m'invite à appliquer cette jurisprudence aux faits de la présente espèce. <sup>e</sup> Il souligne que le traité n° 1 crée en faveur de la bande des Péguis le droit au maintien d'une école dans la réserve. Il constate que le législateur a délégué au ministre, aux articles 114 à 122 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), chap. I-5, la mission de s'acquitter des obligations auxquelles il est assujéti. Il soutient que les dispositions du traité créent un rapport fiduciaire analogue à celui dont on a discuté dans les arrêts *Guerin* et *Sparrow*, que la Couronne est soumise à cette obligation envers les Indiens et qu'elle possède un pouvoir discrétionnaire quant à la façon de s'acquitter de cette obligation. Il ajoute que la Couronne a une latitude absolue sur l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. L'avocat allègue qu'un manquement à l'obligation fiduciaire peut découler des actes administratifs des fonctionnaires et du ministre ainsi que des mesures prises par voie législative ou réglementaire. Dans l'arrêt *Sparrow*, la suppression découlait d'un règlement. Cela n'empêche <sup>f</sup> pas cependant les principes qui y sont énoncés de s'appliquer aux décisions administratives (le refus de financer le salaire de M. Thomas). <sup>g</sup> <sup>h</sup> <sup>i</sup>

L'avocat des demandeurs a appelé l'attention de la Cour sur le jugement rendu par le juge Strayer dans l'affaire *Desjarlais et autres c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord cana-*

at page 67. In that decision, the question was raised as to whether the allocation of funds for the purpose of Indian housing had "its origin in public law which does not give rise to a fiduciary relationship". Mr. Justice Strayer referred to the fact that this issue had been raised in *Guerin (supra)*. He noted:

These are very complex questions which cannot be dealt with adequately on an interlocutory motion. But it appears there is a serious legal question as to whether a fiduciary relationship might be made out.

Counsel for the plaintiffs argues that the issue was not decided in the *Desjarlais* decision because that decision related to an interlocutory motion. He argues, as well, that the *Sparrow* decision was decided since that time and that it strengthens the plaintiffs' argument. I am not convinced that the *Sparrow* decision assists in the analysis of the issue. The *Sparrow* case did not deal with an obligation involving the expenditure of public funds. It was concerned only with legislative restrictions on fishing rights. Also, as I read the *Desjarlais* decision, it did not deal with a treaty obligation which required the expenditure of funds. Thus, while funds for Indian housing might exist in circumstances which do not give rise to a fiduciary relationship, this is less likely to be true for expenditures which are required in order to fulfil treaty obligations.

As I understand counsel's argument, it is that, at the very least, the application of all this jurisprudence means that there exists a fiduciary relationship between the plaintiffs and the defendant in the present circumstances, and therefore, there is an obligation on the defendant to prove that Mr. Thomas' salary is still being funded. Any doubt in this regard must be resolved in favour of the Band.

I have set out counsel's reasoning on the existence and effect of a fiduciary relationship, as I understand it, at some length, because it comprised a significant portion of his argument. At the same time, for the reasons which follow, I do not find it necessary to decide the case by reference to those arguments.

*dien*), [1988] 2 C.N.L.R. 62 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 67. Dans cette affaire, on a soulevé la question de savoir si les fonds affectés au logement des Indiens «prennent naissance dans le droit public, lequel ne crée aucun rapport fiduciaire». Le juge Strayer a fait allusion au fait que cette question avait été soulevée dans l'arrêt *Guerin* (précité). Il a noté:

Ce sont des questions fort complexes qui ne peuvent être tranchées de façon adéquate dans le cadre d'une requête interlocutoire. Il me semble toutefois qu'il existe une question juridique sérieuse, en l'occurrence celle de savoir si on peut démontrer l'existence d'un rapport fiduciaire.

L'avocat des demandeurs soutient que la question n'a pas été tranchée dans le jugement *Desjarlais* parce que cette affaire portait sur une requête interlocutoire. Il soutient par ailleurs que, depuis lors, l'arrêt *Sparrow* a été rendu et qu'il confirme la thèse des demandeurs. Je ne suis pas convaincu que l'arrêt *Sparrow* nous aide à analyser la question. L'arrêt *Sparrow* ne portait pas sur une obligation comportant l'affectation de fonds publics. Il ne s'intéressait qu'aux restrictions législatives aux droits de pêche. Par ailleurs, suivant la lecture que j'en fais, le jugement *Desjarlais* ne portait pas sur une obligation issue d'un traité comportant l'affectation de fonds. Ainsi donc, bien que des fonds puissent exister pour le logement des Indiens dans des circonstances qui ne donnent pas naissance à un rapport fiduciaire, cela est moins probable dans le cas des dépenses qu'il faut engager pour s'acquitter des obligations prévues par un traité.

Si j'ai bien compris son raisonnement, l'avocat prétend que l'application de cette jurisprudence démontre à tout le moins qu'il existe en l'espèce un rapport fiduciaire entre les demandeurs et la défenderesse et que par conséquent il incombe à la défenderesse de prouver que le salaire de M. Thomas est encore financé. Toute ambiguïté à cet égard doit profiter à la bande.

J'ai exposé en détail le raisonnement, tel que je le comprends, qu'a suivi l'avocat au sujet de l'existence et des conséquences d'un rapport fiduciaire, parce que ce raisonnement occupe une grande partie de sa thèse. Par ailleurs, pour les motifs qui suivent, je ne crois pas nécessaire de trancher l'affaire en fonction de ces prétentions.

### Contractual Agreement Breached?

In my view, this case can be decided on the basis of the ordinary principles applicable to contractual obligations. The defendant agreed, in 1984, to fund Mr. Thomas' salary. The Band agreed to employ Mr. Thomas. Mr. Thomas, on the strength of these representations, resigned his position with the civil service. In 1987-1988, the Department decided to change its method of funding band operated school programs. It adopted a method that was based on general formulas and averages. The new system was designed, in part, to provide an equitable basis for band funding; each band was to be treated more or less equally without reference to the particular band's budget of the preceding year.

I cannot conclude that the block funding included an amount on account of Mr. Thomas' salary. The agreement to pay Mr. Thomas' salary was an agreement to pay an amount over and above the normal budgeted amount paid to the Peguis School Board. The amount for Mr. Thomas' salary was to be a temporary grant; it was to last only for the duration of Mr. Thomas' employment. If the agreement had been nothing more than as set out in Mr. Goodwin's letter of August 16, 1982 then I would agree with counsel for the defendant, that what was contemplated was an amount to be added to the Band's budget, as part of its normal budgetary allotment. However, the agreement is not found solely in that letter. The letter of February 21, 1984 and, that of March 21, 1984 also constitute part of the agreement. It is clear, particularly from the March 21 letter, that the funds in question were directed specifically to Mr. Thomas' salary and were to be paid only as long as he was employed by the Band. In assessing whether or not the block of funds received by application of the National Funding Formula, contained an amount on account of Mr. Thomas' salary, a significant factor is that no portion of the block fund will cease on termination of Mr. Thomas' employment with the Band. This factor alone makes it clear that funding for Mr. Thomas' salary

### Y a-t-il eu violation de l'entente contractuelle?

À mon avis, la présente affaire peut être tranchée à partir des principes habituels qui s'appliquent en matière d'obligations contractuelles. La défenderesse a convenu, en 1984, de financer le salaire de M. Thomas. La bande a accepté d'engager M. Thomas. M. Thomas, sur la foi de ces déclarations, a démissionné de son poste au sein de la fonction publique. En 1987-1988, le Ministère a décidé de changer sa méthode de financement des programmes des écoles gérées par les bandes. Il a adopté une méthode qui était basée sur des formules générales et des moyennes. Le nouveau système visait notamment à assurer un financement équitable pour les bandes; chaque bande devait être traitée plus ou moins sur un pied d'égalité, indépendamment de son budget de l'exercice précédent.

Je ne puis conclure que le financement global comprenait un montant au titre du salaire de M. Thomas. En acceptant de payer le salaire de M. Thomas, le Ministère convenait de payer un montant en sus du montant habituel qui était prévu au budget et qui était versé au conseil scolaire des Péguis. Le montant accordé pour le salaire de M. Thomas devait être une subvention temporaire; il ne devait durer qu'aussi longtemps que M. Thomas demeurerait à l'emploi de la bande. Si l'entente s'était limitée au texte de la lettre du 16 août 1982 de M. Goodwin, je serais d'accord avec l'avocate de la défenderesse pour dire que, ce qui était envisagé, c'était d'ajouter un montant au budget de la bande, dans le cadre de son enveloppe budgétaire habituelle. Mais l'entente ne se trouve pas seulement dans cette lettre. La lettre du 21 février 1984 et celle du 21 mars 1984 font également partie de l'entente. Il ressort à l'évidence, en particulier de la lettre du 21 mars, que les fonds en question étaient expressément affectés au salaire de M. Thomas et qu'ils ne devaient être payés qu'aussi longtemps qu'il demeurerait au service de la bande. Pour déterminer si les fonds reçus en application de la formule de financement national comprenaient un montant au titre du salaire de M. Thomas, il convient de tenir compte du fait qu'aucune partie du montant global ne cessera d'être payé lorsque M. Thomas quittera son emploi à la bande. À lui seul, ce facteur démontre bien que le financement du salaire de M. Thomas ne fait pas

is not included in the amount paid under the National Funding Formula.

Counsel for the defendant argues that the 1984 Agreement cannot have been to pay the Band an amount “beyond or in addition to normal program funding” because at the time there was no “normal program funding”. Each band’s budget was determined on an individual basis as indicated. She also argues that the agreement of 1984 was entered into by the plaintiffs with full knowledge of the budgetary process and with knowledge that the amount of funds allocated fluctuated from year to year. The plaintiffs also knew that the funds available for this purpose were subject to approval by Treasury Board and appropriation by Parliament. Counsel for the defendant argued that there was no intention to enter into a legal contractual relationship and without such intention, a contract cannot be formed.

With respect to the argument that the 1984 agreement was not one to pay an amount over and above normal funding, it is true that there was no “normal program funding” in the standardized sense in which it was provided under the National Funding Formula. There was, however, “normal program funding” in the sense that the line-by-line budget of one year operated as the base for a line-by-line determination of the budget for the following year. In relation to this process, the amount paid on account of Mr. Thomas’ salary was an extra, or an addition to the normal program funding provided to the Band. The fact that only the Peguis School Board had administrative positions for both a Director of Education and a Superintendent of Education also is an indication that the amount being paid on account of Mr. Thomas’ salary was an extraordinary and supplemental item. As has already been noted, the payment was temporary in nature and was to cease when Mr. Thomas’ employment ceased.

With respect to the argument that the plaintiffs knew the parameters of the budgetary process and the requirements for Treasury Board approval and Parliamentary appropriation, this argument is a two-edged sword. It is precisely because of that

partie du montant payé en vertu de la formule de financement national.

L’avocate de la défenderesse allègue que l’entente de 1984 ne pouvait prévoir le paiement à la bande d’un montant «en sus du montant habituel accordé pour le financement des programmes» parce qu’à l’époque, aucun montant n’était accordé pour le «financement habituel des programmes». Le budget de chaque bande était, comme nous l’avons déjà dit, établi individuellement. Elle soutient également que les demandeurs ont conclu l’entente de 1984 en étant parfaitement au courant du processus budgétaire et en sachant que le montant des fonds alloués fluctuait d’une année à l’autre. Les demandeurs savaient également que les fonds disponibles à cette fin étaient soumis à l’approbation du Conseil du Trésor et à l’autorisation du Parlement. L’avocate de la défenderesse prétend qu’il n’existait pas d’intention de s’obliger légalement par contrat et que sans cette intention, un contrat ne peut être formé.

En ce qui concerne l’argument que l’entente de 1984 ne prévoyait pas le paiement d’un montant en sus du montant habituel qui était accordé pour le financement des programmes, il est vrai qu’il n’y avait pas de «financement habituel des programmes» au sens normalisé où cette expression est employée dans la formule de financement national. Il existait toutefois un «financement normal des programmes» en ce sens que le budget «article par article» de l’exercice servait de base au calcul du budget «article par article» de l’exercice suivant. Dans le cadre de ce système, le montant payé au titre de M. Thomas était un montant supplémentaire versé en sus du montant habituel accordé à la bande pour le financement des programmes. Le fait que seul le conseil scolaire des Péguis avait des postes administratifs de directeur de l’éducation et de surintendant de l’éducation indique également que le montant payé pour le salaire de M. Thomas était une dépense extraordinaire et supplémentaire. Comme je l’ai déjà fait remarquer, le paiement était de nature temporaire et devait prendre fin en même temps que l’emploi de M. Thomas.

En ce qui concerne l’argument que les demandeurs connaissaient les grandes lignes du processus budgétaire et qu’ils savaient qu’il fallait obtenir l’approbation de Conseil du Trésor et l’autorisation du Parlement, cet argument est une arme à deux

knowledge that the plaintiffs took care to have the guarantee carefully delineated. The commitment that the amount would be added to the base of the Band's budget was a guarantee to pay the yearly incremental increases that would arise for Mr. Thomas' salary, as if he had stayed with the Department, in the position he held when he resigned. The commitment that the payments would continue for as long as Mr. Thomas was employed by the Band, was clearly designed both to give Mr. Thomas some security and to avoid setting in place an obligation to pay the extra amount, indefinitely, on an ongoing basis, as would likely occur if it were treated as a regular budget item.

Mr. Thomas was, at the time, 51 years old. He had a family to support. He had a senior position with the Department and the security that such entails. It is not likely that Mr. Thomas would have agreed to make a move out of that position, nor would the Band have asked him to do so, without there being in place a system which afforded him financial security. It is my view, that the knowledge of the plaintiffs about the normal operation of the system is the reason they sought the commitment to funding which they obtained.

The Department made representations through its correspondence to the plaintiffs, that it intended to pay the funds requested. The commitment was to pay an amount additional to that obtained under the normal funding program. The plaintiffs acted upon this commitment, conducting themselves in ways they would not otherwise have done. The Department should not now be allowed to renege from these arrangements and pay only the amounts calculated in accordance with the National Funding Formula.

Counsel for the defendant refers to the Privy Council decision in *Attorney-General for British Columbia v. Esquimalt and Nanaimo Railway Company*, [1950] A.C. 87. That case dealt with provincial legislation to tax timber severed from certain railway lands. In 1883, provincial legislation had been passed in furtherance of a scheme which led to the construction of the railway. The legislation contained a clause stating that the railway lands would not be subject to taxation for as

tranchants. C'est précisément à cause de cette connaissance que les demandeurs ont pris soin de faire préciser avec soin la garantie. L'engagement suivant lequel le montant serait ajouté à la base du budget de la bande constituait une garantie de payer les augmentations annuelles différentielles de salaire auxquelles M. Thomas aurait eu droit s'il avait conservé le poste qu'il occupait au Ministère au moment de sa démission. L'engagement de poursuivre les paiements tant que M. Thomas demeurerait au service de la bande visait de toute évidence à accorder à M. Thomas une certaine garantie et à éviter de mettre en place une obligation de payer indéfiniment le montant supplémentaire, comme cela se produirait probablement si ce montant était considéré comme un poste budgétaire ordinaire.

M. Thomas était à l'époque âgé de 51 ans. Il avait des personnes à sa charge. Il occupait un poste de haute direction au Ministère, avec la sécurité que cela comporte. Il est peu probable que M. Thomas aurait accepté de quitter ce poste, ou que la bande le lui aurait demandé, sans que soit mis en place un système lui garantissant une sécurité financière. Je suis d'avis que c'est parce qu'ils connaissaient le fonctionnement habituel du système que les demandeurs ont demandé l'engagement de financement qu'ils ont obtenu.

Le Ministère a déclaré, dans les lettres qu'il a envoyées aux demandeurs, qu'il avait l'intention de payer les fonds demandés. Il s'est engagé à payer un montant en sus du montant obtenu en vertu du programme habituel de financement. Les demandeurs ont agi sur la foi de cet engagement, et ont adopté une conduite qu'ils n'auraient pas eue autrement. On ne devrait pas permettre maintenant au Ministère de se dédire et de ne payer que les sommes calculées conformément à la formule de financement national.

L'avocate de la défenderesse invoque l'arrêt *Attorney-General for British Columbia v. Esquimalt and Nanaimo Railway Company*, [1950] A.C. 87 du Conseil privé. Cette affaire portait sur une loi provinciale qui prévoyait une taxe sur le bois d'œuvre extrait de certaines terres de chemin de fer. En 1883, une loi provinciale avait été adoptée pour aider à la réalisation de ce projet et avait abouti à la construction du chemin de fer. La loi prévoyait une exemption fiscale pour les terres

long as they were used for railroad purposes. The Court held that there had been neither an offer nor an acceptance with respect to a specified arrangement passing between the provincial government and the railway company. It was held that they had had no intention to create a contractual relationship.

The test for contractual intention however, is an objective one. It does not depend upon an enquiry into the actual state of mind of the parties. It depends upon how the conduct of the promisee would strike a reasonable person in the position of a promisor. In Waddams, *The Law of Contracts* (2nd ed. 1984), at page 119, the following comments are made with respect to this requirement:

In the case of government contracts, it has sometimes been suggested that a promisee must show that the government intended to be legally bound. Thus in *A.-G. B.C. v. Esquimalt and Nanaimo R. Co.*, it was held that a tax concession granted to a railway did not amount to an enforceable promise. The conclusion is no doubt sustainable on the ground that it was not a reasonable construction of the concession that the government should be bound in perpetuity. But the dangers of setting up a special requirement of intention are illustrated by a recent New Brunswick case, where the government announced a scheme for the purchase of surplus potatoes at subsidized prices. The potatoes were to be destroyed after official inspection. The plaintiff's potatoes, having been duly inspected, were destroyed, but the government refused to pay the subsidy. The plaintiff's action was successful, the court adopting Williston's statement that:

"... the test of the true interpretation of an offer or acceptance is not what the party making it thought it meant or intended it to mean, but what a reasonable person in the position of the parties would have thought...."

The decision and the reasons for it appear sound. No doubt governments, like other persons, intend to obtain as much as they can for the smallest possible commitment. But, if they so conduct themselves as to induce reasonable reliance, they should be held liable. The injustice of a contrary decision was particularly striking in *Grant* [*Grant v. Province of New Brunswick* (1973), 35 D.L.R. (3d) 141 (N.B.S.C. App. Div.)] where the plaintiff had destroyed his crop in reliance on the government's promise. [Footnotes omitted.]

de chemin de fer à condition qu'elles servent aux chemins de fer. La Cour a statué qu'il n'y avait eu ni offre ni acceptation relativement à une entente précise entre le gouvernement provincial et la compagnie de chemin de fer. La Cour a statué qu'il n'existait pas d'intention de créer un rapport contractuel.

Cependant, le critère de l'intention contractuelle est un critère objectif. Il ne dépend pas de l'analyse de l'état d'esprit effectif des parties, mais de l'impression que la conduite du destinataire de la promesse créerait chez une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances que l'auteur de la promesse. Voici les commentaires que formule Waddams au sujet de cette condition dans son ouvrage *The Law of Contracts* (2<sup>e</sup> éd. 1984), à la page 119:

[TRADUCTION] En matière de contrats administratifs, certains ont prétendu que le destinataire d'une promesse devait établir que l'Administration publique avait l'intention de s'obliger en droit. Ainsi, dans la décision *A.-G. B.C. v. Esquimalt and Nanaimo R. Co.*, le tribunal a jugé qu'une exemption fiscale accordée à une compagnie de chemin de fer ne constituait pas une promesse exécutoire. Il est facile de justifier cette décision au motif qu'aucune interprétation raisonnable de l'exemption ne pouvait avoir pour effet d'obliger l'Administration publique éternellement. Cependant, une décision récente du Nouveau-Brunswick illustre le risque d'établir un critère particulier en matière d'intention. Dans cette affaire, l'Administration avait annoncé la mise sur pied d'un programme de subvention pour l'achat des surplus de production de pommes de terre. Les pommes de terre devaient être détruites après une inspection réglementaire. Une fois inspectées en bonne et due forme, les pommes de terre de l'appelant ont été détruites, mais l'Administration a refusé de verser la subvention. Le tribunal a accueilli l'action de l'appelant en s'appuyant sur la déclaration de Williston selon laquelle:

[TRADUCTION] «[...] la véritable interprétation d'une offre ou d'une acceptation ne s'établit pas en fonction de la signification que son auteur lui attribuait ou avait l'intention de lui attribuer, mais en fonction de la signification qu'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances que les parties lui aurait attribuée [...]»

La décision et ses motifs sont bien fondés. Il ne fait pas de doute que l'Administration publique, au même titre que les autres personnes, tente de tirer le plus grand profit possible en s'engageant le moins possible. Toutefois, si sa conduite est susceptible d'inciter une personne raisonnable à s'y fier, elle doit être liée. L'affaire *Grant* [*Grant v. Province of New Brunswick* (1973), 35 D.L.R. (3d) 141 (C.S. N.-B. div. d'app.)] dans laquelle le demandeur a détruit sa récolte sur la foi de la promesse de l'Administration publique, illustre bien à quel point une conclusion contraire serait injuste. [Renvois omis.]



Applying an objective test in the present case leads to a conclusion that the creation of legal obligations was intended.

For the reasons given, judgment will issue requiring the defendant to pay to the plaintiffs, the Peguis School Board and the Peguis Indian Band an additional amount for the 1987-1988 fiscal year so that the sum accords with what should have been paid pursuant to the 1984 Agreement. Judgment will also be given requiring the defendant to pay to the plaintiffs, the Peguis School Board and the Peguis Indian Band, amounts for the 1988-1989 fiscal year and the years following in accordance with these reasons.

Si l'on applique un critère objectif à l'affaire qui nous occupe, on en arrive à la conclusion que l'on voulait créer des obligations juridiques.

<sup>a</sup> Par ces motifs, la Cour rendra un jugement condamnant la défenderesse à verser aux demandeurs, le conseil scolaire des Péguis et la bande indienne des Péguis, un montant supplémentaire pour l'exercice 1987-1988 de manière à ce que ce montant concorde avec ce qui aurait dû être payé conformément à l'entente de 1984. La Cour condamne également la défenderesse à payer aux demandeurs, le conseil scolaire des Péguis et la bande indienne des Péguis, des sommes pour l'exercice 1988-1989 et les exercices suivants conformément aux présents motifs.

T-3366-90

T-3366-90

**Canadian Union of Public Employees, Anne-Marie Campbell, Valérie Pretty, Onorio Tersigni, Anita Dell, Solange Morissette, Luc Imbeault, Solange Beaulieu, Del Fehrenbach and Donna Paddon** (*Respondents-Plaintiffs*)

v.

**Canadian Broadcasting Corporation** (*Applicant-Defendant*)

INDEXED AS: CANADIAN UNION OF PUBLIC EMPLOYEES v. CANADIAN BROADCASTING CORP. (T.D.)

Trial Division, Rouleau J.—Ottawa, March 6 and 19, 1991.

*Broadcasting — Statement of claim for prerogative and injunctive relief to compel CBC to re-open stations closed due to budget restraints — Whether union, CBC employees having standing — Whether jurisdiction "otherwise specially assigned" within Federal Court Act, s. 23 — Analysis of Broadcasting Act — Had Court not lacked jurisdiction, motion to strike denied as question whether CBC having power to restructure without statutory amendment constituting reasonable cause of action.*

*Federal Court jurisdiction — Trial Division — Court lacking jurisdiction to grant prerogative and injunctive relief to compel CBC to re-open stations closed due to budget restraints — Broadcasting Act delegating power of review over CBC on issues of policy and law to CRTC — Power of review "otherwise specially assigned" within Federal Court Act, s. 23 although CRTC powerless to enforce findings, performance of conditions by CBC.*

*Practice — Pleadings — Motion to strike — Statement of claim for prerogative and injunctive relief to compel CBC to re-open stations closed due to budget restraints — Motion allowed as Court lacking jurisdiction — But for jurisdictional problem, motion denied as question whether CBC can restructure without statutory amendment constituting reasonable cause of action.*

*Practice — Parties — Standing — Statement of claim seeking prerogative and injunctive relief to compel CBC to re-open stations closed due to budget restraints — Individual plaintiffs, although employees of CBC, having standing as citizens interested in loss of programming — CUPE without standing as recourse restricted to labour arbitration.*

This was a motion to strike the statement of claim on the ground that the Federal Court did not have jurisdiction to try

**Syndicat canadien de la Fonction publique, Anne-Marie Campbell, Valérie Pretty, Onorio Tersigni, Anita Dell, Solange Morissette, Luc Imbeault, Solange Beaulieu, Del Fehrenbach et Donna Paddon** (*demandeurs-intimés*)

c.

**Société Radio-Canada** (*défenderesse-requérante*)

RÉPERTORIÉ: SYNDICAT CANADIEN DE LA FONCTION PUBLIQUE c. SOCIÉTÉ RADIO-CANADA (1<sup>re</sup> INST.)

Section de première instance, juge Rouleau—Ottawa, 6 et 19 mars 1991.

*Radiodiffusion — La déclaration conclut à la délivrance de brefs de prerogative et d'injonction visant à obliger la Société à rouvrir des stations fermées à la suite de contraintes budgétaires — Le syndicat et les employés de la Société ont-ils qualité pour agir? — Y a-t-il «attribution spéciale de compétence par ailleurs» au sens de l'art. 23 de la Loi sur la Cour fédérale? — Analyse de la Loi sur la radiodiffusion — Si la Cour avait eu compétence, la requête en radiation aurait été rejetée, la question de savoir si la Société peut se restructurer en l'absence de modification législative constituant une cause raisonnable d'action.*

*Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — La Cour n'a pas compétence pour décerner des brefs de prerogative et d'injonction pour contraindre la Société à rouvrir des stations fermées à la suite de contraintes budgétaires — La Loi sur la radiodiffusion délègue au CRTC un pouvoir de contrôle sur la Société en matière de politiques et de droit — Il y a ici «attribution spéciale de compétence par ailleurs» au sens de l'art. 23 de la Loi sur la Cour fédérale, bien que le CRTC soit impuissant à assurer l'exécution de ses conclusions ou à veiller à ce que les conditions soient respectées par la Société.*

*Pratique — Plaidoiries — Requête en radiation — La déclaration conclut à la délivrance de brefs de prerogative et d'injonction visant à obliger la Société à rouvrir des stations fermées à la suite de contraintes budgétaires — La requête est accueillie car la Cour n'a pas compétence — N'était-ce du problème lié à la compétence, la requête serait rejetée car la question de savoir si la Société peut procéder à une restructuration en l'absence de modification législative constitue une cause raisonnable d'action.*

*Pratique — Parties — Qualité pour agir — La déclaration conclut à la délivrance de brefs de prerogative et d'injonction visant à obliger la Société à rouvrir des stations fermées à la suite de contraintes budgétaires — Les employés individuels, bien qu'ils soient des employés de la Société, ont qualité pour agir comme citoyens touchés par la perte de la programmation — Le SCFP n'a pas qualité car le redressement relève exclusivement de la procédure d'arbitrage.*

Il s'agit d'une requête concluant à la radiation de la déclaration au motif que la Cour fédérale n'a pas compétence pour

the matter. Due to budget restraints, the CBC closed certain stations. The statement of claim sought prerogative and injunctive relief to compel CBC to re-open the stations. The issues were whether the plaintiffs had standing; whether the Court had jurisdiction; and whether there was a reasonable cause of action. The CBC argued that the only relationship between CUPE and the individual plaintiffs (employees of CBC) was governed by collective agreement and was therefore subject to the *Canada Labour Code*, which sets out an arbitration procedure for resolving grievances; and that the Court lacked jurisdiction since the *Broadcasting Act* provides a procedure for the resolution of the dispute and therefore only the CRTC is empowered to determine the issue. The respondents-plaintiffs submitted that the Court had jurisdiction since the *Broadcasting Act* exempts the CBC from any exercise of control by the CRTC and the budget cuts have altered the CBC's broadcasting policy contrary to the Act. Accordingly, it was asserted that the Court had jurisdiction under *Federal Court Act*, section 23 (which gives the Trial Division jurisdiction where relief is sought under an Act of Parliament in relation to an undertaking connecting any province, except where that jurisdiction has been "otherwise specially assigned"). The applicant-defendant submitted that the power to review the CBC fell within the exception in section 23.

*Held*, the motion should be allowed.

Although CUPE lacked standing as its recourse was limited to labour arbitration, the individual respondents-plaintiffs were entitled to bring this application as citizens interested in the loss of programming. That conclusion was based upon an application of the tripartite test in *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*: (1) the issues raised were serious; (2) the individuals had a genuine interest and had not waived their rights as concerned citizens by signing a collective agreement; and (3) if the respondents-plaintiffs were denied standing there would be no other way in which the issues could be brought before a court.

The Court lacked jurisdiction over this matter. The *Broadcasting Act* delegates the power of review on issues of policy and law to the CRTC. The power of review has been "otherwise specially assigned" within *Federal Court Act*, section 23. Though the CRTC lacks the power to enforce its findings or performance of conditions with respect to the CBC, their mechanism is exercised by Ministerial control. Further, the implementation of policy is specifically limited by the phrase "as public funds become available". This allocation is directed by Parliament which must be aware that the imposition of financial constraints will ultimately affect broadcast policy and the ability of the CBC to carry out its mandate. The courts cannot override the legislative function when it is acting clearly within the scope of its authority. This "special procedure ordained by Parliament" should be respected. Supervisory control over the CBC has been appropriated to the Executive and Parliament. The exercise of this power is in accordance with the

connaître de l'affaire. Par suite de contraintes budgétaires, la Société a fermé certaines stations. La déclaration concluait à la délivrance d'un bref de prérogative et d'une injonction pour forcer la Société à rouvrir les stations. Les questions litigieuses consistaient à savoir si les demandeurs avaient qualité pour agir; si la Cour avait compétence en la matière; et s'il existait une cause raisonnable d'action. La Société a affirmé que le seul rapport entre le SCFP et les demandeurs individuels (employés de la Société) était régi par la convention collective et se trouvait par conséquent assujéti au *Code canadien du travail*, qui prévoit une procédure d'arbitrage pour résoudre les litiges; elle a aussi soutenu que la Cour n'avait pas compétence puisque la *Loi sur la radiodiffusion* prévoyait une procédure de résolution des litiges et que par conséquent seul le CRTC était autorisé à trancher la question. Les demandeurs-intimés ont soutenu que la Cour avait compétence puisque la *Loi sur la radiodiffusion* exempte la Société de l'exercice du contrôle par le CRTC et que les compressions budgétaires ont modifié la politique de radiodiffusion de la Société contrairement à la Loi. Conséquemment, ils ont affirmé que la Cour avait compétence en vertu de l'article 23 de la *Loi sur la Cour fédérale* (qui accorde compétence à la Section de première instance dans les cas de demande de réparation faite sous le régime d'une loi fédérale relativement à des ouvrages reliant une province à une autre, «sauf attribution spéciale de cette compétence par ailleurs»). La défenderesse-requérante a soutenu que le pouvoir de veiller à l'exécution de son mandat relevait de l'exception prévue à l'article 23.

*Jugement*: la requête devrait être accueillie.

Bien que le SCFP n'ait pas qualité pour agir puisque le redressement relève exclusivement de la procédure d'arbitrage, les demandeurs-intimés en cause ont qualité pour intenter l'action en tant que citoyens concernés par la perte de la programmation. Cette conclusion se fonde sur le triple critère appliqué dans l'arrêt *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)* à savoir (1) si les questions sont graves; (2) si les particuliers en cause ont un intérêt et s'ils n'ont pas renoncé à leurs droits de citoyens concernés en étant parties à une convention collective; et (3) si, à supposer qu'on ne reconnaisse pas qualité pour agir aux demandeurs-intimés, il n'existerait aucune autre façon de soumettre la question aux tribunaux.

La Cour n'a pas compétence en la matière. La *Loi sur la radiodiffusion* confère au CRTC un pouvoir de révision en ce qui concerne les questions de politique et de droit. Le pouvoir de révision a fait l'objet d'une «attribution spéciale» au sens de l'article 23 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Bien que le CRTC ne soit pas autorisé à assurer l'exécution de ses conclusions, ou à veiller à ce que les conditions soient respectées, lorsque la Société est en cause, il existe un contrôle ministériel à cet égard. En outre, la mise en œuvre de la politique est expressément limitée par la phrase «au fur et à mesure de la disponibilité des fonds publics». Les fonds sont attribués par le Parlement, qui sait bien que les contraintes financières imposées auront finalement pour effet d'influer sur la politique de radiodiffusion et sur la capacité de la Société d'exécuter son mandat. Les tribunaux ne peuvent se substituer au pouvoir législatif lorsque celui-ci agit clairement dans les limites de ses attributions. Cette «procédure spéciale prescrite par le Parlement» doit être respectée. La fonction de contrôle et de supervision de la Société a été confiée au pouvoir exécutif et au législateur. L'exercice de ce pouvoir est conforme à la prérogative qu'a le

parliamentary prerogative to reserve unto itself the ultimate determination of broadcasting policy as it relates to the CBC.

Although the Federal Court does not have jurisdiction under *Federal Court Act*, section 18 because the CBC is not a federal board, commission or other tribunal it would have had the authority to grant injunctive relief under section 44, had the powers not been "otherwise specially assigned".

The issue as to whether the CBC can implement the restructuring without amending the Act was a reasonable cause of action, but the evidence was too complex to be resolved on an interlocutory motion. Accordingly, the statement of claim would not have been struck absent the jurisdictional issue.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Broadcasting Act*, R.S.C., 1985, c. B-9, ss. 3, 5, 6, 8, 10, 15, 17, 39.  
*Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 56, 57.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2, 18, 23, 44.  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 419(1)(a).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*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; *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.

##### DISTINGUISHED:

*Pringle et al. v. Fraser*, [1972] S.C.R. 821; (1972), 26 D.L.R. (3d) 28; *Grand Trunk Railway Co. v. McKay* (1903), 34 S.C.R. 81; 3 C.R.C. 52; *Kiist v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1982] 1 F.C. 361; (1981), 123 D.L.R. (3d) 434; 37 N.R. 91 (C.A.).

##### CONSIDERED:

*National Indian Brotherhood v. CTV Television Network*, [1971] F.C. 127 (T.D.); *Shuswap Cable Ltd v. Canada*, [1987] 1 F.C. 505; (1986), 31 D.L.R. (4th) 349; 13 C.P.C. (3d) 128; 5 F.T.R. 114 (T.D.); *Federal Liberal Agency of Canada v. CTV Television Network Ltd.*, [1989] 1 F.C. 319; (1988), 24 C.P.R. (3d) 466 (T.D.); *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298; [1990] 4 W.W.R. 385; (1990), 66 Man. R. (2d) 81; 44 Admin. L.R. 149; 90 CLLC 14,020.

##### REFERRED TO:

*St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704; (1986),

Parlement de se réserver le droit de décider en dernier ressort de la politique de radiodiffusion en ce qui concerne la Société.

Bien que la Cour fédérale ne soit pas compétente en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* parce que la Société n'est pas un office fédéral, elle aurait été autorisée à décerner une injonction en vertu de l'article 44, si les pouvoirs n'avaient pas fait l'objet d'une «attribution spéciale».

La question de savoir si la Société peut mettre en œuvre la restructuration sans que la Loi soit modifiée constituait une cause raisonnable d'action, mais la preuve est trop complexe pour qu'une décision soit rendue dans le cadre d'une requête interlocutoire. Conséquemment, la déclaration n'aurait pas été radiée n'était-ce la question de la compétence.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), chap. L-2, art. 56, 57.  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 2, 18, 23, 44.  
*Loi sur la radiodiffusion*, L.R.C. (1985), chap. B-9, art. 3, 5, 6, 8, 10, 15, 17, 39.  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663, Règle 419(1a).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Finlay c. 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; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304.

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Pringle et autres c. Fraser*, [1972] R.C.S. 821; (1972), 26 D.L.R. (3d) 28; *Grand Trunk Railway Co. v. McKay* (1903), 34 R.C.S. 81; 3 C.R.C. 52; *Kiist c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1982] 1 C.F. 361; (1981), 123 D.L.R. (3d) 434; 37 N.R. 91 (C.A.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*National Indian Brotherhood c. CTV Television Network*, [1971] C.F. 127 (1<sup>re</sup> inst.); *Shuswap Cable Ltd c. Canada*, [1987] 1 C.F. 505; (1986), 31 D.L.R. (4th) 349; 13 C.P.C. (3d) 128; 5 F.T.R. 114 (1<sup>re</sup> inst.); *Agence libérale fédérale du Canada c. CTV Television Network Ltd.*, [1989] 1 C.F. 319; (1988), 24 C.P.R. (3d) 466 (1<sup>re</sup> inst.); *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, Section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298; [1990] 4 W.W.R. 385; (1990), 66 Man. R. (2d) 81; 44 Admin. L.R. 149; 90 CLLC 14,020.

##### DÉCISIONS CITÉES:

*St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier (Section locale 219)*,

73 N.B.R. (2d) 236; 28 D.L.R. (4th) 1; 184 A.P.R. 236; 86 CLLC 14,037; 68 N.R. 112; *Canada Metal Co. Ltd. et al. v. Canadian Broadcasting Corp. et al.* (No. 2) (1975), 11 O.R. (2d) 167; 65 D.L.R. (3d) 231; 29 C.C.C. (2d) 325 (C.A.); *Wilcox v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1980] 1 F.C. 326; (1979), 101 D.L.R. (3d) 484 (T.D.).

## COUNSEL:

*Robert Dury and Julien Savoie* for respondents-plaintiffs.

*Roy L. Heenan and Thomas Brady* for applicant-defendant.

## SOLICITORS:

*Trudel, Nadeau, Lesage, Cleary, Larivière and Associates*, Montréal, for respondents-plaintiffs.

*Heenan Blaikie*, Montréal, for applicant-defendant.

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

ROULEAU J.: This is a counter motion by the Canadian Broadcasting Corporation ("CBC") to strike the plaintiffs' statement of claim on the grounds that the Federal Court has no jurisdiction to entertain the matter or to grant the relief claimed. The Canadian Union of Public Employees ("CUPE") and nine employees of the CBC in the initial proceeding sought prerogative and injunctive relief directing the Corporation to comply with the mandate conferred upon it by the *Broadcasting Act*, R.S.C., 1985, c. B-9 (hereinafter referred to as the "Act"), and to adhere to and respect the requirements established by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission ("CRTC"). Effectively, the respondents-plaintiffs request the Court to compel the re-opening of stations and resume the programming suspended because of budget constraints.

It was agreed that the Court would hear the application to determine its jurisdiction before proceeding any further. The CBC argues that CUPE and the independent plaintiffs have no standing; as parties to a collective agreement their status is bound by procedures set out in the *Canada Labour Code* [R.S.C., 1985, c. L-2]; that this Court has no jurisdiction since the *Broadcasting Act* provides a

[1986] 1 R.C.S. 704; (1986), 73 N.B.R. (2d) 236; 28 D.L.R. (4th) 1; 184 A.P.R. 236; 86 CLLC 14,037; 68 N.R. 112; *Canada Metal Co. Ltd. et al. v. Canadian Broadcasting Corp. et al.* (No. 2) (1975), 11 O.R. (2d) 167; 65 D.L.R. (3d) 231; 29 C.C.C. (2d) 325 (C.A.); *Wilcox c. Société Radio-Canada*, [1980] 1 C.F. 326; (1979), 101 D.L.R. (3d) 484 (1<sup>re</sup> inst.).

## AVOCATS:

*Robert Dury et Julien Savoie* pour les demandeurs-intimés.

*Roy L. Heenan et Thomas Brady* pour la défenderesse-requérante.

## PROCUREURS:

*Trudel, Nadeau, Lesage, Cleary, Larivière et associés*, Montréal, pour les demandeurs-intimés.

*Heenan Blaikie*, Montréal, pour la défenderesse-requérante.

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

LE JUGE ROULEAU: La Société Radio-Canada («la Société») a présenté une requête reconventionnelle en vue de faire radier la déclaration des demandeurs pour le motif que la Cour fédérale n'a pas compétence pour connaître de l'affaire ou pour accorder le redressement demandé. Dans la procédure initiale, le Syndicat canadien de la fonction publique («le SCFP») et neuf employés de la Société ont demandé que soient décernés un bref de prérogative et une injonction visant à obliger la Société à respecter le mandat que lui confère la *Loi sur la radiodiffusion*, L.R.C. (1985), chap. B-9 (ci-après appelée la «Loi») et à satisfaire aux exigences établies par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes («le CRTC»). En fait, les demandeurs-intimés demandent à la Cour d'ordonner la réouverture des stations et la reprise de la programmation qui a été suspendue par suite de contraintes budgétaires.

Il a été convenu que la Cour trancherait en premier lieu la question de la compétence. La Société affirme que le SCFP et les demandeurs indépendants n'ont pas qualité pour agir, qu'à titre de parties à une convention collective, leur statut est assujéti aux procédures énoncées dans le *Code canadien du travail* [L.R.C. (1985), chap. L-2], que la Cour n'a pas compétence étant donné que la

procedure for the resolution of this dispute and therefore only the CRTC is empowered to determine the issue.

The respondent argues that the Federal Court has jurisdiction since the *Broadcasting Act* provides no process and in fact exempts the CBC from any exercise of control by the CRTC; that the announced budget cuts have altered the CBC's imposed broadcasting policy contrary to the Act.

### Facts

On December 5, 1990, as a result of financial cutbacks determined by Parliament, the CBC announced a restructuring of its operations. The measures taken by the CBC involve the closure of certain stations as well as the transformation of others into information bureaus. As a result, the CRTC has ordered public hearings which have commenced March 18, 1991. During this process, the Commission will review the proposed changes in light of the CBC's established broadcasting policy, its existing resources and potential further budget reductions (CRTC Notice of public hearing).

### Main Issues to be Determined

The main issues to be determined are whether the plaintiffs have standing to bring the action, whether the Court has jurisdiction to entertain the matter and whether there is a reasonable cause of action pursuant to Rule 419(1)(a) [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663].

#### A. Standing of the Respondents-Plaintiffs

On the issue of standing, counsel for the applicant has argued that the only legal relationship between the respondent CUPE and the nine individuals is governed exclusively by a collective agreement and therefore is subject to the provisions of the *Canada Labour Code*, specifically sections 56 and 57. There is an arbitration procedure through which the respondents-plaintiffs may bring their labour grievances. Moreover, Courts have repeatedly held that such provisions confer exclusive jurisdiction on the arbitrators to resolve disputes arising out of collective agreements (See *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian*

*Loi sur radiodiffusion* prévoit une procédure en vue de la résolution du litige et que, par conséquent, seul le CRTC est autorisé à trancher la question.

<sup>a</sup> L'intimé soutient que la Cour fédérale a compétence étant donné que la *Loi sur la radiodiffusion* ne prévoit aucune procédure et en fait exempte la Société de l'exercice du contrôle par le CRTC, que les compressions budgétaires annoncées ont modifié la politique de radiodiffusion imposée à la Société, et ce, en violation de la Loi.

### Les faits

<sup>c</sup> Le 5 décembre 1990, par suite des compressions financières effectuées par le Parlement, la Société a annoncé la restructuration de son entreprise. Dans le cadre des mesures prises par la Société, certaines stations devaient être fermées, alors que <sup>d</sup> d'autres stations devenaient des bureaux d'information. Le CRTC a donc ordonné la tenue d'audiences publiques, qui ont commencé le 18 mars 1991. Dans le cadre de cette procédure, le Conseil devait examiner les modifications proposées <sup>e</sup> compte tenu de la politique établie de la Société en matière de radiodiffusion, de ses ressources existantes et de la possibilité d'autres abattements budgétaires (avis d'audience publique du CRTC).

### f Principales questions à trancher

Il s'agit principalement de savoir si les demandeurs ont qualité pour intenter l'action, si la Cour a compétence pour connaître de l'affaire et s'il existe une cause raisonnable d'action conformément à la Règle 419(1)a [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663].

#### A. Qualité pour agir des demandeurs-intimés

<sup>h</sup> En ce qui concerne la question de la qualité pour agir, l'avocat de la requérante soutient que le seul lien juridique qui existe entre le SCFP et les neuf intimés individuels est régi exclusivement par une convention collective et est donc assujéti aux dispositions du *Code canadien du travail*, et en particulier aux articles 56 et 57. Il existe une procédure d'arbitrage au moyen de laquelle les demandeurs-intimés peuvent présenter leurs griefs. De plus, les tribunaux ont à maintes reprises jugé que ces dispositions confèrent aux arbitres une compétence exclusive pour régler les litiges découlant des conventions collectives. (Voir *St. Anne Nackawic*

*Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704.)

This issue arises because the evidence contained in the affidavits filed in support of the CUPE application discloses that there will be considerable layoffs, the named individuals will lose their jobs, CUPE will suffer financially because of union dues to which it has a right. There is no doubt in my mind that these assertions may well be valid. But with respect to CUPE's allegation concerning its right to union dues, it is a matter that emanates from a collective agreement and their recourse is exclusively governed by labour arbitration. Counsel for the respondent conceded during oral argument that CUPE lacks the requisite standing.

I turn now to the question of whether the named individuals have the standing to bring the action in their name. It was argued that the individuals cannot claim public interest; that they have no private right to an injunction.

Although the employment of the individual respondents-plaintiffs is bound by a collective agreement and any labour grievances should go to an arbitration board, I am satisfied that these individuals are wearing two hats and as citizens from various areas of the country are entitled to bring this application since they have an interest in the loss of programming. I make this finding on the basis of *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607, wherein the Court developed the following tripartite test: whether the issues are serious, whether the respondent has a genuine interest in them and if the respondent were denied standing there would be no other way in which the issues could be brought before a court. The problems raised in the present case are serious and I find that the individuals have a genuine interest. Each of the individuals live in the affected areas; one has resided in Sydney, Nova Scotia for as long as 38 years. The individuals have not waived their rights as concerned citizens by virtue of signing a collective agreement with the CBC. Finally, if the respondents-plaintiffs were denied standing there would be no other way in which the issues could be brought before a court.

*Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier (Section locale 219)*, [1986] 1 R.C.S. 704.)

Cette question se pose parce que la preuve contenue dans les affidavits qui ont été produits à l'appui de la demande du SCFP montre qu'il y aura de nombreuses mises en disponibilité, que les employés en cause perdront leur emploi, que le SCFP subira un préjudice financier par suite de la perte des cotisations auxquelles il a droit. Je ne doute aucunement que ces affirmations peuvent être exactes. Cependant, en ce qui concerne l'allégation que le SCFP a faite au sujet du droit qu'il a sur les cotisations, c'est une question qui émane d'une convention collective et le redressement relève exclusivement de la procédure d'arbitrage. L'avocat de l'intimé a reconnu pendant l'argumentation orale que le SCFP n'a pas la qualité requise pour agir.

J'examinerai maintenant la question de savoir si les employés en cause ont qualité pour intenter l'action en leur nom personnel. Il est soutenu que ceux-ci ne peuvent pas invoquer l'intérêt public, qu'ils n'ont aucun droit privé à une injonction.

L'emploi des demandeurs-intimés individuels est régi par une convention collective et tout grief devrait être présenté à un conseil d'arbitrage, mais je suis convaincu que ces employés cumulent deux fonctions et qu'en leur qualité de citoyens de diverses régions du pays, ils ont le droit de présenter la demande étant donné que la perte de la programmation les concerne. Je tire cette conclusion en me fondant sur l'arrêt *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607, dans lequel la Cour a élaboré le triple critère suivant, à savoir si les questions sont graves, si l'intimé a un intérêt réel et si, à supposer qu'on ne reconnaisse pas que l'intimé a qualité pour agir, il existe une autre façon de soumettre la question aux tribunaux. Les problèmes qui se posent en l'espèce sont graves et je conclus que les employés en cause ont un intérêt réel. Chacun d'eux habite dans les régions touchées; l'un d'eux habite à Sydney (Nouvelle-Écosse) depuis 38 ans. Les employés en cause n'ont pas renoncé aux droits qu'ils ont en leur qualité de citoyens intéressés par suite de la signature d'une convention collective avec la Société. Enfin, si les demandeurs-intimés se voient refuser la qualité pour agir, il n'y aurait aucune autre façon de soumettre la question aux tribunaux.

## B. Jurisdiction

The CBC submits that this Court lacks the jurisdiction to grant the remedy claimed since the power to enforce the CBC mandate is governed by the CRTC.

The respondents-plaintiffs, on the other hand, base their action on section 23 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, which reads as follows:

23. Except to the extent that jurisdiction has been otherwise specially assigned, the Trial Division has concurrent original jurisdiction, between subject and subject as well as otherwise, in all cases in which a claim for relief is made or a remedy is sought under an Act of Parliament or otherwise in relation to any matter coming within any of the following classes of subjects, namely,

- (a) bills of exchange and promissory notes, where the Crown is a party to the proceedings;
- (b) aeronautics; and
- (c) works and undertakings connecting a province with any other province or extending beyond the limits of a province.

It is not disputed that the action is founded on an Act of Parliament or that it is in relation to a work and “undertaking[] connecting [any] province”. What is contentious is whether the power to review the CBC has been delegated to the CRTC within the meaning of the words “otherwise specially assigned”. Accordingly, it is necessary to examine the relevant provisions of the *Broadcasting Act*.

Section 3 of the Act sets out the broadcasting policy for Canada, which includes objectives such as, providing a national broadcasting service in English and French, extending it to all parts of Canada, as public funds become available, contributing to the development of national unity and providing for a continuing expression of Canadian identity. It is also specified in section 3 that the “objectives of the broadcasting policy . . . can best be achieved by providing for the regulation and supervision . . . by a single independent public authority”. This provision contemplates the CRTC.

The objectives of the CRTC are underlined in section 5 of the Act as follows: to “regulate and supervise all aspects of the Canadian broadcasting system with a view to implementing the broadcasting policy enunciated in section 3”. In furtherance

## B. La compétence

La Société affirme que la Cour n’a pas compétence pour accorder le redressement demandé étant donné que le pouvoir de veiller à l’exécution de son mandat est régi par le CRTC.

D’autre part, les demandeurs-intimés fondent leur action sur l’article 23 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, qui est ainsi libellé:

23. Sauf attribution spéciale de cette compétence par ailleurs, la Section de première instance a compétence concurrente, en première instance, dans tous les cas — opposant notamment des administrés — de demande de réparation ou d’autre recours exercé sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit en matière:

- a) de lettres de change et billets à ordre lorsque la Couronne est partie aux procédures;
- b) d’aéronautique;
- c) d’ouvrages reliant une province à une autre ou s’étendant au-delà des limites d’une province.

Il n’est pas contesté que l’action est fondée sur une loi fédérale ou qu’elle se rapporte à un «ouvrage[] reliant une province à une autre». Le litige porte plutôt sur la question de savoir si le pouvoir de révision, en ce qui concerne la Société, a été délégué au CRTC dans le cadre d’une «attribution spéciale de cette compétence». Par conséquent, il faut examiner les dispositions pertinentes de la *Loi sur la radiodiffusion*.

L’article 3 de la Loi énonce la politique canadienne de radiodiffusion, ce qui comprend des objectifs comme la fourniture d’un service national de radiodiffusion dans les langues française et anglaise, couvrant toutes les régions du Canada, au fur et à mesure de la disponibilité des fonds publics, contribuant au développement de l’unité nationale et témoignant constamment de la spécificité canadienne. L’article 3 prévoit également que «la meilleure façon d’atteindre les objectifs de la politique . . . de radiodiffusion . . . consiste à confier la réglementation et la surveillance . . . à un seul organisme public autonome». Cette disposition vise le CRTC.

Les objectifs du CRTC sont énoncés à l’article 5 de la Loi comme suit: il «réglemente et surveille tous les aspects du système canadien de radiodiffusion en vue de mettre en œuvre la politique de radiodiffusion exposée à l’article 3». Dans l’exécu-



of these objectives, the CRTC is given the power to prescribe conditions, make regulations applicable to all persons holding broadcasting licences and to revoke broadcasting licences; but the CRTC cannot revoke a broadcasting licence held by the CBC (paragraph 6(1)(c)).

Section 8 of the Act provides that the Executive Committee of the CRTC and the Corporation, at the latter's request, are to consult concerning conditions that they propose to attach to the licences issued; if the Corporation is satisfied that they are going to be impeded, it may refer the particular condition to the Minister for consideration. The Minister may give a directive pursuant to these conditions, with which the Executive Committee must comply. Once it has been given, it must be published in the *Canada Gazette* and brought before Parliament within 15 days.

The CRTC has the discretion to hold public hearings with respect to the issue of a broadcast licence, where it has under consideration the revocation or suspension of a broadcasting licence or where it is satisfied that it would be in the public interest to do so (section 10). The CRTC can suspend or revoke the licence if the holder consents; if the holder does not comply or consent, it will hold hearings to determine what course of action should be followed (section 15). After the hearing, the Minister receives a copy of the report and it must be laid before Parliament within 15 days (subsection 15(4)). Section 17 grants the right to appeal a CRTC decision to the Federal Court of Appeal on a question of law or jurisdiction.

Based on the above powers of the CRTC, counsel for the applicant submits that the power to review has been "otherwise specially assigned" within the meaning of section 23 of the *Federal Court Act*. He has cited a number of authorities which suggest that where an administrative tribunal is vested with the authority to make findings of fact, law and policy as well as to enforce a remedy, the Courts are without jurisdiction to entertain the proceeding.

In *Pringle et al. v. Fraser*, [1972] S.C.R. 821, Laskin J. (as he then was) held that the Supreme Court of Ontario did not have jurisdiction to entertain *certiorari* proceedings to quash a deportation

tion de sa mission, le CRTC se voit conférer le pouvoir de fixer des conditions, de prendre des règlements qui s'appliquent à tous les titulaires de licences et d'annuler lesdites licences; cependant, le CRTC ne peut pas annuler une licence attribuée à la Société (alinéa 6(1)c)).

L'article 8 de la Loi prévoit que le bureau du CRTC et la Société, à la demande de celle-ci, se consultent au sujet des conditions dont le premier se propose d'assortir les licences attribuées; la Société peut, si elle est convaincue qu'une condition générerait la fourniture du service, soumettre la condition à l'examen du ministre. Ce dernier peut donner au bureau, au sujet de la condition, des instructions auxquelles celui-ci doit se conformer. Les instructions données sont publiées dans la *Gazette du Canada* et déposées devant le Parlement dans les quinze jours.

Le CRTC a le pouvoir discrétionnaire de tenir des audiences publiques en ce qui concerne la question de la licence, lorsqu'il examine l'annulation ou la suspension d'une licence ou lorsqu'il est convaincu qu'il serait dans l'intérêt public de le faire (article 10). Le CRTC peut suspendre ou annuler une licence avec le consentement du titulaire; à défaut de demande ou de consentement du titulaire, le CRTC tient une audience en vue de déterminer les mesures à prendre (article 15). Après l'audience, le ministre reçoit une copie du rapport et celui-ci est déposé devant le Parlement dans les quinze jours (paragraphe 15(4)). L'article 17 confère le droit d'interjeter appel d'une décision du CRTC devant la Cour d'appel fédérale sur une question de droit ou de compétence.

Compte tenu des pouvoirs susmentionnés du CRTC, l'avocat de la requérante soutient que le pouvoir de révision constitue une «attribution spéciale» au sens de l'article 23 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Il cite un certain nombre d'arrêts qui laissent entendre que lorsqu'un tribunal administratif est autorisé à tirer des conclusions de fait, de droit et de politique ainsi qu'à assurer l'exécution d'un redressement, les tribunaux ne sont pas compétents pour connaître de l'affaire.

Dans l'arrêt *Pringle et autres c. Fraser*, [1972] R.C.S. 821, le juge Laskin (tel était alors son titre) a déclaré que la Cour suprême de l'Ontario n'avait pas compétence pour entendre les procédures en

order made under the *Immigration Act*. Emphasis was placed on section 22 of that Act, which conferred upon that Board the sole and exclusive jurisdiction to hear and determine all questions of fact or law that may arise in relation to the making of an order of deportation or the making of an application for the admission to Canada of a relative pursuant to regulations made under the *Immigration Act*. As Laskin J. stated, at page 826:

I am satisfied that in the context of the overall scheme for the administration of immigration policy the words in s. 22 ("sole and exclusive jurisdiction to hear and determine all questions of fact or law, including questions of jurisdiction") are adequate not only to endow the Board with the stated authority but to exclude any other court or tribunal from entertaining any type of proceedings, be they by way of *certiorari* or otherwise in relation to the matters so confided exclusively to the Board. The fact that the result of such an interpretation is to abolish *certiorari* as a remedy for challengeable deportation orders is not a ground for refusing to give language its plain meaning.

And later, at page 827, he stated, that "The only practical resolution is to recognize the exclusiveness of the special procedure ordained by Parliament".

In *Grand Trunk Railway Co. v. McKay* (1903), 34 S.C.R. 81, the Court found the Railway Committee to have complete power to determine the character and extent of the protection which should be given to the public at railway crossings. The decision was based on a section of the statute which gave the Railway Committee the authority to require or authorize a railway company to protect streets or highways. The Court described this as being full, complete and capable of being made effective. Therefore, it was held that the decision should be left to the Committee and not to a Court proceeding.

In *Kiist v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1982] 1 F.C. 361 (C.A.) the Federal Court of Appeal declined jurisdiction to try the issue of whether the railways furnished adequate and suitable accommodation for the carriage of grain for the Board pursuant to section 262 of the *Railway Act*. It held that the power had been otherwise assigned to the Canadian Transport Commission. Le Dain J. concluded that the impugned section of

vue de l'obtention d'un bref de *certiorari* visant à faire annuler une ordonnance d'expulsion fondée sur la *Loi sur l'immigration*. Il a mis l'accent sur l'article 22 de cette Loi, qui conférerait à la Commission une compétence exclusive pour entendre et trancher toutes les questions de fait ou de droit qui peuvent se poser au sujet d'une ordonnance d'expulsion ou d'une demande d'admission d'un parent au Canada conformément aux règlements établis en vertu de la *Loi sur l'immigration*. Le juge Laskin a déclaré ceci, à la page 826:

Je suis convaincu que, dans le contexte du programme général de l'administration des politiques en matière d'immigration, les termes de l'art. 22 («compétence exclusive pour entendre et décider toutes questions de fait ou de droit, y compris les questions de compétence») suffisent non seulement à revêtir la Commission de l'autorité déclarée mais encore à empêcher toute autre cour ou tout autre tribunal d'être saisis de tout genre de procédures, que ce soit par voie de *certiorari* ou autrement, relativement aux matières ainsi réservées exclusivement à la Commission. Le fait que cette interprétation a pour effet d'abolir le *certiorari* comme recours à l'égard des ordonnances d'expulsion contestables n'est pas une raison de refuser de donner aux termes leur sens évident.

Puis, à la page 827, le juge a déclaré que «la seule solution pratique est de reconnaître l'exclusivité de la procédure spéciale prescrite par le Parlement».

Dans l'arrêt *Grand Trunk Railway Co. c. McKay* (1903), 34 R.C.S. 81, la Cour a conclu que le comité des chemins de fer avait des pouvoirs complets en vue de déterminer la nature et l'étendue de la protection qui devait être fournie au public aux passages à niveau. La décision était fondée sur une disposition de la Loi qui autorisait le comité des chemins de fer à obliger ou à autoriser une compagnie de chemin de fer à protéger les rues et les routes. La Cour a décrit ce pouvoir comme étant complet et susceptible d'exécution. Par conséquent, elle a jugé que la décision relevait du comité et non des tribunaux.

Dans l'arrêt *Kiist c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1982] 1 C.F. 361 (C.A.), la Cour d'appel fédérale a déclaré ne pas être compétente pour trancher la question de savoir si les chemins de fer fournissaient des installations suffisantes et convenables en vue du transport du grain pour la Commission, conformément à l'article 262 de la *Loi sur les chemins de fer*. Elle a jugé que le pouvoir avait par ailleurs été conféré à la Commission cana-

the *Railway Act* contemplated questions of fact and policy of the kind that should be determined by the Commission.

The present case is distinguished from the above cases; it was argued that the CRTC cannot enforce its power *vis-à-vis* the CBC. It is agreed that the CRTC has the power to review the CBC and to order public hearings. It can also prescribe conditions of licencing based on the objectives of the statute. However, this power is subject to consultation with the CBC at the latter's request. The CBC may also refer any provision to the Minister for consideration, who may in turn give to the Executive Committee of the CRTC a written directive with which the Executive Committee must comply.

Counsel for the CBC directed my attention to certain jurisprudence which suggests that the CRTC is vested with complete authority to supervise the Canadian broadcasting system. In *National Indian Brotherhood v. CTV Television Network*, [1971] F.C. 127 (T.D.) where Kerr J. dismissed an application for an injunction to restrain the CTV from broadcasting a film, it was held that Parliament did not intend to give jurisdiction to the Federal Court to entertain this matter, and the Court would effectively be exercising the functions of regulation and supervision of the Canadian broadcasting system that Parliament has entrusted to the CRTC. He also cited *Shuswap Cable Ltd v. Canada*, [1987] 1 F.C. 505 (T.D.) where Muldoon J. held, at page 516, that the "social, economic and cultural aspects of broadcasting are firmly confided to the authority of the CRTC".

Counsel for the respondents-plaintiffs argues that the CRTC only has a power of review and it cannot enforce its findings through a revocation or a suspension of the CBC's licence and that this situation creates a *lacuna* or vacuum. It is restricted to making recommendations to the Minister. This important distinction of authority to revoke or suspend private broadcasting licences, underlines the limited authority over the CBC. In most cases where jurisdiction has been the issue, there has been a specific grant of powers given to a

dienne des transports. Le juge Le Dain a conclu que la disposition contestée de la *Loi sur les chemins de fer* visait des questions de fait et de politique du genre de celles qui devaient être tranchées par la Commission.

Ce cas-ci diffère des affaires susmentionnées; il est soutenu que le CRTC ne peut pas exercer son pouvoir à l'égard de la Société. Il est reconnu que le CRTC possède un pouvoir de révision à l'égard de cette dernière, ainsi que le pouvoir d'ordonner la tenue d'audiences publiques. Il peut également fixer les conditions d'attribution des licences compte tenu des objectifs de la loi. Toutefois, ce pouvoir est assujéti à la consultation de la Société, à la demande de cette dernière. La Société peut également renvoyer toute disposition au ministre en vue d'un examen, et celui-ci peut de son côté donner au bureau du CRTC une directive écrite à laquelle le bureau doit se conformer.

L'avocat de la Société a attiré mon attention sur certains arrêts qui laissent entendre que le CRTC est pleinement autorisé à superviser le système canadien de radiodiffusion. Dans l'arrêt *National Indian Brotherhood c. CTV Television Network*, [1971] C.F. 127 (1<sup>re</sup> inst.), le juge Kerr a rejeté la demande d'injonction visant à empêcher CTV de diffuser un film; il a été jugé que le législateur n'avait pas l'intention de conférer à la Cour fédérale la compétence en vue d'entendre l'affaire, et que la Cour se trouverait en fait à assumer les fonctions de réglementation et de supervision du système canadien de radiodiffusion que le législateur avait confiées au CRTC. Le juge a également cité l'arrêt *Shuswap Cable Ltd c. Canada*, [1987] 1 C.F. 505 (1<sup>re</sup> inst.), où le juge Muldoon a déclaré, à la page 516, que «les aspects sociaux, économiques et culturels de la radiodiffusion relèvent clairement de l'autorité du CRTC».

L'avocat des demandeurs-intimés soutient que le CRTC n'a qu'un pouvoir de révision et qu'il ne peut pas mettre à exécution ses conclusions en annulant ou en suspendant la licence de la Société; l'avocat affirme que cette situation crée une lacune ou un vide. Le CRTC peut uniquement faire des recommandations au ministre. Cette distinction importante, en ce qui concerne le pouvoir d'annuler ou de suspendre les licences privées, montre le pouvoir restreint que possède le CRTC à l'égard de la Société. Dans la plupart des cas, lorsque la

board along with the authority to enforce its findings. In the case at bar the respondents-plaintiffs submit that the CRTC has no jurisdiction to direct the CBC and because of this void the Federal Court should exercise its jurisdiction of review under section 23 of the *Federal Court Act*. The CBC has a statutory mandate and it is in the public interest to ensure that the established broadcasting policy as directed to it is being fulfilled and the only efficient manner to achieve this goal is through the courts.

In support of this proposition, counsel for the respondents-plaintiffs refers me to a decision of Martin J. in *Federal Liberal Agency of Canada v. CTV Television Network Ltd.*, [1989] 1 F.C. 319 (T.D.). On a motion to strike a statement of claim for lack of jurisdiction, he dismissed the application on the basis that the broadcasters had a statutory obligation to provide broadcasting time pursuant to the *Canada Election Act* and the CRTC or the Broadcast Arbitrator did not have the authority to enforce it. Effectively, the CRTC did not have the power to act as censor for such advertising.

The respondents-plaintiffs also referred me to *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298 wherein the Court held that there was a duty placed on unions as exclusive bargaining agents to represent fairly employees in their units. Her Ladyship Madame Justice l'Heureux-Dubé had the following to say [at page 1317]:

An overview of the Code puts the statutory duty of fair representation in its proper context, that of a complete and comprehensive scheme that both supplies the duty and provides the necessary adjudicative machinery such that resort to the common law is duplicative in any situation where the statute applies. While not determinative in itself, this is in my view a strong indication of Parliament's intention that the Code occupy the whole field in terms of a determination of whether or not a union has acted fairly.

In the present case, it is the respondents-plaintiffs' submission that Parliament has failed to pro-

compétence est contestée, certains pouvoirs ont expressément été conférés à un organisme, celui-ci étant en outre autorisé à mettre à exécution ses conclusions. Or, en l'espèce, les demandeurs-intimés soutiennent que le CRTC n'a pas compétence à l'égard de la Société et que par suite de cette lacune, la Cour fédérale devrait exercer son pouvoir de révision en vertu de l'article 23 de la *Loi sur la Cour fédérale*. La Société a un mandat légal et l'intérêt public exige que la politique établie en matière de radiodiffusion qui lui est imposée soit respectée; or, le seul moyen efficace d'atteindre ce but est de s'adresser aux tribunaux.

À l'appui de cette proposition, l'avocat des demandeurs-intimés me renvoie au jugement rendu par le juge Martin dans l'affaire *Agence libérale fédérale du Canada c. CTV Television Network Ltd.*, [1989] 1 C.F. 319 (1<sup>re</sup> inst.). À la suite de la présentation d'une requête visant à faire radier une déclaration pour défaut de compétence, ce dernier a rejeté la demande pour le motif que les radiodiffuseurs étaient légalement tenus de fournir du temps d'antenne conformément à la *Loi électorale du Canada* et que le CRTC ou l'arbitre en matière de radiodiffusion n'avaient pas le pouvoir d'assurer l'exécution de cette obligation. En fait, le CRTC n'était pas non plus autorisé à censurer cette publicité.

Les demandeurs-intimés me renvoient également à l'affaire *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada (Section locale 50057)*, [1990] 1 R.C.S. 1298, dans laquelle la Cour a jugé que les syndicats étaient tenus, en leur qualité d'agents négociateurs exclusifs, de représenter équitablement les employés membres de leurs unités. Le juge l'Heureux-Dubé a fait la remarque suivante [à la page 1317]:

Une vue d'ensemble du Code permet de situer le devoir légal de juste représentation dans son contexte approprié, c'est-à-dire celui d'un régime complet et global qui établit le devoir et prévoit un mécanisme nécessaire de règlement des griefs de sorte que le recours à la common law fait double emploi dans tous les cas où la Loi s'applique. Bien que cela ne soit pas déterminant en soi, c'est là à mon avis une bonne indication de l'intention du Parlement que le Code occupe tout le champ lorsqu'il s'agit de déterminer si un syndicat a agi de façon juste.

En l'espèce, les demandeurs-intimés soutiennent que le législateur a omis de conférer au CRTC des

vide the CRTC with sufficient authority with respect to the CBC and therefore its jurisdiction is incomplete. He maintains that it is in the public interest that all administrative decisions should be subject to review and there is in this situation no apparent control over the CBC or its administration.

I am unable to accept this conclusion. Based on an analysis of the *Broadcasting Act*, I find that it does provide a power of review on issues of policy and law and that this function has been delegated to the CRTC. Though it lacks the power to enforce its findings or to enforce the performance of conditions, over the CBC, their mechanism is exercised by Ministerial control. Further, the Act specifically states that the national broadcasting policy will be carried out "as public funds become available". These funds are allocated by the Executive branch, and the CBC is accountable to it and to Parliament for its spending pursuant to section 39. Though the supervisory capacity over broadcasting policy of the CRTC is outlined in section 3 of the *Broadcasting Act*, it should be noted that paragraph 3(e) specifically limits the implementation of policy "as public funds become available". This allocation is directed by Parliament and as a result, they obviously are aware that the imposition of financial constraints will have the ultimate result of affecting broadcast policy and the ability of the CBC to carry out its mandate. This is a further impediment to the position taken by the respondents-plaintiffs; it behooves me to find any power within the competence of the courts to override the legislative function when it is acting clearly within the scope of its authority. In the words of Laskin J. (as he then was) this "special procedure ordained by Parliament" should be respected (See: *Pringle et al. v. Fraser, supra*, page 462).

Accordingly, I have concluded that I do not have any authority to entertain the issues raised. In support of this conclusion, a brief reference to *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735 is warranted. At pages 758-759. Estey J. wrote:

pouvoirs suffisants en ce qui concerne la Société et que la compétence de celui-ci est donc incomplète. Selon lui, l'intérêt public exige que toutes les décisions administratives soient susceptibles d'être examinées; or, il n'existe dans ce cas-ci aucun contrôle apparent sur la Société ou sur la gestion de la Société.

Je ne puis retenir cette conclusion. L'examen de la *Loi sur la radiodiffusion* me permet de conclure que cette dernière confère un pouvoir de révision en ce qui concerne les questions de politique et de droit et que cette fonction a été déléguée au CRTC. Ce dernier n'est pas autorisé à assurer l'exécution de ses conclusions, ou à veiller à ce que les conditions soient respectées, lorsque la Société est en cause, mais il existe un contrôle ministériel à cet égard. En outre, la Loi prévoit expressément que la politique nationale de radiodiffusion sera mise en œuvre «au fur et à mesure de la disponibilité des fonds publics». Ces fonds sont alloués par le pouvoir exécutif, et conformément à l'article 39, la Société doit rendre compte des dépenses engagées à celui-ci ainsi qu'au Parlement. Le pouvoir de supervision de la politique de radiodiffusion que possède le CRTC est énoncé à l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*, mais il importe de noter que selon l'alinéa 3e), la mise en œuvre de la politique est assujettie à «la disponibilité des fonds publics». Les fonds sont alloués par le Parlement qui, de toute évidence, sait bien que les contraintes financières imposées auront finalement pour effet d'influer sur la politique de radiodiffusion et sur la capacité de la Société d'exécuter son mandat. Il s'agit là d'un obstacle additionnel à la position qu'ont prise les demandeurs-intimés; il m'incombe de trouver un pouvoir permettant aux tribunaux de se substituer au pouvoir législatif lorsque celui-ci agit clairement dans les limites de ses attributions. Comme l'a dit le juge Laskin (tel était alors son titre), cette «procédure spéciale prescrite par le Parlement» doit être respectée. (Voir: *Pringle et autre c. Fraser, supra*, page 462.)

Par conséquent, j'ai conclu que je n'ai pas le pouvoir de trancher les questions ici soulevées. À l'appui de cette conclusion, il est opportun de citer brièvement l'arrêt *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735. Aux pages 758-759, le juge Estey a déclaré ceci:

Where, however, the executive branch has been assigned a function performable in the past by the Legislature itself and where the *res* or subject matter is not an individual concern or a right unique to the petitioner or appellant, different considerations may be thought to arise. The fact that the function has been assigned as here to a tier of agencies (the CRTC in the first instance and the Governor in Council in the second) does not, in my view, alter the political science pathology of the case. In such a circumstance the Court must fall back upon the basic jurisdictional supervisory role and in so doing construe the statute to determine whether the Governor in Council has performed its functions within the boundary of the parliamentary grant and in accordance with the terms of the parliamentary mandate.

In light of the foregoing comment it is apparent that the function of supervisory control over the CBC has been appropriated to the Executive and Parliament. It is more than evident that the exercise of this power is in accordance with the parliamentary prerogative to reserve unto itself the ultimate determination of broadcasting policy as it relates to the CBC. Section 23 of the *Federal Court Act* is to me quite clear. We are dealing in this case with a power that has been "otherwise specially assigned" and this Court does not have the authority to review the matters raised.

Alternatively, the applicant's submission is that even if this Court had jurisdiction to try this issue, it does not have jurisdiction to grant the relief claimed. The Federal Court has the jurisdiction to grant declaratory or injunctive relief against any federal board, commission or other tribunal under section 18. It has been well settled that the CBC is not a federal board, commission or other tribunal as defined by section 2 of the *Federal Court Act* (see: *Canada Metal Co. Ltd. et al. v. Canadian Broadcasting Corp. et al.* (No. 2) (1975), 11 O.R. (2d) 167 (C.A.); *Wilcox v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1980] 1 F.C. 326 (T.D.)). Therefore, this Court does not have the competence under section 18 to entertain the matter or to grant the requested relief. However, if I did not find that the powers were "otherwise specially assigned", this Court would have the authority to grant injunctive relief under section 44, where it deems just.

### C. Reasonable Cause of Action

The applicants contend that the alleged restructuring does not violate the *Broadcasting Act* or conditions of any of the CBC's broadcasting licences. Even if the declaration disclosed a cause

Si, cependant, l'Exécutif s'est vu attribuer une fonction auparavant remplie par le législatif lui-même et que la *res* ou l'objet n'est pas de nature personnelle ou propre au requérant ou à l'appelant, l'on peut croire que des considérations différentes entrent en jeu. Le fait que la fonction ait été attribuée à deux paliers (au CRTC en premier lieu et au gouverneur en conseil en second lieu) ne change rien, à mon avis, au caractère anormal de l'affaire du point de vue des sciences politiques. En pareil cas, la Cour doit revenir à son rôle fondamental de surveillance de la compétence et, ce faisant, interpréter la Loi pour établir si le gouverneur en conseil a rempli ses fonctions dans les limites du pouvoir et du mandat que lui a confiés le législateur.

Il ressort clairement de la remarque qui précède que la fonction de contrôle et de supervision de la Société a été confiée au pouvoir exécutif et au législateur. Il est plus qu'évident que l'exercice de ce pouvoir est conforme à la prérogative qu'a le Parlement de se réserver le droit de décider en dernier ressort de la politique de radiodiffusion en ce qui a trait à la Société. L'article 23 de la *Loi sur la Cour fédérale* me semble être passablement clair. Il est ici question d'un pouvoir qui a fait l'objet d'une «attribution spéciale» et la Cour n'est pas autorisée à examiner les questions soulevées.

Subsidiairement, la requérante soutient que même si la Cour a compétence pour connaître de l'affaire, elle n'a pas compétence pour accorder le redressement demandé. La Cour fédérale a compétence pour décerner une injonction ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral en vertu de l'article 18. Or, il est reconnu que la Société n'est pas un office fédéral au sens de l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* (voir: *Canada Metal Co. Ltd. et al. v. Canadian Broadcasting Corp. et al.* (No. 2) (1975), 11 O.R. (2d) 167 (C.A.); *Wilcox c. Société Radio-Canada*, [1980] 1 C.F. 326 (1<sup>re</sup> inst.)) Par conséquent, la Cour n'a pas la compétence, en vertu de l'article 18, pour connaître de l'affaire ou pour accorder le redressement demandé. Toutefois, si je ne conclus pas que les pouvoirs font l'objet d'une «attribution spéciale», la Cour est autorisée à décerner une injonction en vertu de l'article 44, s'il lui paraît juste de le faire.

### C. Cause raisonnable d'action

La requérante soutient que la présumée restructuration ne viole pas la *Loi sur la radiodiffusion* ou les conditions d'une quelconque des licences attribuées à la Société. Même si la déclaration

of action, there is no provision in the Act which confers enforceable rights upon the plaintiffs. I am not convinced, at this stage in the proceedings, that there has not been a violation of the *Broadcasting Act*, or that there exist no enforceable rights under the Act.

The respondents-plaintiffs have raised a reasonable cause of action, one which cannot be decided on a motion to strike pursuant to Rule 419(1)(a). The issue is whether the CBC can implement the restructuring without amending the Act. The declaration and affidavits disclose evidence too complex to be resolved on an interlocutory motion. It is well established that the Court will dismiss an action or strike a claim only when it is plain and obvious or where it is satisfied beyond a reasonable doubt that the case would not succeed. This onus has not been met. Had I determined that this Court has jurisdiction, I would refuse to strike the statement of claim on the grounds that it "discloses no reasonable cause of action".

### Conclusion

This motion brought by the applicant-defendant to strike the statement of claim is granted on the basis that the Federal Court does not have the jurisdiction to try the matter.

révérait une cause d'action, il n'existe dans la Loi aucune disposition qui confère des droits exécutoires aux demandeurs. À ce stade de la procédure, je ne suis pas convaincu que la *Loi sur la radiodiffusion* n'a pas été violée, ou qu'il n'existe aucun droit exécutoire en vertu de la Loi.

Les demandeurs-intimés ont soulevé une cause raisonnable d'action, une cause qui ne peut pas donner lieu à une décision dans le cadre d'une requête en radiation fondée sur la Règle 419(1)a). Il s'agit de savoir si la Société peut mettre en œuvre la restructuration sans que la Loi soit modifiée. La déclaration et les affidavits révèlent que la preuve est trop complexe pour qu'une décision soit rendue dans le cadre d'une requête interlocutoire. Il est établi que la Cour rejette une action ou radie une demande uniquement dans les cas clairs et évidents ou lorsqu'elle est convaincue au-delà de tout doute raisonnable que l'action ne serait pas accueillie. Or, rien ne prouve que c'est le cas. Si j'avais conclu que la Cour a compétence, je refuserais de radier la déclaration pour le motif qu'elle «ne révèle aucune cause raisonnable d'action».

### <sup>e</sup> Conclusion

La requête présentée par la requérante-défendresse en vue de faire radier la déclaration est accueillie pour le motif que la Cour fédérale n'a pas compétence pour connaître de l'affaire.

# DIGESTS

*Copies of the reasons for judgment may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Halifax, Montréal, Toronto and Vancouver.*

*Reasons for judgment digested are those not selected for full text or abridged publication in the Canada Federal Court Reports.*

## ANTI-DUMPING

Application for *certiorari*, *mandamus* and prohibition pursuant to s. 18—Anti-dumping duty in amount of \$82,221.08 assessed against TIC/V on basis real importer of certain electrical motors—Respondent notifying solicitors for TIC of intention to review importations of motors and to make redetermination pursuant to Special Import Measures Act, s. 57(b)—Which of TIC/V or one of other applicants real importer in Canada of motors imported for purposes of SIMA—TIC arguing it and not any of five other applicants real importer of motors—Object of s. 57 determination limited—No authority by way of s. 57 redetermination to deem one of several persons importer—Question to be dealt with pursuant to Act, s. 89(1) and not s. 57—Exclusive nature of tribunal's jurisdiction to determine identity of importer under circumstances raised by application—Application for *certiorari* and *mandamus* allowed, application for prohibition denied—Special Import Measures Act, R.S.C., 1985, c. S-15, ss. 57 (as am. by S.C. 1986, c. 1, s. 202), 89(1).

WELWOOD OF CANADA LTD. v. CANADA (DEPUTY M.N.R., CUSTOMS AND EXCISE) (T-2864-90, Martin J., order dated 1/2/91, 11 pp.)

## COPYRIGHT

### INFRINGEMENT

Application for prohibition against Copyright Board to prevent proceeding on tariff submitted by respondent for non-broadcast services—Applicant association of cable television companies—Cable operators transmitting non-broadcast services to subscribers—Subscribers 97% residential, including apartments, 3% commercial, including hotels and restaurants—Copyright Act, s. 3(1) defining copyright to mean sole right “to perform . . . the work . . . in public” and “to communicate the work to the public by telecommunication”—Act requiring performing rights societies to file statements of proposed tariffs, and providing for approval by Board after reviewing objections—Respondent performing rights society filing statements of proposed royalties for non-broadcast services—Whether transmission by cable “performance in public”—Whether communication to public—Whether Copyright Board having right to interpret Act and to decide own jurisdiction—Application dismissed—Jurisdiction in tribunals, subject to judicial review, to determine questions of law and fact necessary to decision—Communication of work not limited to graphic representation,

## COPYRIGHT—Concluded

but includes communicating performance of work—Telecommunication including cable transmission—May communicate to public by simultaneous individual communications to numerous people in different locations—Playing of television constitutes “performance”—Cable company authorizing performance by furnishing signal—Playing television sets in places open to public constituting performance in public—Use of sets in private homes not performance in public—Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, s. 3(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 2; S.C. 1988, c. 65, s. 62).

CANADIAN CABLE TELEVISION ASSN. v. CANADA (COPYRIGHT BOARD) (T-1662-90, Strayer J., order dated 16/1/91, 27 pp.)

## CRIMINAL JUSTICE

### EVIDENCE

Preliminary determination of question of law—Application for determination of objection to disclosure of information pursuant to Canada Evidence Act—Applicants charged with conspiracy to import and traffic in marijuana—Crown alleging applicants joined conspiracy involving two unindicted co-conspirators—Applicants seeking disclosure on ground co-conspirators RCMP informants and therefore not having requisite intent—Respondent objecting on grounds disclosure would be injurious to RCMP's investigative system, and to international relations and national security—No evidence both co-conspirators acted as undercover agents in respect of conspiracy alleged by Crown—Whether public interest in disclosure of documents in question outweighing public interest in non-disclosure—Onus of showing public interest in disclosure outweighs in importance public interest in national security and international relations resting on applicants: *Goguen v. Gibson*, [1983] 1 F.C. 872 (T.D.), affd by [1983] 2 F.C. 463 (C.A.)—First step: whether party seeking disclosure having made out “apparent case” for disclosure—In criminal matters, party seeking disclosure must demonstrate document for which disclosure sought of critical importance for defence—Applicants failing to do so—If police informers' identity liable to be disclosed in court of law, sources of information would dry up and police would be hindered in duty of preventing and detecting crime: *Solicitor General of Canada et al. v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario) et al.*, [1981] 2 S.C.R. 494, at page 534—Disclosure of information sought would be injurious to national



**CRIMINAL JUSTICE—Concluded**

security of Canada and to public interest in protection from disclosure of sources of information essential to operation of RCMP—Applicants failing to discharge onus—Application dismissed—Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 37(1), 38(1).

BAILEY v. ROYAL CANADIAN MOUNTED POLICE (CEA-1-90, Dube J., order dated 19/12/90, 9 pp.)

**CROWN**

Application for order striking out statement of claim—Cattle destroyed at instruction of Minister of Agriculture—Claim order to destroy wrongful as conditions set out in Animal Disease and Protection Act, s. 11(1) not met—Plaintiffs receiving compensation under Act, s. 12—Three of plaintiffs becoming bankrupt subsequently to initiating action—Since discharged—Trustee declining to carry on litigation—Crown Liability Act, s. 4(1) providing no proceedings lie against Crown where compensation has been paid—Whether plaintiffs' action barred—Whether bankrupt plaintiffs may continue to be parties—Application dismissed—Although Crown Liability Act would preclude claim relating merely to amount of compensation, Act not barring action on whether act of Crown lawful—Bankrupt's cause of action vests in trustee, as property under Bankruptcy Act—Standing left for Trial Judge to determine, as no present disadvantage to these plaintiffs' being named as parties—Review of cases on standing of bankrupts—Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38, s. 4(1).

LANGILLE v. CANADA (MINISTER OF AGRICULTURE) (T-2088-80, MacKay J., order dated 8/1/91, 12 pp.)

Mining claims—Plaintiff seeking declaration 8 mineral claims known as Queen claims 9-16 valid under Yukon Quartz Mining Act, s. 12.1 and damages—Defendant denying claims legally staked and recorded—Witness for defendant testifying as to procedure of recording—Proof indicating claims staked and identified by plaintiff on June 17, 1970 not recorded in his name on June 22, 1970—Act, s. 12.1 invoked by plaintiff not applicable—Proximity to other claims of same applicant no longer reason to consider recording as invalid even if recorded before date of enactment—Recorder justified in refusing registration under former s. 12(2)—Action dismissed—Yukon Quartz Mining Act, R.S.C., 1985, c. Y-4, s. 12 (as am. by S.C. 1984, c. 10, s. 1).

TURNER v. CANADA (T-1856-88, Addy D.J., judgment dated 16/1/91, 7 pp.)

**CUSTOMS AND EXCISE****CUSTOMS ACT**

Appeal from order of Trial Division [(1989), 31 F.T.R. 104] dismissing appellant's application for order in nature of *certiorari* quashing decision made by respondent Minister, pursuant to Customs Act, s. 163—Trial Division right in finding before

**CUSTOMS AND EXCISE—Concluded**

respondent made his decision, appellant given sufficient information to prepare case—Appeal dismissed—Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40, s. 163.

PAC STAINLESS LTD. v. M.N.R. (A-403-89, Pratte J.A., judgment dated 5/12/90, 2 pp.)

**EXCISE TAX ACT**

Appeal from Minister's decision refusing federal sales tax exemption for galvanized steel truss plates manufactured by plaintiff—Plates sold to manufacturers of wooden trusses—Whether truss plates exempt as fabricated structural steel for buildings under Excise Tax Act, s. 26(4)(d)—Appeal dismissed—Plates serving same function as taxable fasteners—Act, s. 26(4)(d) providing relief where serious competitive inequality between goods fabricated off and on construction sites—Onus on taxpayer to establish right to exemption from general taxation statute—Excise Tax Act, R.S.C. 1970, s. 26(4)(d).

JAGER INDUSTRIES INC. v. CANADA (T-768-88, Addy D.J., judgment dated 21/1/91, 4 pp.)

**ENVIRONMENT**

Export of PCBs—Application for interlocutory injunction exempting plaintiff from application of regulation prohibiting export of PCBs adopted under Canadian Environmental Protection Act—Action for declaration regulation *ultra vires*—Act, s. 34(1)(l), authorizing Governor in Council to make regulations prohibiting export of scheduled substances—Plaintiff having to cease operations—Whether regulation in conflict with Act, ss. 42-45, on exports of hazardous waste—Whether in conflict with Transportation of Dangerous Goods Act—Application dismissed—Act, ss. 42-45 apply only to Schedule II substances—Transportation of Dangerous Goods Act governs transportation, not export—Canadian Environmental Protection Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 16, ss. 34(1)(l) (as am. by S.C. 1989, c. 9, s. 2), 42-45—Transportation of Dangerous Goods Act, R.S.C., 1985, c. T-19.

PROVIROTECT INC. v. CANADA (MINISTER OF THE ENVIRONMENT) (T-3155-90, Rouleau J., order dated 27/12/90, 3 pp.)

**FEDERAL COURT JURISDICTION****TRIAL DIVISION**

Application for order removing individual defendant as defendant in wrongful dismissal action—Individual defendant chairman of Immigration and Refugee Board—Plaintiff Board member—Plaintiff dismissed—Whether fact appointment under Immigration Act entails "existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of power": *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752—Application allowed—Federal Court Act, s.

**FEDERAL COURT JURISDICTION—****Concluded**

17(5)(b) not conferring jurisdiction over claims in tort against individuals for actions committed in exercise of functions under federal law—Tort claims arising out of provincial law—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 17(5)(b).

HENDRICKS v. FAIRWEATHER (T-2736-90, Denault J., order dated 18/1/91, 5 pp.)

**FINANCIAL INSTITUTIONS**

Application for declaratory relief against Superintendent's decision finding appellant's pension plan inconsistent with Pension Benefits Standards Act—Obligation to pay deferred pension benefit to plan member who leaves service after 10 years and age 45—Act, s. 10(1)(a) providing for payment at retirement age, defined as lowest age at which member can take pension without adjustment for early retirement—Plan providing for benefit at normal retirement age, defined as 65—Plan providing for retirement at 63 without adjustment—Appeal dismissed—Benefit payable at age 63—Pension Benefits Standards Act, R.S.C., 1985, c. P-7, s. 10(1)(a).

NATIONAL BANK OF CANADA v. CANADA (SUPERINTENDENT OF FINANCIAL INSTITUTIONS) (T-2064-89, Pinard J., judgment dated 21/1/91, 10 pp.)

Appeal from Trial Division judgment [[1990] 2 F.C. 115] holding appellant cannot claim under Canada Deposit Insurance Corporation Act or Financial Institutions Depositors Compensation Act—Appellant assigned interest in mortgage and syndication to Canadian Commercial Bank—Bank gave back promissory note—Whether "deposit" within Acts—Appeal dismissed—Interest in mortgage not constituting "money"—Canada Deposit Insurance Corporation Act, R.S.C. 1970, s. 2 (as am. by S.C. 1976-77, c. 27, s. 9; 1980-81-82-83, c. 40, s. 93; c. 148, s. 8)—Financial Institutions Depositors Compensation Act, S.C. 1985, c. 51, s. 2.

SASKATCHEWAN CO-OPERATIVE CREDIT SOCIETY LTD. v. CANADA (MINISTER OF FINANCE) (A-232-90, Hugessen J.A., judgment dated 23/1/91, 5 pp.)

**FISHERIES**

Appeal from Trial Division order ([1991] 1 F.C. D-15) dismissing application for *certiorari* to quash closure orders issued by fisheries officer under Pacific Shellfish Regulations, s. 4(1) re: crab, prawn and shrimp fisheries in Howe Sound—S. 4(1) authorizing Regional Director or fisheries officer to vary closing times and fishing quotas—Regulations, s. 19 empowering Minister, acting on advise of Minister of Health and Welfare, to close fisheries for bivalve molluscs where shellfish contaminated or toxic—Whether s. 19 precludes use of s. 4(1) to close other fisheries for health reasons—Whether fisheries officers issuing closure orders at direction of Regional Director, acting under dictation—Appeal dismissed—S. 19 of no relevance, as limited in application to molluscs—Unless exercise of legislative authority trespassing upon head of power of other level of government, purpose for which legislation enacted

**FISHERIES—Concluded**

irrelevant to validity; under Fisheries Act, therefore, fisheries officers not confined to managing resources, but may make decisions for other reasons, including socio-economic ones: *Canada (Minister of Fisheries and Oceans) v. Gulf Trollers Association*, [1987] 2 F.C. 93 (C.A.)—Health reasons relevant, not extraneous, to decision under s. 4, since harvesting and marketing of unfit fish could affect continued viability of fishery throughout province—In general, where official deciding legislative, rather than quasi-judicial capacity, not open to courts to question whether acting on own discretion or under instructions of superior; instruction herein came from Regional Director, authorized by Regulations to make decision himself—Pacific Shellfish Regulations, C.R.C., c. 826, s. 4(1).

WESTERN PULP INC. v. CANADA (FISHERIES OFFICERS, FISHERIES ACT) (A-1027-90, Linden J.A., judgment dated 20/12/90, 6 pp.)

**IMMIGRATION**

Motion for declaration, *certiorari*, prohibition and *mandamus* in relation to applicant's immigration problems—Leave to proceed pursuant to Immigration Act, s. 82.1 required before application under Federal Court Act, s. 18 can proceed—Burden on applicant to establish reasonable justification for being granted leave to proceed—Leave denied—Application for leave out of time—Applicant not deprived of legal rights under Immigration Act if inquiry under ss. 19(2)(a) and 27(2)(a) continued—If conditional removal order resulting, only effective after Convention refugee claim disposed of—If removal order made, may seek leave to appeal under Federal Court Act, s. 28—Neither unfairness nor lack of natural justice at inquiry hearings thus far—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18, 28—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(2)(a), 27(2)(a), 32.1(6) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.)), c. 28, s. 12), 82.1 (as enacted *idem*, s. 19; as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 53).

COLISEUM v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (90-T-827, Walsh D.J., order dated 23/1/91, 5 pp.)

Applications to quash immigration officers' decisions applicants had insufficient humanitarian and compassionate grounds to warrant Governor in Council's discretion under Immigration Act, s.114(2), to allow applicants to apply from within Canada for permanent residence—Both applicants alleging inherent illegality in decisions on grounds (1) exercise of discretion improperly fettered either by guidelines, instructions from superiors or self-imposed restraints and (2) unlawful system because of improper delegation of authority of Governor in Council and because guidelines in conflict with Act and Regulations—Two grounds for favourable action under s. 114(2), i.e. public policy and compassionate or humanitarian considerations, of disparate character—In *Yhap v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 1 F.C. 722 (T.D.), Court held immigration officers' interpretation of existing humanitarian and compassionate guidelines for backlog refugees invalid fettering of discretion under s. 114(2) but guidelines permissible so long as statement of general policy or rough rules of thumb—New

## IMMIGRATION—Continued

guidelines adopted by Minister afterwards of central importance—Not to be regarded as exhaustive and definitive—Guidelines statement economic and establishment situations not normally grounds for positive humanitarian and compassionate recommendation not improperly fettering immigration officers' discretion—Evidence indicating interviewing officers did not refuse to consider economic and establishment factors but gave them little weight—Guidelines re: situations involving family leaving adequate discretion to immigration officer—Untenable to contend every time officer makes decision on basis of factor considered as appropriate, thereby fettered discretion by not relying on other factor considered as inappropriate—Nothing wrong with concept of undue hardship as test for whether actual reentry to one's country of origin, on humanitarian or compassionate grounds, not required—Not for Court to sit on appeal from negative conclusions as to Vidal's allegations of torture in Chile—Officer not accepting Dadwah's submission as justifying finding of undue hardship—Decision re: Dadwah set aside as officer not entitled to reject case simply because not coming within guidelines—Special treatment of illegal *de facto* residents by immigration officers—Fundamental difference between humanitarian and compassionate grounds and public policy ground under s. 114(2) based on objective content—Legitimate for Minister to make recommendations to Governor in Council through guidelines as "public policy"—Guidelines therefore allowing Governor in Council, for reasons of public policy, to exempt individual from other regulations—Special arrangements for illegal *de facto* residents not taking rights away from anyone—Inconceivable Parliament intended Governor in Council to focus on each application—Role of Minister and guidelines consistent with intention of Parliament—Policy guidelines not proven inconsistent with Immigration Act nor unreasonable—Vidal's application dismissed; Dadwah's application granted—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 9(1), 114(2)—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172.

VIDAL V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-3080-90, Strayer J., order dated 30/1/91, 26 pp.)

Application for *certiorari* quashing decision insufficient humanitarian and compassionate grounds to accept application for permanent residence—Applicant, citizen of Trinidad and Tobago, entering Canada as visitor after two unsuccessful applications for admission as landed immigrant—Immediately claiming Convention refugee status—Remaining in Canada beyond expiry of visitor's visa—Part of Refugee Backlog Clearance program—Providing letters and documents supporting claim at interview to determine whether exempt from requirement of applying for visa outside country on basis of existence of humanitarian and compassionate considerations—Immigration officer assisting applicant to complete forms and eliciting additional information re: family relationships and economic situation in Trinidad—Applicant advised onus on her to inform officer of special humanitarian and compassionate considerations—Hearing officer having authority to exercise discretion and provided exercised *bona fide*, uninfluenced by irrelevant considerations and not arbitrarily or illegally, Court not entitled to interfere, even if would have exercised discretion otherwise—

## IMMIGRATION—Continued

Officer acting fairly—Applicant familiar with rights, yet choosing to represent self at interview—Officer having all information necessary to make decision—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 114—Refugee Claimants Designated Class Regulations, SOR/90-40, s. 3(1).

RAJPAUL V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-3289-90, Cullen J., order dated 24/1/91, 8 pp.)

Appeal from Trial Division judgment ((1989), 8 Imm. L.R. (2d) 236 (F.C.T.D.)) refusing application to quash decision denying applicant permanent residence as assisted relative—Visa officer finding applicant lacking in experience for job designation applicant gave as intended occupation—Interview notes put in evidence appended to affidavit of another officer who is without knowledge of facts—Whether officer obliged, where job title departs from Canadian Classification and Dictionary of Occupations, to evaluate underlying experience—Appeal dismissed—Visa officer has duty to evaluate applicant's work experience for intended occupation and any others which applicant claims are included—Evidentiary value of interview notes discounted—Finding of Trial Judge sustainable on applicant's affidavit alone—Appeal dismissed.

FUNG V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-222-89, Mahoney J.A., judgment dated 8/1/91, 3 pp.)

Appeal from Trial Division judgment ((1989), 8 Imm. L.R. (2d) 273 (F.C.T.D.)) dismissing application for *certiorari* and *mandamus* against visa officer's decision to refuse landing as independent immigrant—Applicant alleging visa officer took into account only experience of most recent job, neglected anterior experience, and assessed for only one occupational category, ignoring others for which applicant claimed to be qualified—Visa officer's notes introduced in evidence appended to affidavit of another officer who identified them but did not depose to substantive accuracy, of which he had no knowledge—Appeal allowed—Proposition evidentiary norms ought not to apply to visa officers' evidence from interviews insupportable in law, and unfounded on any genuine inconvenience—Trial Judge based decision on findings of fact unsupported by evidence—Visa officer has duty to assess applicant for each occupation represented by applicant as one for which qualified and which he or she prepared to pursue.

GAFFNEY V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-253-89, Mahoney J.A., judgment dated 8/1/91, 5 pp.)

Appeal from decision of Trial Division ((1989), 8 Imm. L.R. (2d) 261) dismissing applications for *certiorari* and *mandamus* against decision refusing landing as independent immigrant—Applicant having twenty years' experience as manager and co-owner of hotels, with 60 employees—Asking to be assessed as personnel officer—Refused on grounds not qualified or experienced in personnel—Denied admission as hotel manager because of lack of demand—Appeal dismissed—Whether applicant qualified for particular occupation pure question of fact

## IMMIGRATION—Continued

for visa officer—Officer directed mind to proper question and conclusion not patently unreasonable.

LIM V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-351-89, Mahoney J.A., judgment dated 8/1/91, 3 pp.)

## DEPORTATION

Application to strike statement of claim—Plaintiff entering Canada from United States after leaving Lebanon—Claim to Convention refugee status denied—Claimant averring government moratorium on deportations from Canada to Lebanon—Whether violation of Charter to deport applicant to United States, whence likely to be deported to Lebanon—Application allowed—No reasonable cause of action—No denial of procedural justice under Charter, s. 7 when validly determined not refugee—No denial of substantive fundamental justice in deporting person having no legitimate claim to be in Canada—Different outcome for persons coming via third country as opposed to persons coming directly from home country not analogous to heads of discrimination prohibited under Charter, s. 15.

EL-KHOURY V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-2674-90, Strayer J., order dated 11/1/91, 3 pp.)

Appeal from decision of Immigration Appeal Board dismissing appeal against removal order—Permanent resident ordered deported after committing offence punishable by five year's imprisonment or more, and for which sentenced to more than six months' imprisonment—Convention refugee—Whether Immigration Act, ss. 32(2) and 55(c) contravene Charter, ss. 7 and 12—Whether deportation infringes United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, art. 33—Appeal dismissed—Deportation not punishment, nor cruel and unusual treatment, within Charter, s. 12; no violation of s. 7 rights to life, liberty and security of the person when permanent resident loses right to remain in Canada because of serious offence: *Chiarelli v. Canada*, [1990] 2 F.C. 299 (F.C.A.)—Art. 33 of U.N. refugee Convention allowing expulsion of refugee who has been convicted of particularly serious crime—Immigration Act, S.C. 1976-77, c. 52, ss. 32(2), 47(2), 55(c) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), s. 17)—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. 7, 12—United Nations Convention relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, art. 33.

HOANG V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-220-89, MacGuigan J.A., judgment dated 30/11/90, 11 pp.)

## PRACTICE

Application to strike—Action for declaration applicant deprived of Charter rights—Application for interlocutory injunction restraining Minister from taking action to remove

## IMMIGRATION—Continued

applicant from Canada—No deportation order having issued—Validity of statute not questioned—Immigration and Refugee Board having decided applicant not Convention refugee—Federal Court of Appeal having denied leave to appeal—Motion to strike granted—Action dismissed—Absent deportation order whose validity challenged, injunction cannot be used to require Minister to disregard statutory provisions for removing people from Canada—Relief provided for in statute having been pursued unsuccessfully—Where statute provides remedy, Court loathe to substitute relief under s. 18—Where statute and administration not in question, whether Charter rights nonetheless denied question of fact—Not proper subject of declaratory action.

WINSTANLEY V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-2171-89, Jerome A.C.J., order dated 8/11/89, 9 pp.)

Motion pursuant to Immigration Act, s. 82.1 for leave to commence proceeding under Federal Court Act, s. 18—Granting of leave simply giving applicant opportunity for full hearing on s. 18 application—Present application to be dealt with pursuant to R. 324—Applicant's background history with Immigration Canada negative—Contradictions as to genuineness of applicant's marriage—Inquiry officer accepting *bona fide* of marriage—Applicant having roots in Canada, albeit illegally, for long time without being able to establish legal immigrant status—S. 18 application at least fairly arguable—Motion granted—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 82.1 (as added by R.S.C., 1985, c. 28 (4th Supp.), s. 19)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.

VIRK V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (90-T-826, Walsh D.J., order dated 31/1/91, 5 pp.)

## REFUGEE STATUS

Appeal from Immigration and Refugee Board, Convention Refugee Determination Division decision appellant not having well founded fear of persecution—Appellant deserter from El Salvadoran army—Conscientious objector—Whether risking more than prosecution if returned—Appeal allowed—Board erred in considering only official proceedings, ignoring real risk of extra-judicial execution.

PADILLA V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-398-89, Mahoney J.A., judgment dated 31/1/91, 3 pp.)

Appeal from Immigration and Refugee Board decision—Appeal allowed—Board failed to address squarely question whether cumulative acts of harassment amounting to persecution within meaning of Refugee Convention—Board also may have misunderstood limited burden of proof on refugee claiming in holding must be convinced fear of persecution well-founded.

MADELAT V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-537-89, MacGuigan J.A., judgment dated 28/1/91, 2 pp.)

**IMMIGRATION—Concluded**

S. 28 application to review decision of Refugee Division member regarding claim to Convention refugee status—Decision erroneous and based on capricious findings of fact—No credible and trustworthy evidence of well founded fear of persecution for political opinion—Application allowed.

CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) v. CHARLES (A-417-90, Mahoney J.A., judgment dated 11/2/91, 2 pp.)

**INCOME TAX****ASSOCIATED COMPANIES**

Appeal against re-assessments—Taxpayer providing operating services to growth and security funds—Investment decisions subcontracted to Bermudan corporation—Owner of Bermudan company, Peter Cundill, also owning 50% of plaintiff—Taxpayer paying fees to company for investment counselling and transaction advice furnished by Peter Cundill—Defendant assessing withholding tax—Whether taxpayer and company at arm's length—Whether services purchased constitute "management or administration"—Application dismissed—Management encompasses decision-making about present and future direction and operation of business—In plaintiff's investment counselling business investment decisions management tasks—"Management" and "administration" have separate meanings—Where same mind directs bargaining on behalf of both parties, not dealing at arm's length—Peter Cundill's influence and control over plaintiff out of proportion to ownership—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 212(1)(a).

PETER CUNDILL & ASSOCIATES LTD. v. CANADA (T-2656-89, Cullen J., judgment dated 14/1/91, 13 pp.)

**INCOME CALCULATION****Deductions**

Appeal from reassessments disallowing deductions for three annual payments to spouse pursuant to written separation agreement—Solicitors' correspondence referring to "lump sum"—Agreement making separate provision for monthly support payments—Monthly payments indexed, annual payments not—Annual payments binding on taxpayer's estate, monthly payments not—Department having allowed deductions in the years in which claimed—Tax Court having found payments not to be taxable as alimony in hands of spouse—Whether annual payments deductible as maintenance under Income Tax Act, s. 60(b)—Whether Minister estopped from taking position inconsistent with position taken in Tax Court proceedings against spouse—Action dismissed—Payment of capital in consideration of renunciation of rights, rather than periodic payments based on needs of recipient—Obligation to pay alimony does not survive parties—Payment not made to re-establish spouse in work force—Minister cannot by conduct or representation bar Crown from enforcing statute—Review of cases—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 60(b).

COHEN v. CANADA (T-944-88, Cullen J., judgment dated 4/2/91, 15 pp.)

**INCOME TAX—Continued****Income or Capital Gain**

Whether sums paid to plaintiff on account of early termination of leases capital gains or business income—Plaintiff, subsidiary of subsidiary of Loblaw's, in business of distributing and selling food, both wholesale and retail—Plaintiff's premises operated by it or leased to franchisees or independants—One lease sublet by plaintiff to franchisee—Other lease for premises in which plaintiff operating Loblaw's retail store—In both cases, plaintiff's landlords sought to terminate leases—Plaintiff was paid \$880,000 for cancellation of first lease and \$1,000,000 for second—Amounts included in tax returns for years 1983 and 1984 respectively as capital gains—Defendant arguing amounts should have been included as business income—Plaintiff relying on defendant's admission at discovery leases are capital items—Whether amount paid as replacement for loss of capital asset or as replacement for income—Where significant dislocation to income earning structure of taxpayer, amounts more likely to be classified as capital receipt than as income receipt—Nature of subject matter for which payment replacement must be looked at in order to characterize it—Plaintiff not in business of buying and selling leases, but needs physical premises from which to conduct business—Amounts paid as compensation for termination of leases paid as replacement for capital assets, therefore capital receipts—Action allowed.

WESTFAIR FOODS LTD. v. CANADA (T-1972-89, Reed J., judgment dated 19/12/90, 9 pp.)

Developer paying \$3.75 million "fixturing allowance" (compensation for tenant's improvements to vacant space) as inducement to plaintiff (department store chain) to enter long-term lease—Plaintiff actually spending \$11.6 million before could open for business—Total included in capital in 1982 (in accordance with generally accepted accounting principles) and undepreciated capital cost reduced by \$3.75 million—Minister including \$3.75 million in income—Plaintiff arguing leases and fixtures capital assets and payment reimbursement for fixturing—Crown argued money received from business or property as negotiating leases part of business (half of 24 stores on leased premises)—If inducement to enter leases, irrelevant where money goes—Action allowed and reassessment vacated—Review of nature and disposition of third party contributions to capital expenditures in *R. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1979] CTC 606 (F.C.A.); *The Queen v. Consumers' Gas Company Ltd* [No. 1], [1984] 1 F.C. 779 (C.A.); and *The Queen v. Consumers' Gas Co.* [No. 2], [1987] 2 F.C. 60 (C.A.) considered—*French Shoes Ltd. v. The Queen*, [1986] 2 C.T.C. 132 (F.C.T.D.) wherein facts similar to those herein, holding cash payment to lessee for inventory purposes and as inducement to enter lease income—*Westfair Foods Ltd. v. R.* (1990), 91 DTC 5073 (F.C.T.D.), applied—Although leasing of property to conduct a general merchandising business part of plaintiff's business, plaintiff not in business of buying or selling leases—Further to general respect for matching principle between capital receipts and expenses and operating income and expenses, benefit received by plaintiff no more than benefit would otherwise have enjoyed if developer, as part of lease conditions had undertaken to provide leasehold improvements at lessee's specification to maximum of \$3.75 million which would not have evoked any tax consequences—Classification of receipts and expenditures into capital or income depending on

**INCOME TAX—Continued**

all surrounding facts and circumstances of each case—Contract documents not convincing terms incorporating allowances other than what appear to be i.e. capital payments earmarked for capital purposes—Absent statutory enactment to contrary, treatment given to fixturing allowances in accordance with generally accepted accounting principles—Disagreed with: holding in *French Shoes* that 1986 amendment to Income Tax Act, s. 12(1) by adding paragraph including as taxable income any payment in nature of inducement not implying change in law, but merely clarifying it—Examination of legislative history of s. 12(1)(x)—Transitional provision rebutting presumption legislator merely intended to clarify existing state of law when s. 12(1)(x) enacted—In so far as inducement payments of capital nature now included in income by s. 12(1)(x) change in state of law—As provisions of s. 12(1)(x) statutory departure from generally accepted accounting principles, new law and findings in *French Shoes* case not binding—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 3, 9(1), 12(1)(x) (as enacted by S.C. 1986, c. 6, s. 6(2); c. 55, s. 79), s. 13(7.4) (as enacted *idem*, s. 8), 53(2.1) (as added *idem*, s. 26)—Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 45(2).

WOODWARD STORES LTD. v. CANADA (T-2569-89, Joyal J., judgment dated 21/1/91, 27 pp.)

Appeals from T.D. decision ([1990] 3 F.C. D-7) vacating income tax assessments for 1979 and 1980—Real estate sold in 1976 and profits of \$1.2 million treated as capital gain for years 1976 to 1978—MNR reassessed in 1980 on basis profits on income account—1979 return filed in October 80 on basis profit capital gain—MNR reassessing in 1987 by adding income reserve—Taxpayer objecting as reassessment outside limitation period—Whether 1979 reassessment statute barred as being over 4 years or whether return constitutes misrepresentation for which no time limit—Act, s. 152(8) curative provision allowing for validity despite errors, defects or omissions—No obligation on taxpayer to treat 76-78 assessment as valid and binding for 1979 return—Taxpayer not having to make up for inadequacies of ministerial assessment process but merely to file return according to Act—1979 reassessment time barred—Assessment adding sum of \$700,000 to 1980 income under Act, s. 12(1)(c)—1980 assessment based on erroneous assumption taxpayer declared \$700,000 as special reserve on income account at end of 1979—Onus resting on respondent discharged and neither statute nor judicial decision nor fact to assist appellant—Appeals dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 12(1)(c) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 4(1)), 152(8).

CANADA v. REGINA SHOPPERS MALL LTD. (A-543-90, A-544-90, MacGuigan J.A., judgment dated 30/1/91, 13 pp.)

**SEIZURES**

Appeal from Senior Prothonotary's order dismissing opposition to seizure under Quebec Civil Code and Rules of Court—

**INCOME TAX—Concluded**

Appeal dismissed—Court not interfering with discretion of prothonotary unless based on wrong principle or mistake of law.

CONTINENTAL NURSERY AND LANDSCAPING LTD. (RE) (ITA-5101-89, Pinard J., order dated 18/1/91, 2 pp.)

**JUDICIAL REVIEW**

Applicant asking for injunction restraining CHRC from pleading or defending action taken against it—Also praying decision dismissing plaintiff's human rights complaint be quashed, defendant be ordered to review complaint and for *mandamus* ordering Attorney General to investigate charges of fraud and abuse of power by defendant—Applicant further seeking declaratory judgment going to Commission's jurisdiction—Plaintiff's allegations sweeping but couched in generic terms—Not in keeping with normal rules of pleading—Few facts disclosed—Commission unable to defend itself—Application dismissed.

JENNINGS v. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) (T-2544-90, Joyal J., order dated 8/2/91, 4 pp.)

**APPLICATIONS TO REVIEW**

S. 28 application against Tax Court decision—No error in law committed by Tax Court judge in deciding contract between applicant and intervener implied contract of service under Unemployment Insurance Act, s. 3(1)(a)—Application dismissed—Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 3(1)(a).

SEYMOUR DRYWALL (1979) LTD. v. M.N.R. (A-40-90, Hugessen J.A., judgment dated 13/12/90, 2 pp.)

S. 28 application to review and set aside Adjudicator's decision inquiry in respect of respondent McVey would proceed in camera—Notice of motion requesting case for decision be varied by adding thereto videotape and transcript of CBC program "The Fifth Estate" broadcast on November 6, 1990, including portion consisting of interviews with respondent McVey—Material sought to be added did not exist on October 18, 1990, when Adjudicator made decision—Not case where evidence sought to be added was in existence but was only discovered thereafter—Pursuant to Immigration Act, s. 35(1), Adjudicator having power to reopen inquiry for hearing and receiving of any additional evidence—Application to add evidence properly made before Adjudicator, not before Appellate Court—Application denied—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 29(3), 35(1)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

PACIFIC PRESS LTD. v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-1026-90, Heald J.A., order dated 12/12/90, 4 pp.)

## LABOUR RELATIONS

Application for stay of execution of arbitrator's award upholding Air Canada employees' grievances against discharge for smoking and selling marijuana—Air Canada explaining eleven months' delay between incident and discharge due to ongoing undercover investigation on drug smuggling—Employees having since been commended for performance—Respondent applying for judicial review of award—Whether reinstatement of employees would cause significant and irreparable harm to employer's reputation—Application allowed—Test for stay of arbitral award same as for interim injunction, with added factor adjudication by arbitrator must be regarded as *prima facie* right: *National Bank of Canada v. Granda*, [1984] 2 F.C. 249 (C.A.)—Balance of convenience in favour of Air Canada in view of irreparable harm to reputation if drug offenders reintegrated in company dedicated to eliminating flow of narcotics in Canada.

INTERNATIONAL ASSN. OF MACHINISTS AND AEROSPACE WORKERS, LOCAL 148 v. AIR CANADA (T-2872-90, Dubé J., order dated 18/1/91, 7 pp.)

## MARITIME LAW

Liens and mortgages—Application by plaintiff for order as to respective rights of plaintiff and intervenor to proceeds from sale of ship pursuant to R. 1008(2)—Application by intervenor for leave under R. 466.1 to serve interrogatories and for adjournment until interrogatories answered—Plaintiff holding mortgage on defendant ship—Mortgage in default—Intervenor performing repairs—Mortgagee knowing ship in drydock, but not who was to carry out work—Balance owing on mortgage exceeding proceeds of sale—Interrogatories having been answered by time of appearance—Whether supplier of necessities ranks ahead of mortgagee—Application for order for interrogatories dismissed—Order plaintiff entitled to proceeds of sale—Services not rendered on credit of ship—Usual order of priorities only reversed if clear evidence mortgagee had knowledge in advance of work being done—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 466.1, 1008(2).

CANADIAN IMPERIAL BANK OF COMMERCE v. ORION EXPEDITOR (THE) (T-2421-90, MacKay J., order dated 27/12/90, 8 pp.)

## PRACTICE

Motion on behalf of defendant for order rescinding the warrant of Court, striking out statement of claim and vacating warrant, dismissing action and allowing defendants to recover costs from plaintiffs—On reviewing RR. 419(f) and 341 and material filed, action clearly without merit, having no chance of success and entirely futile—To require defendants to be put to expense of defending claim any further would be abuse of process of Court—Motion granted—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 341, 419(f).

BOURHILL v. PRINCESS MARGUERITE (THE) (T-3105-90, Reed J., order dated 19/12/90, 2 pp.)

## PAROLE

Application for order to quash National Parole Board decision revoking applicant's parole without remission—Board granting applicant two five-day day parole periods—Psychologist recommending prior to granting application for day parole, applicant should be given unescorted temporary absence—Day following release on day parole, applicant charged and later convicted of theft—Day parole period suspended with no credit of remission—Board's authority to do so undisputed as applicant on day parole, not on unescorted temporary absence when theft committed—Board's decision neither arbitrary, capricious, unfair or without any rational basis—Board having unfettered discretion to allow two five-day periods either by day parole or unescorted temporary absence—Applicant aware of severe consequences if conditions of either day parole or unescorted temporary absence breached—Application dismissed.

SORGENTE v. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD) (T-178-91, Martin J., order dated 8/2/91, 10 pp.)

## PATENTS

Injunction—Application for interlocutory injunction restraining sales—Action for patent infringement—Defendant contesting originality—Whether relevant time date of development or date of registration—Application dismissed—Hazardous for Court to exercise discretion to grant injunction in case involving complex questions of fact—Burden on applicant to establish irreparable harm—Damages quantifiable, defendant having undertaken to keep track of sales—Plaintiff not seeking injunctions against other competitors marketing similar product.

BAZZ INC. v. DISTRIBUTIONS NADAIER INC. (T-453-90, Rouleau J., order dated 28/12/90, 3 pp.)

## PENITENTIARIES

Application for *certiorari* to quash decision denying right to call 7 witnesses at prison discipline hearing—Applicant charged of disciplinary offence under Penitentiary Service Regulations, s. 39(a)—Chairperson of Disciplinary Tribunal refusing to hear more than 3 witnesses pursuant to Directive 580, s. 21—No attempt by Chairperson to determine what witnesses would have to say nor to even listen to names of 7 witnesses—Chairperson neglecting to conduct full and fair inquiry and to find out why applicant wanted to call more than 3 witnesses—Application allowed—Penitentiary Service Regulations, C.R.C., c. 1251, s. 39(a).

MORIN v. GAUTHIER (T-2613-90, Teitelbaum J., order dated 7/2/91, 7 pp.)

**PRACTICE**

Application under Federal Court R. 324—No need for applicant to attend personally on principal motion—Evidence normally led by affidavit—Application dismissed.

DÉGARIE V. STE. ANNE DES PLAINES INSTITUTION  
(T-3386-90, Strayer J., order dated 11/1/91, 2 pp.)

**CONTEMPT OF COURT**

Copyright infringement—Injunction restraining trade in infringing video games—Defendant having continued trade in infringing videos—Anton Pillar order requiring defendant disclose infringing videos in possession and advise of parties to whom videos supplied—Allegation defendant attempted to conceal videos in possession—Guilty of contempt for breach of injunction—Intention required for finding of contempt knowledge of order.

NINTENDO OF AMERICA INC. V. 798824 ONTARIO INC.  
(T-970-90, Denault J., order dated 25/1/91, 6 pp.)

**COSTS**

Motion by plaintiffs claiming costs of answers to interrogatories pursuant to R. 344 and costs of application—Motion by defendants asking for short leave, and that costs be set pursuant to previous orders and reference—Action involving 120 plaintiffs reduced to 39—Judgment awarded in favour of plaintiffs with costs—Reference ordered as to quantum of damages of each claimant—Referee upholding defendants' offers in 36 of 39 claims—Tariff B fixing no special fee for attendance at references—Defendants entitled to 36/39 of \$1,000 costs (\$250 *per diem* for 4 days)—Tariff B making no reference to fees to be allowed on answers to interrogatories—Appropriate to treat them as discoveries at \$125 per half-day—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, Tariff B (as am. by SOR/87-221, s. 8).

HANSEN V. OCEAN VICTORIA (THE) (T-1750-83, Walsh D.J., order dated 24/1/91, 4 pp.)

Taxation of costs—Bill of costs submitted for \$1,089—Half day claimed for appearance on motion to adjourn—Costs taxed at \$699—If order silent as to costs, no costs awarded—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 344 (as am. by SOR/87-211, s. 2).

KIBALE V. CANADA (SECRETARY OF STATE) (T-2090-90, Cousineau T.O., order dated 10/1/91, 4 pp.)

**DISCOVERY***Production of Documents*

Application for order to produce documents pursuant to examination for discovery of defendant's employees, and undertakings therein—Action for payment for supplementary work carried out under construction contract—Whether statement of claim so terse as to raise no facts to which documents may be related—Whether Access to Information Act protects documents demanded—Application allowed—Under R. 465(15)

**PRACTICE—Continued**

person examined must reply to every and any question which tends to prove or to contradict any allegation of fact not admitted in pleadings, and has duty to inform himself or herself in order to be able to answer questions which are relevant and not privileged—At request of party, other party must produce all documents relevant and not privileged—Purpose of Access to Information Act to enhance availability to public of information in hands of government; cannot be used to limit access of parties to litigation to information to which entitled under Rules of Court—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 465(15).

CIE DE CONSTRUCTION GASTON PICARD INC. V. CANADA (MINISTER OF SUPPLY AND SERVICES)  
(T-1451-87, Dubé J., order dated 10/1/91, 6 pp.)

Appeal from decision of Immigration and Refugee Board—Record neither transmitted to appellant nor served on him contrary to Immigration Appeal Board Rules (Appellate), 1981, ss. 23 and 24—Appellant not informed of existence of record—Principles of natural justice and procedural fairness not satisfied—Appeal allowed—Immigration Appeal Board Rules (Appellate), 1981, SOR/81-419, ss. 23, 24.

BLEASDALE V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-341-90, Heald J.A., judgment dated 30/1/91, 2 pp.)

**"GAP" RULE**

Appeal under R. 336(5) from Senior Prothonotary's decision granting motion to dismiss opposition to seizure under Income Tax Act—Court not to interfere with exercise of discretion unless based on wrong principle or mistaken application of law—Senior Prothonotary not clearly wrong in applying R. 5 and Quebec Code of Civil Procedure, s. 600 to facts of case—Application dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 5, 336(5).

M.N.R. V. CONTINENTAL NURSERY & LANDSCAPING LTD. (ITA-502-90, Pinard J., order dated 18/1/91, 2 pp.)

**PLEADINGS**

Motion to amend statement of defence under R. 420 to plead time limitation—Action to compel Customs and Excise to return monies paid as deposit against seizure of plaintiff's vessels—Customs Act, s. 158, relating to deposit of monies, application rather than s. 150, applying to goods seized—Crown not estopped from amending statement of defence to plead limitation date even if reasonable for plaintiff to rely on Customs official's statement—Amendment to be allowed under R. 420 only if without injustice to other side—Prejudicial to plaintiff herein as main issue may not be dealt with at trial and latter not compensated by costs—Motion dismissed—Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40, ss. 150, 158, 163—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 420.

HUSKY OIL LTD. V. CANADA (T-72-87, Denault J., order dated 5/2/91, 13 pp.)



**PRACTICE—Continued***Amendments*

Appeal from Associate Senior Prothonotary's decision allowing plaintiff to amend statement of claim to claim damages and profits jointly rather than alternatively and to claim punitive damages—Whether failed to consider R. 424—Appeal dismissed—Amendments not giving rise to new cause of action—Defendant entitled to time to file amended defence—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 424, 427.

JELIN INVESTMENTS LTD. v. SIGNTECH INC. (T-5486-79, Martin J., order dated 24/1/91, 4 pp.)

*Motion to Strike*

Application under R. 419: 1) to strike out statement of claim against all defendants except Crown, and 2) to strike out statement of claim against Crown—Action for breach of agreement to settle sexual harassment complaint brought before Canadian Human Rights Commission—Parties to agreement plaintiff, employer Department of National Defence, and Public Service Commission—Agreement providing for three years' leave plus tuition, to be followed with assignment at same level in another department—Plaintiff having refused positions at her earlier level—Plaintiff having claimed, before Canadian Human Rights Tribunal, extension of paid leave and increase in housing costs as result of decision to move from North Bay to Ottawa—Tribunal having found settlement valid and enforceable according to its terms—Tribunal holding it lacked jurisdiction to enforce private settlement—Plaintiff making similar claims in her statement of claim—Whether abuse of process of Court—Motion to strike claim against Crown dismissed—Claim against other defendants struck—Government department not suable entity—No jurisdiction in Federal Court to entertain action against individual defendants in personal capacity—Test of Federal Court jurisdiction having three requirements, 1) statutory grant of jurisdiction by Parliament, 2) existing body of federal law essential to disposition of case and which nourishes statutory grant of jurisdiction, and 3) case based on law of Canada within Constitution Act, 1982, s. 101: *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752—Test on motion to strike: pleading so obviously futile as to be without any chance of success if proceeds to trial—Facts on face of pleading assumed true for purposes of motion.

ROBICHAUD v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-2028-90, Cullen J., order dated 7/1/91, 10 pp.)

*Particulars*

Motion to strike paragraph in statement of defence and for particulars—Allegation particulars furnished in corresponding U.S. action—Motion to strike dismissed—Motion for particulars granted—Not plain and obvious file wrapper estoppel not recognized in Canada—Pleading being deficient on its face, no

**PRACTICE—Continued**

evidence needed to substantiate claim for particulars—Information supplied in U.S. proceedings not defining Canadian action, not binding defendant.

P.L.G. RESEARCH LTD. v. JANNOCK STEEL FABRICATING CO. (T-91-90, Giles A.S.P., order dated 6/2/91, 2 pp.)

## REPRESENTATION BY ATTORNEY OR SOLICITOR

Application for order allowing plaintiff corporation to be represented by director—Whether sufficient grounds plaintiff has authorized director to act and plaintiff impecunious—Application dismissed—Under Federal Court R. 300(2), corporate party must be represented by attorney or solicitor unless express enactment providing otherwise—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 300(2).

I\*AM—INSTITUTE OF APPLIED METHODOLOGY v. M.N.R. (T-1838-90, Teitelbaum J., order dated 11/1/91, 4 pp.)

## SERVICE

Appeal by third defendant from order granted *ex parte* for service *ex juris* on first and second defendants—Whether party has status to appeal *ex parte* order made against other parties—Whether solicitor making written application under R. 324 may file own affidavit in support—Appeal dismissed with costs fixed against appellant, to be paid within thirty days, or defence to be struck out—Vexatious attempt to have merits tried on preliminary motion for service—Appellant not having shown status under R. 337(5) to appeal order against other parties—Rule of practice solicitor not use own affidavit on motion applies to appearances—Not applicable to written application under R. 324—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 324, 337(5).

NEWFOUNDLAND PROCESSING LTD. v. SOUTH ANGELA SHIPPING INC. (T-584-90, Strayer J., order dated 15/1/91, 2 pp.)

Appeal from Trial Division decision rescinding senior prothonotary's order for service *ex juris*—Appeal allowed—On material before Motions Judge, appellants had serious case.

MCCAIN FOOD LTD. v. SEATRADE GRONINGEN V.B. (A-67-89, Pratte J.A., order dated 23/1/91, 2 pp.)

## VARIATION OF TIME

Extension of time within which to challenge registration of arbitration award sought by respondent on ground respondent state agency—Interim final award registered on November 6, 1990 pursuant to RR. 1041 and 1042—Extension of time allowed twice—Further extension requested on contention respondent is agency of foreign state and, pursuant to State Immunity Act, s. 10, entitled to 60 days within which to challenge registration of arbitration award—Meaning of "agency of a foreign state"—Whether definition satisfied if separate entity

**PRACTICE—Concluded**

is owned and controlled by foreign state as majority shareholder—Definition requiring agency be organ or alter ego of the state in sense of satisfying conditions of function and control as developed in jurisprudence prior to July 1982—Burden on respondent to prove foreign state agency status—Proof not convincing as only facts to support claim for state immunity are: (1) company was originally created by government for state purposes; (2) government now controls it as majority shareholder—No evidence company still serves military and governmental purposes and claimed agency status based on anything more than majority shareholder control by government—Respondent having separate corporate existence from Brazilian government which controls it as majority shareholder—Respondent failing to prove agency of a foreign state within State Immunity Act—Application dismissed—State Immunity Act, R.S.C., 1985, c. S-18, ss. 2, 10(1).

D & J COUSTAS SHIPPING CO. S.A. v. CIA DE NAVEGACAO LLOYD BRASILEIRO (T-2922-90, Reed J., order dated 17/12/90, 7 pp.)

**PUBLIC SERVICE****APPEALS**

Application under Federal Court Act, s. 28 against decision of Appeal Board allowing appeal against proposed appointment—Respondent having been ranked second in competition—Eligibility list issued with other candidate's name only—Appeal Board allowing first appeal on grounds successful candidate lacked security clearance—Clearance obtained—Second eligibility list established with same name—Appeal Board allowing second appeal on grounds applicant's knowledge substantially increased in period of over one year since original assessment—Whether Appeal Board may receive evidence of facts after establishment of eligibility list—Application dismissed—Evidence tending to show list is based upon data which are out of date goes to observance of merit principle—Weight of evidence question of fact for Board.

CANADA v. MACKINTOSH (A-116-91, Hugessen J.A., judgment dated 8/1/90, 3 pp.)

**JURISDICTION**

Appeal from judgment ([1989] 3 F.C. 507 (T.D.)) holding Treasury Board policy to ban smoking in workplace valid—Appeal dismissed.

JOURDAIN v. CANADA (TREASURY BOARD) (A-429-89, Pratte J.A., judgment dated 6/2/91, 1 p.)

**TRADE MARKS****EXPUNGEMENT**

Appeal from Registrar's decision expunging mark under Trade Marks Act, s. 44—Trade mark "Existence" for face cream—Four jars sold in Canada since July 1984—Appellant having changed name—Trademark registered to former name—Whether mark in use in Canada—Whether appellant registered owner—Appeal allowed—Single sale may establish use provided normal commercial transaction—Failure to register change of ownership not invalidating mark—Purpose of s. 44 to rid registry of dead wood, not to determine proprietary rights—Trade Marks Act, R.S.C. 1970, c. T-10, s. 44 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 28, s. 44; 1984, c. 40, s. 70).

COSCELEBRE, INC. v. CANADA (REGISTRAR OF TRADE MARKS) (T-124-88, Reed J., judgment dated 30/1/91, 13 pp.)

**PRACTICE**

Action for trade mark infringement—Motion by defendants to have Tonka Canada Inc., registered user of trade marks in question, removed as plaintiff as having no cause of action against them—Defendants pointing out Tonka failing to comply with Trade-marks Act, s. 50(4) and therefore having no right to institute action for trade mark infringement as plaintiff—Plaintiffs arguing action encompassing passing off claims in addition to those based on trade mark infringement—S. 50(4) not setting out exhaustive description of circumstances in which registered user may commence action for trade mark infringement—Provision ancillary to right of licensed user to commence action on its own—Act silent as to who can sue and under what circumstances—Apart from s. 57(1), no express provision according trade mark owner or registered owner right to commence action—Right of registered user to commence action implicit in Act—Motion dismissed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 50(4), 57(1).

TONKA CORP. v. TORONTO SUN PUBLISHING CORP. (T-2832-90, Reed J., order dated 14/12/90, 4 pp.)

**UNEMPLOYMENT INSURANCE**

S. 28 application to review Tax Court decision determining how qualifying period should be calculated—Jurisdiction of Tax Court—Application allowed—No jurisdiction in Tax Court to decide how qualifying period calculated—Tax Court limited to making decision Minister should have made.

CANADA v. CYR (A-473-90, Pratte J.A., judgment dated 24/1/91, 2 pp.)



# DIGESTS

Copies of the reasons for judgment may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Halifax, Montréal, Toronto and Vancouver.

Reasons for judgment digested are those not selected for full text or abridged publication in the Canada Federal Court Reports.

## ARMED FORCES

Originating motion for *certiorari*, injunction, prohibition and *mandamus* concerning instruction by Minister of National Defence precluding selection of certain individuals from peacekeeping duties on ground ethnic, racial or religious considerations could cause difficulties in peacekeeping theatre concerned—Applicant alleging policy (1) depriving Jews and Muslims of equality before law (2) not *bona fide* occupational requirement (3) not reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in free and democratic society—Also relying on Charter and Multi-culturalism Act—Minister seeking to strike originating motion on grounds applicant lacking standing; affidavit filed in support not confined to facts witness of own knowledge able to prove; motion raising Charter issues requiring factual evidence better presented at trial—Reference to *Canadian Council of Churches v. Canada*, [1990] 2 F.C. 534 (C.A.)—Court discretion exercised by striking out motion with leave to commence action by statement of claim—Corporate applicant having no personal interest, effectively seeking declaratory relief—Declarations normally sought by statement of claim—Other existing reasonable and effective means for bringing issue before Court i.e. if applicant member of Canadian Forces, whose personal safety putatively in jeopardy—Court's discretion might have been otherwise exercised had applicants been woman, Jew and Muslim, all members of Canadian Forces otherwise eligible for peacekeeping posting—Affidavit in support deficient in terms of personal knowledge exacted by R. 332(1)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 319(4), 332(1).

LEAGUE FOR HUMAN RIGHTS OF B'NAI BRITH CANADA  
V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL DEFENCE)  
(T-3039-89, Muldoon J., order dated 25/1/91, 9 pp.)

## CITIZENSHIP

Action for declaration plaintiff eligible for grant of Canadian citizenship under Citizenship Act, s. 5(2)(b); or declaration s. 5(2)(b) invalid—Plaintiff born in United States in 1967—Canadian citizen pursuant to then s. 5(1)(b)(i) as parents Canadian citizens—Losing Canadian citizenship under s. 20 in 1970 when father becoming American citizen—Present Act, s. 5(2)(b) providing for grant of Canadian citizenship to any person born outside Canada before February 15, 1977 of mother who was Canadian citizen at time of his birth and who was not entitled immediately before February 15, 1977 to become citizen under s. 5(1)(b)(i) of former Act—S. 11 providing for

## CITIZENSHIP—Concluded

grant of citizenship to any person who, having ceased to be citizen, applies for resumption of citizenship—Application under s. 5(2)(b) refused as not person not entitled immediately before February 15, 1977 to citizenship under s. 5(1)(b)(i)—Plaintiff refusing to apply for resumption of citizenship under s. 11 as believing entitled to citizenship under s. 5(2)(b)—Arguing discrimination based on sex and marital status as citizenship obtained and lost through father—Plaintiff not so much seeking citizenship, as determination of women's rights issue—Whether s. 5(2)(b) invalid as contrary to Charter, s. 15 moot as plaintiff having statutory remedy under s. 11—Court should not grant declaratory judgment on Charter issue which is not necessary to settle plaintiff's action—Although issues raised may direct Parliament's attention to desirability of further amendments to Citizenship Act—Court's valuable time not to be wasted deciding hypothetical issues—Citizenship Act, R.S.C. 1952, c. 33, ss. 5(1)(b)(i), 20(1)—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. 29, ss. 3(1)(d),(e), 5(2)(b), 11—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 15, 24—Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.

GLYNOS V. CANADA (T-1933-89, Walsh D.J., judgment dated 22/2/91, 13 pp.)

## KNOWLEDGE REQUIREMENTS

Appeal from refusal of application for citizenship and to refer application to Minister for consideration pursuant to s. 5(3) and (4)—Appellant alleging Citizenship Judge erred in refusing to accept answers as answers correct—Citizenship appeal trial *de novo*—During hearing, appellant able to correctly answer all of same questions put to him by Citizenship Judge—Since arrival in Canada learned to speak both official languages and obtained degree in computer sciences—Employed in that field—Appellant fulfilling all requirements of Citizenship Act—Appeal allowed—Citizenship Judges' decisions should be based on Citizenship Act as applicable to case and not on older, amended Act—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1),(3).

MAJIDY (RE) (T-2232-89, Teitelbaum J., judgment dated 8/2/91, 4 pp.)

**COMBINES**

Motion to strike statement of claim as not disclosing any reasonable cause of action—Canadian Real Estate Association (CREA) national governing body of provincial real estate associations, local real estate boards, brokers and agents—Winnipeg Real Estate Board (WREB) member of CREA—In 1988, CREA and nine real estate boards consented to prohibition order prohibiting “respondents and each of them” from setting as condition of membership for brokers or salespersons obligation to work full time in real estate sales—Also ordering CREA to require as condition of membership each board must agree to comply with prohibition against requiring salespersons to work full time in real estate sales, and to comply with Competition Act and to take disciplinary proceedings, which may lead to termination of membership for breach thereof—WREB not party to proceedings leading to prohibition order and not “respondent”—Statement of claim alleging WREB’s policies attempting to eliminate from membership part-time salespersons—Alleging CREA in breach of order for failing to take appropriate policing action with respect to Winnipeg Board—Applications allowed—Plain and obvious action cannot succeed—Order not requiring CREA to take formal steps to ensure members comply with order or Competition Act—Only requiring agreement with each board with respect to compliance with order—Disciplinary proceedings only required against members convicted of offence under Competition Act, or against any of nine respondent boards found to have breached order—No cause of action disclosed against CREA nor against WREB—WREB not bound by order since not respondent thereto—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419(1)(a).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. CANADIAN REAL ESTATE ASSN. (T-2442-90, Rouleau J., order dated 28/1/91, 7 pp.)

**COPYRIGHT****PRACTICE**

Contempt of Court—Motion to have defendant declared in contempt for sale of infringing video game cartridge—Injunction having been granted and served upon defendant’s manager—Transaction completed by employee outside store—Employee testifying defendant gave instructions not to sell infringing cartridges inside store—Motion granted—Elements of contempt proved beyond reasonable doubt—Person may breach court order through servants—Employee knew of injunction—Defendant fined \$2,000 plus costs of \$2,000.

NINTENDO OF AMERICA INC. v. 798824 ONTARIO INC. (T-970-90, Denault J., order dated 21/2/91, 7 pp.)

**CROWN**

Grant cancelled—Appeal from Trial Division judgment ((1985), 6 F.T.R. 22) dismissing application challenging cancellation of grant received by appellant—Appellant had to show Minister gave written approval to amendments made to method of financing proposed transaction—Only document containing

**CROWN—Concluded**

approval that could bind Minister in no way concerned method of financing transaction—Appeal dismissed.

LABORATORIES OMEGA LTÉE v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-832-85, Pratte J.A., judgment dated 5/2/91, 2 pp.)

**TORTS**

Action for damages resulting from loss of 7,000 electronic units imported from Japan which plaintiff F.M. Électronique unable to take delivery of—Customs officer delivered goods to impostor who had all relevant information—Action against Crown based on Crown Liability Act—Federal Court does not have jurisdiction to try action between plaintiffs and co-defendants Kintetsu and S.E.B. Cargo as action not based on any federal statute—No contractual or legal relationship between F.M. Électronique and Crown—Damage due to information leak by unknown perpetrator—No negligence by customs officer—Crown never had 7,000 electronic units in its possession—No direct cause-and-effect relationship between acts alleged and damage suffered—Action dismissed—Crown Liability Act, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 3(1).

PRUDENTIAL ASSURANCE CO. v. CANADA (T-1094-88, Denault J., judgment dated 25/1/91, 11 pp.)

**ENVIRONMENT**

Application for *certiorari* quashing (1) execution by Minister of Fisheries of agreement between Minister of Fisheries, province of British Columbia and Alcan Aluminum (2) Minister’s decision re: flows on Nechako River; declarations of exemption permitting works contemplated by agreement; and *mandamus* requiring respondents to comply with Environmental Assessment Review Process Guidelines Order (EARPGO)—Respondents moving to strike applicants’ motions—In 1950 Alcan licensed to store and direct water flows on Nechako and Nanika Rivers to develop hydro-electric power—After deciding to expand, Alcan conducting extensive studies with respect to impact of second thermal power house and transmission line on fish reserves—Prior to completion of studies, Department of Fisheries issuing order re: water flows—Action commenced to enforce order, but settled out of court—Present applicants neither consulted nor parties to settlement—Minister simultaneously issuing opinion water flow agreed to sufficient for safety of fish—Settlement agreement providing Alcan to relinquish some rights under previous licence and to undertake construction of facilities to enhance water quality—EARPGO, s. 3, requiring initiating department to ensure environmental implications of proposals fully considered before irrevocable decisions taken, and where implications significant, refer proposal to Minister for review by panel—Order in Council providing EARPGO, s. 3 not applicable to Project and approving settlement agreement—Since then, Alcan spending \$332 million on project—Plaintiff, owner of much of territory involved, seeking environmental assessment review—Claiming reduced flows and flooding having adverse effect on wildlife and fish, sources of food for applicants—Grounds for motion to strike: Minister

## ENVIRONMENT—Concluded

of Environment improper party as not "federal board, commission or other tribunal"; Court lacking jurisdiction because Minister acting in legislative, rather than administrative capacity; and Court lacking jurisdiction to grant declaratory relief on notice of motion—Applicants contending seeking to quash Minister's decision to recommend Order in Council in contravention of duties under Environment Act and Guidelines, which was made contrary to natural justice, not Order in Council itself—Intent of Order in Council to preclude review other than studies by Alcan—Review of case law indicating environmental law in state of flux—Concluding tendency to liberalize requirements for federal environmental assessments under Guidelines and not to frustrate parties having legitimate interest in seeking such hearings from obtaining them by procedural objections—Although action for declaration settlement agreement illegal and Order in Council *ultra vires* commenced in 1988, Project likely to be completed before decision rendered—Several serious issues raised, including (1) whether environmental review by province sufficient to release federal authorities from obligation to conduct federal review under EARPGO; (2) whether studies conducted by proponents of project as interested parties sufficient to justify Ministers' finding no further independent review necessary; (3) whether sufficient to deal with main environmental consequences to satisfaction of Ministers when potential environmental issues of lesser importance never examined; and (4) whether Minister can stop environmental review under EARPGO by issuing Order in Council determining EARPGO not applicable—S. 18 summary proceedings possibly most practical way of disposing of important issues, even if declaratory action preferable in normal circumstances—Motion should not be dismissed without hearing on merits—Abundantly clear Project may have environmental effect on area of federal responsibility or for which Government of Canada making financial commitment—EARPGO requiring assessment—Ministers obliged to arrange for assessment and not to frustrate it by settlement agreement and Order in Council—Although often difficult to balance consequences of not applying assessment to particular project and requiring assessment in all cases when environmental consequences trivial, decision against EARP assessment herein where evident one required, going beyond exercise of discretion in fair manner with which Court cannot interfere—Not sufficient to be satisfied with review, however extensive, performed by proponent of proposal, even in cooperation with Ministers involved without public assessment by independent panel at which all interested parties may be heard—Department of Environment should impose limits on what should be examined in review, avoiding repetitive study of issues already examined—Obligatory application of Regulations prevailing over Order in Council negating Regulations—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18, 44—Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, ss. 20, 35, 37—Department of the Environment Act, R.S.C., 1985, c. E-10, s. 6—Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467, ss. 3, 4, 6, 10, 12, 13, 20, 21—Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.

CARRIER-SEKANI TRIBAL COUNCIL V. CANADA (MINISTER OF THE ENVIRONMENT) (T-2686-90, Walsh D.J., judgment dated 14/5/91, 39 pp.)

## EXPROPRIATION

Application for determination under Expropriation Act, s. 18 of state of title to lands to be expropriated by federal Crown—Upland, tidal lands and water lots—Testimony of title searcher—Provincial Crown filing no claim—Owners of expropriated structures on Crown land having right of use or removal until compensation paid.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. THURSTON  
(T-1678-90, Cullen J., judgment dated 4/3/91, 7 pp.)

## FEDERAL COURT JURISDICTION

### TRIAL DIVISION

Appeal from judgment of Trial Division [(1989), 29 F.T.R. 212] dismissing appellant's action for declaratory relief without hearing evidence—Validity of assessment not challenged—Trial Judge erred in characterizing action for declaratory relief as appeal against assessment—Action for declaratory relief not failing entirely simply because some declarations sought may not be available—Trial Judge erred by entirely dismissing action on basis issues could have been dealt with by way of appeal against assessment and concluding Trial Division was therefore without jurisdiction—Appeal allowed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 52(b)(ii).

CITY CENTRE PROPERTIES INC. V. CANADA (A-612-89, Mahoney J.A., judgment dated 18/12/90, 2 pp.)

Appeal from trial judgment allowing appeal from decision of Associate Senior Prothonotary striking out statement of claim—Band and Veinot agreed Band to borrow from banks to reduce deficit and to build senior citizens' home further to representations by Veinot future capital housing funds available to Band to repay loans—When Veinot learned had exceeded authority, misrepresented to government nature and extent of dealings with Band and banks—Government putting Band into form of receivership—Band's action against Crown for breach of contract, breach of fiduciary duty and against Veinot for deliberate or negligent interference with contractual relations between Band and banks—Trial Judge holding three requirements for Federal Court jurisdiction set out in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752 fulfilled—Relied on "intertwining" theory developed by Reed J. in *Marshall v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 437 (T.D.)—Approach since avoided by Supreme Court in *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322; and overruled in *Varnam v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1988] 2 F.C. 454 (C.A.); and *Wilder v. Canada*, [1988] 2 F.C. 465 (C.A.)—Trial Judge's decision indefensible on basis on which decided—Respondent arguing in some instances federal common law meeting description of "law of Canada" within Constitution Act, 1867, s. 101—Relied upon interpretation of Wilson J. in *Roberts v. Canada* in Case Note by Professors J. W. Evans and Brian Slattery (1969), 68 *Can. Bar Rev.* 817—Not dispositive of case herein—Issue not whether Crown owing fiduciary duty to respondent, but whether such duty can be owed by Crown servant—Statement of claim not asserting this

## FEDERAL COURT JURISDICTION— Concluded

argument—Appeal allowed—Order striking statement of claim as against Veinot reinstated—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 17(5)(b)—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. 101.

COURCHENE v. CANADA (A-379-88, MacGuigan J.A., judgment dated 6/2/91, 6 pp.)

## HUMAN RIGHTS

Applications for *certiorari* and prohibition against Human Rights Commission to suppress all current and future enquiry into complaint by respondent-complainant Mary Pitawanakwat, woman of Ojibway ancestry—Complainant social development officer employee of Secretary of State (SOS) since October 1979—In October 1985, notified in performance appraisal superior would recommend release on basis of incompetence—In November 1985, complainant filed with Human Rights Commission (HRC) racial discrimination complaint against employer—Dealing with complaint by HRC postponed pending decision of Public Service Commission Appeal Board (PSCAB) on appeal against dismissal—PSCAB received evidence relating to allegations of racial discrimination but, in decision dated March 1986, found dismissal justified—Allegations acknowledged but considered trivial—Not really relevant to enquiry into incompetence—In November 1986, HRC informed SOS complaint of racial discrimination would not be dealt with as it had been more appropriately completely dealt with by PSCAB—In September 1987, Federal Court of Appeal, on s. 28 application, ordered HRC to proceed with complaint—In April 1988, HRC appointed investigator to investigate racial discrimination complaint—Investigator's report dated August 4, 1989 recommending appointment of human rights tribunal to enquire into complaint—On August 9, 1989, complainant amended complaint to allege sexual harassment—HRC did not act properly or legally with respect to sexual harassment complaint—Latter complaint new, coming into existence after report on original complaint completed—HRC exceeded jurisdiction in dealing with sexual discrimination complaint as failed to recognize complaint new and to address issue of whether to extend time as required to do under Human Rights Act, s. 41(e)—Application allowed with respect to sexual discrimination complaint: HRC prohibited from dealing with it—With respect to complaint of racial discrimination, applicant invoking issue estoppel, arguing matter finally dealt with by PSCAB pursuant to Public Service Employment Act, s. 31—*Primo*, no sound policy reason for declining to apply estoppel, on application for judicial review, to decisions of adjudicative boards, commissions and other tribunals—Matter resolved by Federal Court of Appeal judgment herein, dated September 17, 1987, ordering HRC, which had declined to deal with case on basis it had already been dealt with by PSCAB, to proceed with complaint—Furthermore, as PSCAB dismissed issue of racial discrimination as irrelevant to question of competence and did not address issue as such, not case of issue estoppel as question not *eadem questio*—Also, as issue herein lies between applicant on

## HUMAN RIGHTS—Concluded

behalf of SOS and HRC, not between applicant and complainant, no identity of parties—Moreover, given disparity of powers of boards, commissions and tribunals involved herein, principle of issue estoppel appears to be fatally stifled in circumstances—Finally, principle of issue estoppel modified by Parliament in Human Rights Act: HRC to be ultimate body to deal with complaints even if subsuming other available grievances or review procedures previously, initially or completely dealt with by other boards, commissions or tribunals—And human rights legislation accorded paramountcy within laws of Canada—Application dismissed with respect to racial discrimination complaint—Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, ss. 13.1 (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 143, s. 7), 33(b)(i),(iv), 35, 36—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 40(2), 41(a),(b),(e), 42(2), 43(1) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 64), 44(2)(a),(b),(3), 47, 49(1) (as am. *idem*, s. 66), 50, 51, 52, 53, 54, 57, 66(1)—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 5(d), 31.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) (T-381-90, Muldoon J., order dated 24/4/91, 36 pp.)

Judicial review—Application to require Canadian Human Rights Commission to hold another investigation into complaint of discriminatory acts by National Energy Board—First investigator recommended Commission dismiss complaint as no basis for allegation of discrimination—Recommendation approved—Court's authority to intervene in decision of administrative tribunal limited—Evidence not admissible under s. 18 of Act—No basis for challenging investigator's report—Application dismissed.

KIBALE v. CANADA (NATIONAL ENERGY BOARD) (T-144-91, Joyal J., order dated 18/2/91, 4 pp.)

## IMMIGRATION

Motion for *certiorari* setting aside decision applicant must pass Hong Kong screening to come to Canada as refugee or member of designated class and *mandamus* ordering respondent to process sponsorship of applicant—Visa officers in Hong Kong not having access to Vietnamese boat people in detention centres who arrived after June 16, 1989 unless screened in as refugees or immediate family members (spouse or offspring) of persons in Canada—Applicant arriving after June 15, 1989—Sponsored by group including brother and church groups—Not qualifying for family reunification consideration—Not passing screening test—Sponsorship application cannot be delivered to applicant—Nearly 2 million Indochinese refugees or asylum seekers leaving countries of origin since 1975, imposing out-of-proportion burden on neighbouring countries—To prevent non-humanitarian measures, i.e. turning back boats or forbidding entry to countries of first asylum, in June, 1989 United Nations adopting Comprehensive Plan of Action (CPA) to deal with problem—Applying to all asylum seekers arriving after June 15, 1989—Steering Committee of 15 countries, including Canada, formed to establish timetable for implementation of Plan—Application dismissed as premature—Must be decision applicant must pass Hong Kong screening to come to Canada

## IMMIGRATION—Continued

as refugee or member of designated class in relation to application for landing—Since no application for landing, can be no “decision” requiring Hong Kong screening before applicant landed—As no application for landing, no duty in law to process sponsorship—Even if such duty existing, respondent processing sponsorship application to extent possible—Although attempt to forward both sponsorship and application to applicant meritorious, not subject of *mandamus*—*Mandamus* not available to compel doing of act for which not yet under duty to perform—*Obiter*: despite United Nations’ aspirations for humanitarian treatment of asylum seekers, humanitarianism will only follow from careful attention to plight of individuals, where criteria applied may have opposite effect to that intended—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.

NGUYEN V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-3142-90, Cullen J., order dated 1/2/91, 6 pp.)

## DEPORTATION

Adjudicator not having jurisdiction to reopen hearing which has ended in deportation order to hear evidence of facts arising subsequent to order on issue whether order issued prematurely—Application dismissed.

PALACIOS V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-880-90, Pratte J.A., judgment dated 19/2/91, 1 p.)

## REFUGEE STATUS

Appeal from decision of Convention Refugee Division of Immigration and Refugee Board—Board not squarely addressing whether cumulative acts of harassment by Iranian authorities amounted to persecution in sense of Refugee Convention—Board misinterpreted evidence—Statement Board “must be convinced that the claimant’s fear of persecution is well founded” indicating Board may have misunderstood limited burden of proof on appellant as developed in *Adjei v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 680 (C.A.)—Appeal allowed and matter referred back to differently constituted panel.

MIRZABEGLUI V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-538-89, MacGuigan J.A., judgment dated 28/1/91, 2 pp.)

In finding no credible basis for Convention refugee claim, first-level tribunal viewing applicant’s activities solely in labour-management and non-political context—Documents indicating close links between union against which applicant acting, military and party subsequently in power in Argentina—Impossible to say no evidence upon which could be found to be Convention refugee—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

BRANDERIZ V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-251-90, Hugessen J.A., judgment dated 13/3/91, 2 pp.)

## IMMIGRATION—Continued

Appeal from Convention Refugee Determination Division decision denying status on grounds of political persecution—Appellant citizen of Syria, shiite moslem—Members of congregation of mosque having formed group at suggestion of Imam to raise money to send food to needy in Lebanon—Appellant testifying Syrian security police having invaded meeting, warned group to cease meeting and stated should contribute their efforts, rather, to Syrian military activity in Lebanon—At subsequent meeting, police beat and arrested appellant’s brother—Brother not heard from since—Police seeking appellant—Whether appellant’s activities political—Board casting vague doubts on appellant’s credibility—Appeal allowed—Board under duty to give particulars of reasons for doubting credibility—Board selectively believing appellant’s testimony free to practice religion—Not relevant group had no title, was loosely knit—Not relevant appellant mere child having no specific functions—Test for political activities whether government of country considers political.

HILO V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-260-90, Heald J.A., judgment dated 15/3/91, 6 pp.)

Application to set aside decision of member of Refugee Division of Immigration and Refugee Board no credible basis for Convention refugee claim—Applicant allegedly (1) participated in coup attempt in The Gambia, (2) known to authorities, and (3) feared arrest and imprisonment if returned—Tribunal’s decision based on finding applicant fearful of prosecution, not persecution—Application allowed—Tribunal accepting applicant’s evidence as credible and trustworthy, presumably including evidence government in The Gambia not democracy and judiciary not independent—Should have realized confronted with hitherto-undecided legal issue as to whether mere prosecution can exist in such circumstances—Tribunal exceeded mandate as first-level tribunal to merely determine whether credible basis for refugee claim.

CAMARA V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-600-90, MacGuigan J.A., judgment dated 28/1/91, 3 pp.)

Application to set aside deportation order—Conflicting documentary evidence before tribunal as to treatment of persons returning to El Salvador from abroad—Notwithstanding no adverse findings of credibility with respect to applicant’s oral testimony, Tribunal deciding credible basis issue against applicant—Tribunal exceeded jurisdiction as first-level tribunal since it had credible evidence before it going both ways and since it decided matter on balance of probabilities—Application allowed and deportation order set aside—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

ANTUNES V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-679-90, Heald J.A., judgment dated 25/2/91, 3 pp.)

Application to set aside decision of first-level tribunal—Applicant alleging outstanding warrant for arrest in China for activities during student demonstrations—Adjudicator making adverse finding as to credibility—Refugee Board member finding no evidence supporting well-founded fear of persecution without making adverse finding as to credibility—Application



**IMMIGRATION—Concluded**

allowed—Board member erred—Determination of credibility essential to decision whether credible basis for claim—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

LI V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-862-90, Hugessen J.A., judgment dated 13/3/91, 2 pp.)

**INCOME TAX**

Appeal from Tax Court decision dismissing appeal from reassessments—Taxpayer and spouse purporting to be in partnership as regards income from farm and from real estate rentals—Minister attributing farm income to husband, rental income to wife—Half of farm land jointly owned—Truck and farm equipment purchased by husband in own name—Rental properties registered to wife, insured in her name—Whether sharing of work and of income attributable simply to marriage relationship—Appeal dismissed—Question of fact whether partnership exists—Marriage not automatically excluding business partnership—Lack of evidence each empowered to bind alleged partnership.

KUCHIRKA v. M.N.R. (T-745-88, Strayer J., judgment dated 1/3/91, 8 pp.)

Plaintiffs seeking declaration certain requirements issued by M.N.R. pursuant to Income Tax Act (ITA), s. 231.2 of no force or effect, pursuant to Charter, s. 52, on grounds of inconsistency with Charter, ss. 7, 8 and 11—Letters sent by officer of defendant requiring plaintiffs to provide information and certain documents—Plaintiffs not providing information—No evidence of any criminal offence against plaintiffs—Whether impugned requirements for information authorized by ITA and if so, whether Act, s. 231.2(1) and impugned requirements for information inconsistent with Charter, ss. 7 and 8—Plaintiffs' submission impugned requirements for information not authorized by the ITA since information M.N.R. required the plaintiffs to produce not required by the Act to be recorded or kept unacceptable—Proper construction to be given to ITA, s. 231(3) recalled in the Supreme Court of Canada case *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627—S. 231(3) not violating Charter, s. 8, as not criminal or quasi-criminal legislation, but regulatory statute—Right to remain silent protected by Charter, s. 7, cannot exist if criminal process not involved—Right having no application to non-criminal situation, where Parliament has expressly imposed obligation to respond as in ITA, s. 231.2(1)—Action dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 231.2 (as am. by S.C. 1986, c. 6)—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, 7, 8.

MORENA v. CANADA (T-1271-89, Pinard J., judgment dated 6/11/90, 15 pp.)

Appeal from Tax Court decision holding losses in mortgage portfolio trust's losses and not plaintiff's—Plaintiff investor in General Mortgage Syndicate—Mortgages held in name of corporation—Investors owning "units" in proportion to their investment—Acquisition and management of properties in

**INCOME TAX—Concluded**

complete discretion of real estate company—Investment redeemable on thirty days' notice—Investors having reported, over a period of seven years, share of Syndicate interest income—Losses occurring in 1982 due to crash of real estate market—Income Tax Act, s. 104(2) deeming trust individual—Appeal dismissed—Real estate company, as trustee, held mortgages for investors as beneficiaries—Dual ownership of trust property—Property protected from creditors of bankrupt trustee—Intention funds provided by plaintiff be managed for her benefit by trustee—Certainty of intention, subject matter, and object.

FRASER v. M.N.R. (T-26-90, Reed J., judgment dated 13/2/91, 16 pp.)

**INCOME CALCULATION***Deductions*

Appellant arguing Income Tax Act unfair and discriminatory in allowing paying spouse to deduct alimony and requiring receiving spouse to declare it—No pension income deduction, although money coming from spouse's pension—Appeal dismissed.

FAULKNER v. M.N.R. (T-1334-88, Walsh D.J., judgment dated 25/1/91, 3 pp.)

Appeal from reassessment in 1987 in respect of 1980 taxation year—Taxpayer having carried back 1981 losses to 1980 when filing return for 1981—Department having reassessed 1980 return in 1983 and 1984—Act then limiting period for reassessment to four years—Amended in 1983 to permit reassessment for up to seven years where loss carry back claimed—Appeal allowed—Extended time limit for reassessments in amended s. 154(4) enacted in coordination with amendment to s. 111(1) permitting 7 year carry back—Applicable only to deductions made under amended s. 111(1)—Retrospective application not necessary to accomplish objective of amendment—*Silverman (D.) v. M.N.R.*, [1989] 2 C.T.C. 2024 (T.C.C.), distinguished as decided under subsequent version of s. 152(4)—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 111(1)(a) (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 54; 1984, c. 1, s. 54), 152(4)(b) (as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 84), 152(6) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 85; 1984, c. 1, s. 84).

PLACER DOME INC. v. CANADA (T-1853-89, MacKay J., judgment dated 5/2/91, 18 pp.)

**JUDICIAL REVIEW****APPLICATIONS TO REVIEW**

S. 28 application to set aside Review Committee's decision under Old Age Security Act—Applicant contending decision contained error in law and respondent should be paid smaller pension—Whether two time periods during which respondent absent from Canada should be included as time resident in Canada—Whether situation governed by regulations in force when respondent applied for Old Age Security or by those in

**JUDICIAL REVIEW—Concluded**

force during two absences—Entitlement to pension to be determined on basis of law at time of application and approval—Review Committee erred in law in applying regulations in force at time of absences—First absence, although temporary, longer than one year and, hence, not saved by Old Age Security Regulations, s. 21(4)(a)—Second absence does not come within Regulations, s. 21(5)(b) because respondent did not “return to Canada within six months of the end of [her] employment . . . out of Canada”—Decision in *Ata v. Canada* (1985), 62 N.R. 42 (F.C.A.) applied—No basis to arguments residence requirements of Old Age Security Regulations violate Charter, s. 6 mobility rights and that the regulations contravened Charter, s. 15 by discriminating against respondent—Application allowed—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. 6, 15—Old Age Security Regulations, C.R.C., c. 1246, s. 21(1),(4),(5)(a),(b).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. PATTINSON  
(A-464-89, Linden, J.A., judgment dated 10/12/90, 7 pp.)

**EQUITABLE REMEDIES***Declaration*

Application for order certain monies received by one of plaintiffs not be subject to garnishment for income taxes—Whether education funds exempt from taxation under Indian Act—Application dismissed—No injunction against Crown—Declaration not available by way of motion.

DENE NATION v. CANADA (T-148-91, Walsh D.J., order dated 20/2/91, 4 pp.)

**MARITIME LAW**

Appeal from Trial Division judgment ((1990), 31 F.T.R. 310) holding claims of second and third mortgagees subject to equitable interest of assignor of first mortgage—First mortgage having been assigned as collateral security—Appeal dismissed—Subsequent mortgagees aware of nature of assignment—Assignment operating as security for moneys advanced by bank—Assignor retaining beneficial interest—Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9, s.74.

VERSATILE PACIFIC SHIPYARDS INC. v. PRINCE GEORGE  
(THE) (A-136-90, Stone J.A., judgment dated 28/1/91, 4 pp.)

**CREDITORS AND DEBTORS**

Plaintiff applying for order overriding caveat payment and for payment out of Court of sufficient monies to satisfy judgment *in rem*—Mutual Trust Company, Mutual Trustco Inc. (creditor) and Price Waterhouse (receiver) (hereinafter M.T.P.W.) moving for order for immediate payment out of Court to them of all monies standing as bail—Defendant ships arrested same day statement of claim filed—Released upon

**MARITIME LAW—Concluded**

payment into Court of bail in lieu of *res*—Default judgment *in rem* and *in personam* and order for payment out to plaintiff if no caveat payment filed—M.T.P.W. filing notice of caveat payment on ground secured creditors who had placed defendant company in receivership prior to issuance of statement of claim—Security agreement between defendant and M.T. chattel mortgage covering all property owned by defendant—Ships sold after release—(1) M.T.P.W. having status to argue priorities as result of filing caveat payment—Money paid into Court on consent and before payment out, caveat payment must be considered—Plaintiff not prejudiced: aware of M.T.P.W.'s claim before caveat payment filed and aware of agreement upon which M.T.P.W. relied—Status must be granted to secured creditor when security known to trade creditor before motion for payment out—(2) M.T.P.W. holding security (mortgage) and plaintiff having statutory lien by virtue of default judgment—Preference between liens in *Comeau's Sea Foods Ltd. v. The "Frank and Troy"*, [1971] F.C. 556 (T.D.) ranking mortgages before statutory liens—Cases where “usual priorities” set aside based on equitable principles distinguished—No duty on M.T.P.W. to warn suppliers of defendant company's financial difficulties as not necessarily knowing all facts re: defendant's ability to survive—Suppliers choosing not to secure payment by payment in advance or upon delivery—Plaintiff not making case for applying “equitable principles” to reverse priorities—Plaintiff's application dismissed and M.T.P.W.'s motion allowed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 1004, 1007, 1008, 1010(1).

LEWMAR MARINE LTD. v. C & C INDUSTRIES LTD.  
(T-2720-90, Cullen J., order dated 30/1/91, 9 pp.)

**OFFICIAL LANGUAGES**

Public Service—Application asking Court to vacate decision of Commissioner of Official Languages dismissing complaint by applicant with respect to bilingual services offered by P.S.C. in Toronto—Applications for employment made in French for position of civil engineer but acknowledgments of receipt in English—According to applicant's latest complaint, only regional director of Toronto office able to conduct conversation in French and this situation contrary to provisions of Official Languages Act—Complaint dismissed—Court has authority only if error of law or jurisdiction, breach of rule of natural justice or administrator did not take into account all matters brought to his attention—Under s. 58(4) of Act, Commissioner may refuse to investigate or cease to investigate any complaint if no contravention of spirit or intent of Act—Act does not indicate any percentage of bilingual public servants in various federal departments—Commissioner not subject to judicial review simply because refused to allow complaint—No error of law or fact—Application dismissed—Official Languages Act, S.C. 1988, c. 38, ss. 22, 58(4).

ST-ONGE v. CANADA (OFFICE OF THE COMMISSIONER OF OFFICIAL LANGUAGES) (T-3100-90, Joyal J., order dated 11/2/91, 5 pp.)

**PAROLE**

Appeal from judgment ([1991] 1 F.C. 160 (T.D.)) quashing Parole Board decision to revoke parole—Board relying on evidence of confidential informant—Evidence withheld from parolee—Appeal dismissed—Withholding information denial of Charter s. 7 rights—Board on rehearing not to use information not disclosed to respondent.

GOUGH V. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD)  
(A-1107-90, Mahoney J.A., judgment dated 24/1/91,  
2 pp.)

**PATENTS****INFRINGEMENT**

Appeal from Trial Division judgment ((1988), 23 C.P.R. (3d) 313 (F.C.T.D.)) holding appellant infringed respondent's patent—Patent relating to rowing machine convertible to use for weight lifting—Conversion effected by rotating machine from horizontal to vertical position—Whether anticipated by prior machine having potential to be used in same way—Appeal dismissed—No anticipation as prior art not containing all elements necessary to practical working of invention—Idea and means for putting idea into practice combining to constitute patentable invention—Not obvious as experts in field had never thought of particular combination—Commercial success relevant to plea of obviousness.

DIVERSIFIED PRODUCTS CORP. V. TYE-SIL CORP.  
(A-801-87, Décarý J.A., judgment dated 7/2/91, 29 pp.)

**PRACTICE**

Application for order prohibiting Commissioner of Patents from considering application for compulsory licence under Patent Act s. 39(4)—Application for licence having been served on patentee in January, 1989—Proceedings before Commissioner ongoing in September, 1990—Act, s. 39(16) and Rules providing Commissioner "shall" dispose of application not later than 18 months after service on patentee—Whether directory or mandatory—Application dismissed—Three criteria for finding provision merely directory—Commissioner's duty public duty—No sanction for non-compliance—No prejudice caused if duty not performed on time—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 39(16).

SANDOZ LTD. V. CANADA (COMMISSIONER OF PATENTS)  
(T-2561-90, Joyal J., judgment dated 21/1/91, 16 pp.)

Appeal from Trial Division decision ([1990] 3 F.C., D-44) dismissing application for summary judgment under R. 341(a) to dismiss plaintiff respondent's claim and allow defendant appellant's counterclaim—Action for patent infringement—Patent having been issued in 1981, and reissued in 1985—Respondent averring discovery of prior art and asserting claims in reissued patent were within inventor's original intention—Appellant presenting patent documents and admissions made by respondent at discovery as proof patent not lawfully reissued—Whether *Curl-Master Manufacturing Co. Ltd v. Atlas Brush Ltd.*, [1967] S.C.R. 514 departs from principle set down

**PATENTS—Concluded**

in *Northern Electric Co. Ltd. and Western Electric Co Inc. v. Photo Sound Corp. and Perkins*, [1936] S.C.R. 649—Appeal dismissed—Triable issues of law and fact—Under R. 341(a) applicant has burden of establishing no factual matters in controversy between parties; and applicable law so determinative not even fairly arguable case to present at trial—Admissions on examination for discovery not conclusive, since may be amplified or even contradicted at trial by evidence led by party making them—Insufficiency of original description triable issue—*Northern Electric* case does not necessarily apply to invalidate reissue of patent with amended claims where original patent set out intention of inventor with insufficient description and specification within s. 47(1), or where issue of fact between parties: *Curl-Master* case, *supra*—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 47(1)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 341(a).

FLEXI-COIL LTD. V. F.P. BOURGULT INDUSTRIES AIR SEEDER DIVISION LTD. (A-615-90, Desjardins J.A., judgment dated 10/1/91, 9 pp.)

**PENITENTIARIES**

Statement of claim seeking interlocutory injunction against double bunking in Protective Custody sections of Kent Institution—Alleging treatment contrary to Charter, s. 12 right not to be subjected to cruel and unusual treatment, and s. 15 right to equal protection of law—Defendant moving to strike statement of claim as failing to disclose reasonable cause of action—Double bunking administrative decision—Neither infringing duty of fairness nor contravening Charter, ss. 12, 15—Even if discrimination in bunking between protective custody population and general population at Kent Institution, arising from administrative policy decision which is outside application of Charter s. 15 guarantee of equal protection under law—Statement of claim struck with leave to plaintiffs to file amended statement of claim—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 419, 1711—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. 12, 15.

PROTECTIVE CUSTODY INMATES, KENT INSTITUTION V. WARDEN, KENT INSTITUTION (T-3051-90, Walsh D.J., order dated 5/3/91, 3 pp.)

**PRACTICE**

Motion without personal appearance—Plaintiff seeking, on motion, declaration and damages—Defendant contesting action—Declaration and damages not available on motion—Motion dismissed.

ST-ONGE V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-1212-90, Strayer J., order dated 4/3/91, 1 p.)

Application for interim injunction to prevent defendant, chief-elect of Band, from acting as Chief—Determination of questions of law—No agreed statement of facts—Hearing adjourned *sine die*, to be brought back on notice—Agreed

**PRACTICE—Continued**

statement of facts not essential to determination under R. 474—Order may only issue upon application—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 474.

SCRIBE V. CANADA (MINISTER OF INDIAN AND NORTHERN AFFAIRS) (T-248-91, Reed J., order dated 13/3/91, 4 pp.)

**COSTS**

Bill of costs taxed according to tariff in force at time of taxation—Plaintiff not allowed costs before retained legal representation—Air fare for useful and credible witness allowed—Bill of costs presented at \$1,563.50 taxed and allowed at \$1,278.50—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 346.1 (as enacted by SOR/87-221, s. 4).

DOYLE V. CANADA (T-1106-83, Wilkins T.O., order dated 21/2/91, 3 pp.)

Taxation—Judgment dismissing action for millions of dollars general damages for breach of copyright in literary work—Action alleging defendants copied Ewok character in movie *Return of the Jedi* from plaintiff's literary work—Pursuant to R. 346(1.1) and partial indemnity principle, amount claimed, extensive research of archival art work and scripts of Lucas productions, research of Canadian and American law, and large volume of documentation at trial, considered—Use of three counsel for preparation (including two junior) and two counsel (one junior) in conduct of 10-day trial reasonably prudent—As Tariff B only providing for fee for services of junior counsel for conduct of trial, extra fees in bill of costs under s. 1(1)(a),(b),(c) (for examinations for discovery), (e),(h) and (j) taxed off—*Warwick Shipping Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 F.C. 998 (C.A.) applied re: principle of allowance for services of counsel—Hotel bills reduced by amount of charges for flowers, miscellaneous and luggage repairs—Bill of costs presented at \$51,065.59 taxed and allowed at \$46,371.09—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 346(1.1) (as am. by SOR/87-221, s. 3), Tariff B (as am. *idem*, s. 8).

PRESTON V. 20TH CENTURY FOX CANADA LTD. (T-142-85, Parlee T.O., taxation dated 18/1/91, 8 pp.)

Taxation proceeding in absence of plaintiff against whom costs awarded—Taxing officer offering to reconvene—Plaintiff not disputing amounts in draft bill—Little complexity—Defendant's bill of costs, presented at \$2,199.25, taxed and allowed at \$1,634.25.

JOHNSON V. CANADA (T-442-87, Parlee T.O., order dated 14/2/91, 2 pp.)

Motion for directions to taxing officer under R. 344—Patent infringement and passing-off action joined with action to invalidate patent—Plaintiffs awarded 2/3 of taxable costs—Special direction of Court required to exceed maximums set out in Tariff—R. 344(3) enumerating criteria for Court's consideration in exercising discretionary power over costs—Although nature of patent and trade mark actions generate extensive work in preparation for and conduct of trial, volume of work and inherent complexity of issues not automatically warranting

**PRACTICE—Continued**

increase in prescribed amounts under Tariff—Tariff should be exceeded in rare circumstances—Actions herein necessitating heavy volume of work and addressed complex issues—Special directions to taxing officer appropriate—Although within taxing officer's discretion, Court directing presence of junior counsel justifiable—Maximum for junior counsel increased to that allowed for senior counsel, but taxing officer retaining discretion to determine whether maximum to be allowed—Taxing officer to exercise discretion as to reasonable amounts to be allowed for services not specifically enumerated in Tariff—No special directions re: expert witness' fees and disbursements as within taxing officer's discretion to allow reasonable payments to expert witness for services performed in preparing to give and giving evidence—Taxing officer to allow all reasonable reimbursements resulting from travel and out-of-town accommodations of senior officer of plaintiff company before and during trial where and when presence and usefulness justified—As no authority allowing compensation for loss of services of senior officer while attending trial as principal representative of corporation, direction permitting taxing officer to exercise discretion on this point refused—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 344 (as am. by SOR/87-221, s. 2), Tariff B (as am. *idem*, s. 8), s. 1(1).

STIGA AKTIEBOLAG V. SLM CANADA INC. (T-2698-87, Dubé J., order dated 5/3/91, 8 pp.)

Motion for costs on solicitor and client basis—Litigation concerning taxability of mortgage differential payments made to applicant in 1985, 1986 and 1987—T4A supplementary forms not sent until 1988 when advised payments taxable benefits under Income Tax Act, s. 62—Departure from normal rule successful litigant receiving party and party costs, "unusual and exceptional step"—No existing exceptional circumstances justifying departure from Tariff—Not test case and no one agreeing to be bound by decision—Greater cooperation between parties preferable, but both sides having complaints about case's progress—Motion dismissed and applicant awarded party and party costs.

SPLANE V. CANADA (T-1784-88, Cullen J., order dated 30/1/91, 3 pp.)

Photocopies of pleadings essential to carrying on of action allowable as disbursement—Law office not in business of making profit on photocopies—Burden on party claiming to prove actual cost: *Diversified Products Corp. v. Tye-Sil Corp.* ([1991] 1 F.C. D-22 (T.D.))—Disbursement for medical report—Neither doctor nor report required at trial—Report forming part of affidavit—Refusal of residency on medical grounds—Work done by potential witness necessary to conduct of case allowable—Bill of costs presented at \$1,973.26 taxed and allowed at \$1,844.32.

SWAMINATHAN V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-111-90, Parlee T.O., order dated 6/3/91, 4 pp.)

Application to extend time to apply for order directing Taxing Officer to increase amounts specified in Tariff B in taxation of costs at both trial and appeal levels—R. 344(7) permitting application within 30 days after judgment pronounced—25 months elapsed since trial judgment, awarding costs payable

**PRACTICE—Continued**

forthwith to plaintiff, and 3 months since judgment of Court of Appeal—Delay caused by counsel's lack of familiarity with Federal Court Rules—Very special reasons required to warrant lengthy extension of time permitted by R. 344(7): *Smerchanski v. Minister of National Revenue*, [1979] 1 F.C. 801 (C.A.)—Application refused—Explanation for delay unsatisfactory—30 days realistic and reasonable—Litigants, particularly at appellate level entitled to finality of proceedings—No special extenuating circumstances warranting extension—Application dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 344(7) (as am. by SOR/87-221, s. 2).

CANADA V. ONTARIO (DEVELOPMENT CORP.) (A-48-89, Heald J.A., order dated 18/3/91, 4 pp.)

**DISCOVERY***Examination for Discovery*

Motion for order requiring defendant to re-attend and answer questions—20-year lease of property on Indian reserve entered into in 1964, with rental subject to review every five years—Renewed for further 20-year period in 1984—Lease providing Court to determine fair rental if parties failing to agree “without regard to improvements thereon made or constructed by lessee”—Court twice fixing rental—Defendant denying receipt of notice to negotiate rental for 1989-1994 period, although sent by double registered mail—Defendant refusing to answer questions about (1) absences from country during August 1989 (2) commercial billboards on property (3) what he considers to be fair rental of property from 1989 to 1994, so that plaintiff will know case to be met (4) development on property since 1989 and (5) future plans for property—Issues will be before Court at hearing on merits—Motion granted—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 465(16).

CANADA V. MEYER (T-2004-90, Walsh D.J., order dated 15/2/91, 5 pp.)

**JUDGMENTS AND ORDERS***Reversal or Variation*

Associate Senior Prothonotary striking plaintiff Tonka Canada Inc. as party to action—Reed J. deciding same issue differently four days later, not having been informed of action before Giles A.S.P.—Order of A.S.P. reversed given decision and reasons of Reed J.

TONKA CORP. V. REES (T-2552-90, Cullen J., order dated 28/1/91, 2 pp.)

**PRACTICE—Continued****PARTIES***Joinder*

Court may add as respondent party other than federal board, commission or other tribunal where party may be adversely affected.

CARRIER-SEKANI TRIBAL COUNCIL V. CANADA (MINISTER OF THE ENVIRONMENT) (T-2686-90, Dubé J., order dated 11/2/91, 2 pp.)

*Standing*

Appeal from decision of Senior Prothonotary appellant could not cross-examine affiants Glynn and Lederman as had neither interest nor standing needed to do so—Senior Prothonotary made no error in applying R. 332(5)—Cross-examination means given party to counter negative effect of deposition by witness other than his own on his interests *vis-à-vis* opposite party—Affiants said nothing contrary to appellant's interests—Appeal dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 332(5).

CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) V. MILLER (T-798-90, Pinard J., judgment dated 22/1/91, 5 pp.)

Motion to strike statement of claim or to strike John Corbiere as plaintiff as having no standing—Class action on behalf of non-resident members of Indian Band—Allegation non-residents constitute majority of band but excluded from voting, and that Band Council refuses to create new housing to permit them to reside on reserve—John Corbiere resident on reserve—Motion dismissed—Tests for class action met—John Corbiere has community interest in communal issues—As former Chief, participation as plaintiff evidence of common interest in equal franchise—If action successful, will benefit from support of fellow plaintiffs.

BATCHEWANA BAND V. CANADA (MINISTER OF INDIAN AND NORTHERN AFFAIRS) (T-3038-90, Joyal J., order dated 18/2/91, 5 pp.)

**PLEADINGS***Motion to Strike*

Defendant alleging vexatious proceeding and asking for costs at 300% of tariff—Plaintiff claiming in principal action seizure by defendant exceeds amount owing—Three actions having already taken place with consequent reductions in assessments—Another action now pending—Plaintiff claiming action useful in prompting defendant to re-examine assessments—Motion allowed in part—Statement of claim struck subject to plaintiff's right to produce amended notice of motion dealing with future situation as it develops—Usual costs allowed to defendant.

STROMOTICH V. CANADA (T-1627-90, Walsh D.J., order dated 6/3/91, 4 pp.)

**PRACTICE—Concluded**

Statement of claim—All aspects of relief struck—Claim in entirety fails—Action dismissed—Costs fixed at \$300.

ECCELESTON v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-3182-90, Giles A.S.P., order dated 6/2/91, 2 pp.)

Appeal from order of Trial Division dismissing application to dispose of motion without personal appearance under R. 324—Plaintiff having notified defendant and Court Registry of intention to request hearing but not having filed application—Appeal allowed—Nothing in R. 324 excluding its operation from motion to strike—Issue on motion to strike whether plain and obvious pleading disclosing no reasonable cause of action, all the facts pleaded being deemed proven for purpose of motion—Motions judge require oral hearing if not satisfied matter can be adequately considered on written submissions—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 324.

OLYMPIA JANITORIAL SUPPLIES (136971 CANADA LTD.) v. CANADA (MINISTER OF PUBLIC WORKS) (A-115-90, Stone J.A., order dated 19/2/91, 4 pp.)

**STAY OF PROCEEDINGS**

Application to stay proceedings and strike out notice of appeal from decision by Registrar of Trade Marks—RR. 1716, 419(1)(a),(c) and (f) and 474 not applicable since proceeding not "action" but appeal—Appellants could have appealed under s. 56 of Trade-marks Act and used summary procedure provided by RR. 704 and 705—Point at issue serious—Stay of proceedings under s. 50(1)(b) of Federal Court Act not justified because no evidence was "in the interest of justice" to do so—Application dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50(1)(b)—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 56, 59—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 2, 419, 474, 702, 704, 705, 1716.

RENAUD COINTREAU & CIE v. CORDON BLEU INTERNATIONAL LTÉE (T-2314-90, Pinard J., order dated 21/1/91, 8 pp.)

Similar actions proceeding in Supreme Court of Ontario—Contract providing contractor desiring to dispute decision of SJSDD "shall" submit dispute for determination by Federal Court—Cannot force plaintiff to submit dispute for determination by any other court which would otherwise have jurisdiction—Discretion to grant stay of proceedings should only be exercised sparingly and in clearest cases—To justify stay, defendant must satisfy Court (1) continuance of action would work injustice because oppressive, vexatious or abuse of process and (2) stay not causing injustice to plaintiff—Defendant not meeting burden of proof—Plaintiff could suffer serious prejudice if prevented from proceeding in forum agreed to in contract—Motion dismissed.

MIL VICKERS INC. v. SAINT JOHN SHIPBUILDING LTD. (T-2387-90, Pinard J., order dated 5/2/91, 5 pp.)

**PUBLIC SERVICE****JURISDICTION**

Application to set aside PSSRB's refusal to deal with applicant's objection to Treasury Board's proposed designation of employee to be excluded from bargaining unit as employed in managerial or confidential capacity—Employee designated as employer's representative in grievance process—Applicant objecting as designation creating five steps in grievance procedure contrary to P.S.S.R.B. Regulations and Rules of Procedure, s. 72(1)—Board dismissing objection; holding jurisdiction limited to determining question of fact whether employee assigned by employer duty to deal with grievances under Act: *R. in right of Canada v. P.S.A.C.*, [1984] 2 F.C. 998 (C.A.)—Application allowed—Board to decide objection to legality of designation—Board, not employer making designation when bargaining agent objecting according to paragraph (c) of definition of "person employed in a managerial or confidential capacity" in Act, s. 2—Board's duties including verifying person whose designation challenged has been given "duties and responsibilities . . . to deal formally on behalf of employer with a grievance"—Must also ensure duties and responsibilities given will allow grievances to be "presented in accordance with the grievance process provided for by this Act"—Designation purported to be in violation of s. 72(1) could not possibly allow "grievance [to be] presented in accordance with the grievance process provided for by this Act"—Board must decide objection since cannot ultimately make designation contrary to Act—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28—Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, ss. 2, 21(1), 22(1), 23(1)(d), 100(1)(b)—P.S.S.R.B. Regulations and Rules of Procedure, C.R.C., c. 1353, ss. 34, 72(1).

PUBLIC SERVICE ALLIANCE OF CANADA v. CANADA (A-325-90, Desjardins J.A., judgment dated 7/2/91, 9 pp.)

**RAILWAYS**

Appeal from approval of abandonment of railway branch line—National Transportation Agency earlier stating policy of National Transportation Act, 1987 to permit carrier to dispose of uneconomic low density lines, not to obtain abandonment of lines through demarketing efforts intended to render lines uneconomic—Agency finding applicant demarketing services on branch line so users diverted traffic to ensure availability of services should operation of branch line be abandoned—Agency erred in not expressly considering demarketing as material factor in determining whether branch line uneconomic—Appeal allowed—National Transportation Act, 1987, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 28.

NOVA SCOTIA (DEPARTMENT OF TRANSPORTATION AND COMMUNICATIONS) v. CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO. (A-32-91, Mahoney J.A., judgment dated 13/3/91, 2 pp.)

**TRADE MARKS****INFRINGEMENT**

Application for interlocutory injunction restraining defendant from infringing trade-mark "Heinz"—As registered owner of "Heinz" trade marks in Canada, plaintiff having exclusive right to use of trade marks in association with certain food products—Selling ketchup in Canada in association with trade mark "Heinz" since 1940—Millions of dollars spent on advertising to make Heinz leading-selling brand in Canada—Recipe for ketchup sold in Canada formulated in accordance with Canadian taste preferences—Plaintiff using Canadian ingredients and bottles—Defendant importing and selling ketchup produced by plaintiff's American parent in United States bearing trade-mark "Heinz"—Relabelling ketchup to conform to Canadian bilingual requirements—Application allowed—Application of "serious issue" test set out in *Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 F.C. 451 (C.A.)—As trade mark on imported product virtually identical to plaintiff's trade mark, likelihood of confusion—Serious issue to be tried as likely infringement of registered trade mark—Unnecessary for products to be manufactured in Canada to constitute infringement, provided sold in Canada in association with confusing trade mark—Infringement of proprietary right in trade mark constituting irreparable harm not compensable in damages—Withholding injunction could cause irreparable harm by encouraging others to enter field of importing—Balance of convenience favouring plaintiff—Defendant not having investment

**TRADE MARKS—Concluded**

in imported product and not keeping inventory on hand—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 6(5), 19, 20.

H.J. HEINZ COMPANY OF CANADA LTD. v. EDAN FOODS SALES INC. (T-3228-90, Cullen J., order dated 13/2/91, 10 pp.)

**UNEMPLOYMENT INSURANCE**

Application to vacate decision on unemployment insurance—Trial Judge made no error in deciding applicant's employment was excepted employment—Application dismissed.

PARADIS v. M.N.R. (A-553-89, Pratte J.A., judgment dated 4/2/91, 1 p.)

**VETERANS**

Decision of Veterans Appeal Board set aside and matter remitted to differently constituted panel of Board for reconsideration on basis Canada Pension Commission having jurisdiction to make decision in question and did not err in making decision—Special reasons contemplated in R. 1408 whereby party and party costs should be ordered payable to applicant including respondent's insistence on being heard on issues not related to jurisdiction—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1408.

KIELY v. CANADA (VETERANS APPEAL BOARD) (A-484-90, Mahoney J.A., judgment dated 30/1/90, 2 pp.)

# DIGESTS

*Copies of the reasons for judgment may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Halifax, Montréal, Toronto and Vancouver.*

*Reasons for judgment digested are those not selected for full text or abridged publication in the Canada Federal Court Reports.*

## CITIZENSHIP

### KNOWLEDGE REQUIREMENTS

Although appellant not demonstrating adequate knowledge of Canada, rights and privileges of citizen before Citizenship Judge, appeal from refusal of citizenship pursuant to Citizenship Act, s. 14(5) *trial de novo*—Appellant answering all questions on appeal—Appeal allowed—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 14(5).

AHMED (RE) (T-1424-90, Cullen J., judgment dated 28/3/91, 2 pp.)

### RESIDENCY REQUIREMENTS

Appeal against denial of citizenship for failure to establish residence maintained and residential base not severed when applicant moved back to Hong Kong in November 1985—Whether applicant accumulated 3 years of residence during 4-year period before application on June 20, 1988—Residence established in Canada February 6, 1985—Applicant developing good contacts with Canadian and Chinese communities and having to spend considerable time in China—Very hard-working and versatile in public relations field—For relevant period from February 6, 1985 to June 20, 1988, applicant out of Canada 1,063 days, in Hong Kong, England, Australia and New York—Less time spent in Canada between 1985 and application for citizenship in June 1988 than in period before 1985—Voluntary absence from Canada during relevant period—Desirable citizen but not complying with residency requirements under Citizenship Act, s. 5(1)—Must cease to have ambivalent relationship with Canada—Appeal dismissed—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1).

LEUNG (RE) (T-458-90, Walsh D.J., judgment dated 19/2/91, 11 pp.)

## CROWN

### CONTRACTS

Appeal from Trial Division judgment ([1983] 2 F.C. 932 (digest)) holding dismissal of appellant justified but nevertheless awarding him \$1,083 because had continued providing certain services to CIDA after employment terminated—Trial Judge found appellant had not performed duties assigned to him as he should have done—Latter could not argue not told of

## CROWN—Concluded

CIDA requirements regarding bookkeeping and never warned he risked dismissal if he did not meet those requirements—Appeal dismissed.

CLAVER V. CANADA (A-1892-83, Pratte J.A., judgment dated 21/2/91, 3 pp.)

## CUSTOMS AND EXCISE

### CUSTOMS ACT

Appeal from Minister's determination Act contravened—Plaintiff taking buying trip to far east for clothing retail store—Declared value of clothing \$5,000—Discrepancies between number of items invoiced and number actually had—Blank invoices found in plaintiff's briefcase—Customs officers estimated value of clothing at \$19,210.80—Goods seized—\$10,160.28, paid as duty and penalty for their return, forfeited—Plaintiff's explanations incredible—Plaintiff not meeting burden of proving compliance with Act—Action dismissed—Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, ss. 12, 13, 110, 131, 152(3), 153(c), 156, 159, 160.

PODGURSKI V. M.N.R. (T-2095-89, Walsh D.J., judgment dated 13/3/91, 15 pp.)

### CUSTOMS TARIFF

Appeal from Tariff Board's determination disposable cartridges containing inked ribbons and working parts designed for use exclusively with particular electronic typewriters not properly classified as "parts of typewriters" under tariff item 41405-1—Court not persuaded Board's conclusions of fact not open to it on evidence nor that it otherwise erred in law—Customs Tariff, R.S.C. 1970, c. C-41, item 41405-1.

XEROX CANADA INC. V. DEPUTY M.N.R., CUSTOMS AND EXCISE (A-945-88, Mahoney J.A., judgment dated 17/4/91, 2 pp.)



## FEDERAL COURT JURISDICTION

## TRIAL DIVISION

Application to strike plaintiff's statement of claim on ground Court without jurisdiction to order relief sought against defendant Michel Guy—Latter member of RCMP and acted as informant in seven Criminal Code charges of fraud, attempted fraud, counterfeiting and deceit—Charges withdrawn—Action for \$1,000,000 damages brought against Crown, RCMP and defendant Guy alleging latter acted in bad faith and with incompetence and negligence in his investigation of facts—Plaintiff withdrew action against RCMP—Only remaining question whether Court had jurisdiction to hear action against defendant Guy—Courts have consistently held it does not—Supreme Court judgment in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, laid down three essential conditions for jurisdiction to reside in the Federal Court—Plaintiff met first condition, statutory grant of jurisdiction by federal Parliament, but did not meet other two—Action based not on federal statute but provincial one, namely Civil Code, art. 1053—Courts have held unless federal statute can be basis of action or creates plaintiff's right to relief, Federal Court lacks jurisdiction to try claim against individual employees—Application allowed.

HEAFEY v. CANADA (T-1131-90, Joyal J., order dated 28/2/91, 2 pp.)

## IMMIGRATION

Application for *certiorari* quashing refusal of requests to apply for residence in Canada on humanitarian grounds—7 female applicants Spanish citizens arriving in Canada with children born in Spain—Making refugee claims—Between them, they have 29 children, 24 of whom having same father—14 children born in Canada—Three women now married to Canadian citizens and one to permanent resident—Established community in British Columbia to raise and educate children together—Interview of some applicants at immigration office in Vancouver terminated due to disruptive conduct of one of the husbands—Three counsellors sent to commune to complete interviews—Manager of Immigration Centre meeting with those counsellors and considering information gathered—Although Manager stating immigration counsellors would decide, Manager signing letter refusing to make humanitarian and compassionate recommendation on basis marital relationships inconsistent with unconventional lifestyle, so insufficient hardship created if spouses separated—Application granted—Two basic principles applied: (1) each applicant must be assessed individually, notwithstanding express desire to be treated as group; (2) decision should be made by officer conducting inquiry, although entitled to confer with and seek advice from others—Far too many people involved in decision-making herein—Many applicants not interviewed as individuals.

HERNANDEZ v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-2449-90, Walsh D.J., order dated 1/2/91, 13 pp.)

## IMMIGRATION—Continued

## PRACTICE

Application for leave to proceed orally on motion for leave to appeal under Immigration Act, s. 82.1—Normally proceedings required to be in writing pursuant to R. 324—Special circumstances herein warranting granting application—Grounds for leave to appeal in this case almost identical to those put forward on husband's application for leave to appeal—Husband granted leave to appeal—As very special case, not to be regarded as precedent—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 324—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 82.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19).

AGUIAR v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (90-T-744, Collier J., judgment dated 18/2/91, 2 pp.)

Application to prohibit mis-en-cause Immigration Appeal Board from hearing application by respondent for redetermination of refugee status and for writ of *certiorari* setting aside decision of said Commission on October 31, 1989—Respondent, of Salvadoran nationality, entered Canada in February 1986—In June '88, applicant found respondent not Convention refugee and made exclusion order—On October 19, 1989 respondent filed with Board application for extension of time to have refugee status redetermined—Board allowed application on October 31, 1989—Whether had jurisdiction to redetermine respondent's refugee status—New Immigration Act came into effect on January 1, 1989—Old Immigration Appeal Board discontinued after that date and replaced by new tribunal—Accordingly did not have jurisdiction to hear respondent's case on October 31, 1989—*Bains v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 3 F.C. 487 (C.A.), in which applications for extension of time made well before new Immigration Act came into effect, distinguished—Respondent did not meet transitional provisions of new Act—Application allowed and decision of mis-en-cause set aside.

CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) v. GUEVARA-PALACIOS (T-2464-90, Joyal J., order dated 4/3/91, 11 pp.)

Leave for interim order prohibiting adjudicator from continuing inquiry—No arguable case to establish bias or reasonable apprehension of bias on part of adjudicator—Adjudicator prepared to deal with constitutional matter of issuance of certificate by Minister under Immigration Act, s. 46.01(1)(e)(ii)—Unnecessary to intervene to prevent continuation of hearing—Application for leave refused—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 46.01(1)(e)(ii) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14).

BEMBENEK v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (91-T-30, Strayer J., order dated 26/2/91, 2 pp.)

## REFUGEE STATUS

Refugee Division's finding appellant not Convention refugee based on lack of credible evidence to establish well-founded fear of persecution—No express finding of lack of credibility—

**IMMIGRATION—Concluded**

Appeal allowed—Finding of lack of credibility must be clear and unmistakable.

SEBARATNAM V. CANADA (A-555-89, MacGuigan J.A., Hugessen J.A. dissenting, judgment dated 15/4/91, 3 pp.)

Application to set aside refusal of member of Refugee Division to evaluate whether respondent's claim had credible basis at time of hearing—Restricted self to evidence of conditions in respondent's country of origin when first claimed refugee status—Application allowed—First instance tribunal set up under Immigration Act, s. 46 and Refugee Division obliged to evaluate evidence of conditions in claimant's country of origin at time of respective hearings: *Mileva v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, A-726-90, Pratte, Marceau, Desjardins J.J.A., not yet reported—Conditions when claimant flees country relevant only to extent other credible and trustworthy evidence not demonstrating no longer reasonable for claimant to fear persecution there because of changes which have taken place in that country, at which time first instance tribunal can no longer determine claim has credible basis and *a fortiori* Refugee Division can no longer determine claimant to be refugee—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2(3) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1), 46 (as am *idem*, s. 14).

CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) V. PASZKOWSKA (A-724-90, Hugessen J.A., judgment dated 16/4/91, 2 pp.)

Credible basis inquiry—Rules of natural justice not observed—Appeal allowed and matter referred back to another adjudicator and another member of Refugee Division.

KONADU V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-1063-90, Hugessen J.A., judgment dated 17/4/91, 1 p.)

**INCOME TAX****INCOME CALCULATION***Capital Cost Allowance*

Appeal from trial judgment ([1988] 2 F.C. 3) holding Speedy Muffler not engaged in "manufacturing or processing in Canada of goods for sale" as required by Income Tax Act, s. 125.1(3)(c) during 1975 to 1978—Appellant assembles and installs either complete exhaust systems or only parts thereof in automobiles—Some modification of existing pipes may be necessary to ensure proper fit between old and new parts—Appellant not making parts—Submitting assembly of complete exhaust systems constituting "manufacturing" and modification of pipes for installation of parts "processing"—Appeal dismissed—"Manufacturing" defined in *The Queen v. York Marble, Tile and Terrazzo Limited*, [1968] S.C.R. 140—Assembly of product may be manufacturing, but not necessarily so—Trial Judge correctly holding plaintiff not creating new goods for sale: merely installing on cars goods already manufactured elsewhere—Appellant not producing for sale identifiable article of commerce by assembling parts produced by others, but repairing and replacing damaged parts of

**INCOME TAX—Continued**

automobile—No new form, quality, property or combination in automobile—Adjustments, alterations and changes made to parts to fit them together properly and to hold them in place not "processing"—Tests for processing: (1) whether change in form, appearance or other characteristics of goods subject to operation, and (2) whether product becoming more marketable—Processing occurring when raw or natural materials transformed into saleable items—Plaintiff's services resembling attractions to ready-made suit—Only those operations significantly changing character of goods "manufacturing" or "processing" within s. 125.1—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 125.1 (as enacted by S.C. 1973-74, c. 29, s. 1).

TENNECO CANADA INC. V. CANADA (A-1165-87, Linden J.A., judgment dated 21/3/91, 8 pp.)

*Capital Gains*

Appeal from reassessment for 1982—Plaintiff purchasing 17.6 acres in Saltspring Island, B.C. in 1979 for \$60,398.51—Designated as principal residence—Selling property in 1982 for \$315,000—Property subject to restrictive covenant preventing subdivision—At time of sale, three mobile homes on property, smallest of which left to buyer; largest of which designated as principal residence—Sold separately from realty—Minister assessing capital gains tax on property exceeding two hectares—Definition of principal residence in s. 54(g) including land subjacent to housing unit and such reasonable portion of immediately contiguous land, not exceeding 1/2 hectare, as may be regarded as contributing to use and enjoyment of unit as residence unless excess area established necessary to such use and enjoyment—Plaintiff submitting full 17.6 acres necessary to use and enjoyment—Appeal dismissed—*The Queen v. Yates*, [1983] 2 F.C. 730 (C.A.) wherein 10-acre minimum zoning requirement, distinguished—Purposes of Expropriation and Income Tax Acts contrasted—Meaning of "enjoyment"—Problem of identifying land subjacent and contiguous to mobile home capable of being moved anywhere on property and even off property—Plaintiff not establishing excess area necessary to use and enjoyment of mobile home—Fact forced to sell land *en bloc* because subdivision prohibited irrelevant—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 38(a), 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; 1980-81-82-83, c. 140, s. 23).

WINDRIM V. CANADA (T-1375-78, Muldoon J., judgment dated 13/3/91, 14 pp.)

*Deductions*

Whether sums of \$500,000 paid by plaintiff to each of shareholders (Flanagan and Burroughs) to discharge company's liability under *bona fide* employment contracts for prospective loss of employment or office or part of consideration for sale of shares in plaintiff company (Oriole) to Alberta Eastern Gas Ltd. (A.E.G.)—Oriole incorporated by Flanagan in 1972 pursuant to Alberta law to engage in natural gas related activities in Alberta—Identical agreement signed between Flanagan and Burroughs as employees and plaintiff as employer described as

## INCOME TAX—Continued

bizarre and “ringing hollow”—No valid or convincing reasons for entering into such contracts as not *bona fide*—Failure to pay salaries required under agreements—No intention of parties to contracts to create binding obligations—Flanagan and Burroughs’ shares in company sold in 1974 presumably for income tax advantages—Contracts intended only as negotiating devices so as to induce prospective purchasers to characterize part of purchase price as settlement of employment contracts—Oriole’s shares purchased by A.E.G. in July 1976—Sum of \$1,000,000 loaned to Oriole which issued cheques of \$500,000 to each of Flanagan and Burroughs in return for release of all claims under employment contracts—Payment of \$1,000,000 partial consideration for transfer by Flanagan and Burroughs to A.E.G. of shares in Oriole—Not expense incurred for gaining or producing income from business within meaning of Income Tax Act, s. 18(1)(a) and therefore not deductible from Oriole’s taxable income—Claim dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 18 (1)(a).

ORIOLE OIL & GAS LTD. v. CANADA (T-2916-85, Martin J., judgment dated 22/2/91, 12 pp.)

Whether interest paid by plaintiff in 1983, 1984 and 1985 taxation years deductible from tax under Income Tax Act, s. 20(1)(c)(i)—Whether amounts paid pursuant to legal obligation to pay interest on money borrowed—Plaintiff insurance company created pursuant to Quebec statute in 1959—Company required to at all times possess reserve fund of at least \$200,000 which may be subscribed by Association d’hospitalisation du Québec—Annual interest not exceeding 5 per cent per annum on such subscription—Total amount of \$11,248,981 paid by Association into plaintiff’s reserve fund—Latter partially reimbursed Association by paying it sum of \$560,000 for each of 1983, 1984 and 1985 taxation years—Interest paid by plaintiff to Association not really paid pursuant to legal obligation—Onus on taxpayer to establish borrower-lender relationship in order to benefit from exemption mentioned in s. 20(1)(c)—Relationship not established in case at bar—Court must look at substance and true nature of transaction—Amounts in question not paid pursuant to legal obligation to pay interest on money borrowed and therefore not deductible under provisions of s. 20(1)(c)(ii)—Action dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 20(1)(c)(ii).

CANASSURANCE CIE D’ASSURANCE-VIE INC. v. CANADA (T-1684-88, Dubé J., judgment dated 6/3/91, 13 pp.)

Appeal from reassessment for 1987, 1988—Plaintiff director, officer and shareholder of Island Hall Hotel—Earning management fees of \$85,000 in 1981 and \$75,000 in 1982—Due to working capital deficiency, plaintiff actually received only \$64,000 leaving \$96,000 outstanding—Plaintiff also loaning money to company in return for promissory note—Unpaid management fees classified as shareholder’s advance in notes to financial statements—Hotel put in receivership in 1985 and sold in 1987—Plaintiff including full amount of management fees in income in 1981 and 1982—In 1987 and 1988, deducting unpaid management fees as bad debt under Income Tax Act, s. 20(1)(p)—Assessed as business investment loss under s. 38(c)—Tax Court upholding assessment—Appeal allowed—Cases holding possible to create *bona fide* shareholder’s loan

## INCOME TAX—Continued

when company withholding money owing to shareholder distinguished as written loan agreement herein—In order to determine whether lender-borrower relationship exists, must ascertain true nature and character of transaction—Analysis of working papers used to prepare financial statements not adduced before Tax Court substantiating plaintiff’s assertion intention not to lend unpaid fees to company—Willingness to waive immediate payment influenced by plaintiff’s knowledge company unable to pay—No intention to make shareholder’s loan—Unpaid management fees not income from employment—Plaintiff not acting in capacity of employee—Not involved in day-to-day operations, but acted as owner’s representative—No deductions at source and not treated as employee in any other respect—Although for purposes of Income Tax Act, officer or director considered employee, plaintiff’s management services went beyond duties of director of corporation—Necessary to hire third party had plaintiff not performed management services—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 20(1)(p), 38(c) (as am. by S.C. 1977-78, c. 42, s. 2).

SUTHERLAND v. CANADA (T-1856-89, Joyal J., judgment dated 19/4/91, 20 pp.)

Appeal from trial judgment ((1988), 23 F.T.R. 140) allowing appeal from Minister’s reassessment for 1985—Individual taxpayer becoming Canadian resident November 1, 1983 prior to which income from property or business located outside Canada not subject to Canadian income tax—Paying foreign “non-business income tax” of \$325,226 on income from sources outside Canada earned during first 10 months of 1983—Deducting that amount from \$8,600 income for last two months of 1983 pursuant to Income Tax Act, s. 20(12)—S. 20(12) permitting deduction of non-business income tax paid for year to government other than Canada—In 1985 deducting \$84,774 non-capital loss of other years, on basis deduction of foreign non-business income taxes from income for two months of 1983 resident in Canada resulting in non-capital loss available for carry-forward to 1985 taxation year—Minister disallowing s. 20(12) deduction and resultant loss—Trial Judge holding s. 20(12) referring to computation of income for “taxation year”, defined by s. 249 as calendar year in case of individual—Trial Judge erred in holding entitled to s. 20(12) deduction from short year income “because, by definition, her taxation year is the calendar year”—Although s. 249 equating individual’s taxation year to calendar year, s. 114 expressly excepting taxpayer resident in Canada for part of year from rule—For such taxpayer’s period of Canadian residence, “income” to be “computed as though such period . . . [was] the whole taxation year”—For taxpayers resident in Canada for part of year, resident and non-resident periods computed separately as though each period constituting entire taxation year—Calendar year effectively divided into two notional taxation years: one for period of residence; other for period of non-residence—If computation for 1983 made “as though” period of Canadian residence “were the whole taxation year”, deduction under s. 20(12) allowed in respect of non-business income tax “for the year” i.e. for November and December 1983—Since foreign non-business income tax paid in respect of income earned in first ten months of year, cannot be deducted in computing income; whole taxation year consisting of November and December, necessarily excludes January to October—

**INCOME TAX—Concluded**

Appeal allowed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 20(12) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 12), 114 (as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 57), 249.

TAYLOR V. CANADA (A-922-88, Hugessen J.A., judgment dated 21/2/91, 5 pp.)

**INJUNCTIONS**

Motion for interlocutory injunction restraining defendant from using trade mark Lone Star in association with restaurant services—Plaintiff operating Lone Star Café in Ottawa serving Texas-style food while defendant owner of Lone Star restaurant in Vancouver—Plaintiff's business very successful and planning to expand—Defendant's restaurant Jewish using Star of David in logo in Texan atmosphere—Operating on much smaller scale and serving working class customers, not upscale clients such as has plaintiff—No doubt about confusion resulting from use of same words "Lone Star" in connection with restaurant or café—No evidence of confusion to date but proof of this not essential in order to obtain interlocutory injunction—Serious issue to be tried neither frivolous nor vexatious—Plaintiff's extensive goodwill likely to be seriously damaged if another restaurant operating under similar trade name confused with it—Doubtful whether defendant would lose many customers provided same high quality of food and ambiance of restaurant maintained—Irreparable harm and balance of convenience in favour of plaintiff—Motion granted.

688863 ONTARIO LTD. V. LANDOVER ENTERPRISES INC. (T-151-91, Walsh D.J., order dated 25/3/91, 10 pp.)

**JUDICIAL REVIEW****APPLICATIONS TO REVIEW**

Objection to evidence not even made before Trial Judge cannot be allowed on appeal—No manifest error which would justify Court's intervention—Appeal dismissed.

NAVIGATION HARVEY & FRÈRES INC. V. SOCIÉTÉ D'HABITATION DU QUÉBEC (A-442-87, Hugessen J.A., judgment dated 29/4/91, 2 pp.)

Appeal from Immigration and Refugee Board decision refusing special relief to appellant—Board not expressly referring to all relevant circumstances in declining to find present compassionate and humanitarian considerations warranting special relief—Appeal allowed.

AUJLA V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-520-89, Mahoney J.A., judgment dated 4/3/91, 2 pp.)

Umpire had to decide whether Board of referees had made error of law in finding applicant lost employment on October 15, 1987 due to lock-out by employer—Applicant worked sporadically, when called only—Did not lose his employment as result of lock-out since not employed by Expo-service Standard Inc., only had expectation of being

**JUDICIAL REVIEW—Continued**

employed—Decision set aside and matter referred back to Umpire.

MORISSETTE V. CANADA (EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION) (A-692-90, Pratte J.A., judgment dated 21/3/91, 2 pp.)

Applicant asking Court to set aside decision of adjudicator and member of Refugee Division on ground ss. 46.01(1)(c) and 46.01(5) of Immigration Act unconstitutional as contrary to s. 7 of Charter—Had claimed refugee status in 1989 for first time and applicant dismissed—Returned to Canada in 1990 before expiry of 90-day deadline mentioned in s. 46.01(5) and claimed refugee status again—Adjudicator held not eligible because had not observed 90-day deadline—Had jurisdiction to rule on constitutional question raised by applicant—Concept of admissibility of refugee status claimed under Immigration Act does not contravene s. 7 of Charter—*Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, distinguished: Singh did not have every chance to show he met conditions for obtaining refugee status, whereas in case at bar applicant an ineligible claimant whose right to claim such status recognized—By limiting right to claim refugee status in objective and non-discriminatory manner, Parliament did not infringe s. 7—Adjudicator and member of Division right in concluding constitutional argument made by counsel for applicant not valid—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 46.01(1)(c),(5) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14)—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.

BERRAHMA V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-759-90, Marceau J.A., judgment dated 21/2/91, 11 pp.)

**PREROGATIVE WRITS***Mandamus*

S. 18 application for *certiorari* quashing Immigration adjudicator's decision obliging applicant to depart from Canada and for *mandamus* compelling respondent to provide applicant with full and fair interview in respect of humanitarian and compassionate claim in accordance with law—Applicant's request for Convention Refugee status denied—No obligation for adjudicator to delay inquiry before him nor to consider issues of public policy and compassionate or humanitarian grounds—Issues not even raised before him—Inquiry fairly conducted on issues before him—S. 18 application properly brought before Trial Division—Application for *certiorari* denied, but in view of far too casual consideration of humanitarian and compassionate claim, application for *mandamus* allowed—Departure order stayed pending hearing on humanitarian and compassionate claim issue.

CHHOKAR V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-1635-90, Walsh D.J., order dated 15/2/91, 5 pp.)

**JUDICIAL REVIEW—Concluded**

Application for *mandamus* to compel CIDA to pay applicant study grant allegedly entitled to and payment of which interrupted in March 1990—Agreement signed between applicant and respondent regarding study program in forestry operations at Laval University in Quebec—Under agreement applicant had to obtain 112 credits in seven semesters or 56 credits after four semesters—Condition not met—*Mandamus* only possible against public authority when latter refuses to perform duty imposed on it by law—CIDA had no legal duty to applicant—Agreement signed on certain conditions not met by application—CIDA had discretionary power whether to continue paying study grant to applicant—Respondent observed rules of natural justice and acted fairly—Application dismissed.

MOKAKA V. CANADIAN INTERNATIONAL DEVELOPMENT AGENCY (T-209-91, Denault J., order dated 19/4/91, 5 pp.)

**LABOUR RELATIONS**

S. 28 applications against Board decision dismissing both complaints by applicant alleging Union's bad faith or arbitrary conduct under Canada Labour Code, s. 37 and illegal transfer by employer—Applicant attacking original dismissal of complaints, not dismissal of reconsideration applications *per se*—Decisions reasoned—No denial of natural justice or error going to jurisdiction—Both s. 28 applications dismissed—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 18, 37, 98 (2),(3).

AGER V. UNITED TRANSPORTATION UNION, LOCAL 701 (A-185-89, Mahoney J.A., judgment dated 6/3/91, 5 pp.)

Application to set aside decision of regional safety officer pursuant to s. 146 of Canada Labour Code—Refusal by respondents to do their work on ground heavy rain created dangerous situation by making surface of ship's bridges slippery—Further alleged clothing did not provide sufficient protection from rain—Security officer went to location and found rain reduced visibility to point of creating risk—Ordered employer to immediately take necessary action to deal with danger—Instructions confirmed by regional officer—Arguments made by applicant all inadmissible—Act does not in all cases require safety officer to inspect allegedly dangerous premises in which employee refuses to work—Safety officer not under duty to give specific directions though this was preferable—Applicant cannot complain subject decision too brief—Application dismissed—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 146.

MARITIME EMPLOYERS ASSN. V. HARVEY (A-553-90, Pratte J.A., judgment dated 22/4/91, 8 pp.)

Application to set aside decision by regional safety officer pursuant to Canada Labour Code, s. 146—Respondents refusing to work on ground two fork-lifts they had to drive so noisy dangerous to work on them—Designated safety officer concluded danger genuine and gave employer appropriate directions—Directions amended by regional officer—Letter referred back to safety officer to verify whether employer had corrected situation—Regional officer made no error of law in finding safety officer wrong to give employer directions which implicitly authorized it to contravene Canada Occupational Health

**LABOUR RELATIONS—Concluded**

and Safety Regulations—However, did not have power to refer matter back to safety officer to verify whether employer in compliance with Code and Regulations—Application allowed—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 146.

MARITIME EMPLOYERS ASSN. V. MURRAY (A-728-90, Pratte J.A., judgment dated 22/4/91, 4 pp.)

**MARITIME LAW****PRACTICE**

Reference on damages—Plaintiffs securing judgment in action for monies due on marine mortgage—RR.500(4) and 503 prescribing manner of conduct of reference and powers of Referee—RR. 478 and 494 providing powers for receipt of evidence—Plaintiffs relying on affidavit evidence exhibiting marine mortgage, and setting out method of accounting of amounts due and owing—Individual defendant asserting methods constituted form of penalty for late payments contrary to evidence of timely and sometimes early payments—Book-keeper's evidence disclosing no form of penalty calculation—\$30,731.20 due and owing on marine mortgage as of November 1, 1990—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 478, 494, 500(4), 503.

BONNIEMAN V. CLAIRE ANNE II (The) (T-2491-89, Stinson T.O., reference dated 22/3/91, 4 pp.)

Application for order of quick relief to release defendant ship from arrest—Onus on applicant to provide Court with solid proposition enabling Court to make order sought—Plaintiff and counsel filing caveat against ship objecting to release—Parties failing to agree to terms for release—Question of priorities if ship towed to another location—Owner of ship not carrying insurance but stating towing ship would cover insurance, although no affidavit to that effect—Applicant not meeting onus required to secure release.

FALSE CREEK TUGBOATS LTD. V. MARY MACKIN (THE) (T-508-91, Cullen J., order dated 22/4/91, amended order dated 24/4/91, 4 pp.)

**NATIVE PEOPLES****ELECTIONS**

Action for judgment declaring referendum to be held by Department of Indian and Northern Affairs unfair, arbitrary and unlawful—Procedure for appointing Kanesatake Band Council established in accordance with custom since 1969—Custom challenged by certain members of band—Decision by Court on January 7, 1983 custom would prevail in Oka in accordance with preference of majority of Mohawks—After refusing to intervene for several years, Department then proposed holding referendum on procedure for appointing Kanesatake Band Council—Application for interlocutory injunction adjoined pending decision whether referendum consistent with requirements of Act—Plaintiff's first argument no federal legislation giving government right to hold referendum inadmissible in view of discretionary powers conferred on Minister

**NATIVE PEOPLES—Concluded**

by Department of Indian Affairs and Northern Development Act, s. 4—Minister's action sought to determine Mohawks' wishes as to election procedure they prefer for Band Council—Second argument referendum form of illegal delegation of powers as representing opinions expressed by third parties, namely voters, not convincing—Ultimate purpose of referendum to provide Minister with information on Oka Mohawks' wishes—Source of information and not form of illegal delegation of authority—Plaintiff's third argument concerned decision of Court on January 7, 1983—Decision could not prohibit Minister from altering election procedure where deemed advisable pursuant to Indian Act, s. 74—Plaintiff's final argument raised issue of whether holding of referendum infringed aboriginal rights—Question premature as result of referendum only opinion expressed by aboriginal peoples, not interference with aboriginal rights—Minister's duty as trustee to ensure Kanesa-take reserve properly administered and respond to various complaints made to him—No proof custom would be infringed if referendum held—Action dismissed—Department of Indian Affairs and Northern Development Act, R.S.C., 1985, c. 1-6, s. 4—Indian Act, R.S.C., 1985, c. 1-5, ss. 3, 74.

SIX NATIONS TRADITIONAL HEREDITARY CHIEFS V. CANADA (MINISTER OF INDIAN AND NORTHERN AFFAIRS) (T-1144-88, Rouleau J., judgment dated 20/2/91, 13 pp.)

**PATENTS****PRACTICE**

Appeal from Commissioner of Patents' decision granting compulsory licence to respondent—Appellant seeking to have licence referred back to Commissioner for reconsideration of royalty rate as application unsupported by evidence—Also seeking oral hearing to present evidence—Commissioner having no evidence as to material facts upon which to fix royalty having regard to due reward for research leading to invention—Must reconsider royalty—Under no obligation to hold oral hearing to remedy respondent's failure to serve counterstatement in time—Matter entirely within his discretion—Appeal allowed and matter referred back to Commissioner.

IMPERIAL CHEMICAL INDUSTRIES PLC V. NOVOPHARM LTD. (A-151-87, Mahoney J.A., judgment dated 27/3/91, 4 pp.)

**PENITENTIARIES**

Application for order quashing decision to refuse transfer to minimum security institution—Decision not based on extraneous, irrelevant or unduly restrictive criteria—No evidence applicant's psychological assessment unqualifiedly positive—Criterion requiring successful completion of Escorted Temporary Absences or success in similar minimum security situations

**PENITENTIARIES—Concluded**

not met—Other of six criteria also not met—Penitentiary Service Regulations, s. 13 not breached—Application dismissed—Penitentiary Service Regulations, C.R.C., c. 1251, s. 13.

COMEAU V. CANADA (CORRECTIONAL SERVICE)  
(T-3348-90, Reed J., order dated 12/3/91, 4 pp.)

**POSTAL SERVICES**

Application for *certiorari* setting aside Canada Post Corp. decision to close 4 post offices and *mandamus* for their re-opening—Applicants wrong in saying policy of converting from local post offices to contractual retail postal outlets confined to rural areas—Same criteria applied for closing post offices in rural and urban areas—Change usually effected when «natural opportunity», such as postmaster's death or destruction of post office, occurs—All 4 offices closed by reason of financial difficulties and replaced by retail postal outlets—Retail outlet opened in only one of the four communities as community pressure and threat of boycott discouraged retailers from applying for such outlets—Rural Dignity of Canada having no standing to bring application before Court as same issues raised by individual applicants—No basis for *mandamus* against Minister as Canada Post responsible if acting unlawfully and no duty on Minister to give directives to Canada Post for specific purpose sought by applicants—Corporation part of government decision-making machinery within Act, s. 2 and decisions to close post offices subject to judicial review under Act, s. 18—Doctrine of legitimate expectations relied on by applicants inapplicable since letters from Corporation to public not promise to consult with residents before making decision to close post offices—Decision made prior to sending letters—Corporation part of executive or administrative function of government of Canada and subject to Charter in some activities—Decision to close post offices reviewable for compliance with Charter—No contravention of Charter, s. 15—Program of replacing local post offices with retail postal outlets applied to urban and rural Canada and same criteria applied when decision made to close post office—No breach of Corporation statutory duty under Canada Post Corporation Act, s. 5(2)(b) to provide standard of service similar with respect to communities of same size—Act imposing no duty on Corporation to provide door-to-door delivery and local post office in each community: *Re City of Nepean and Canada Post Corporation* (1986), 57 O.R. (2d) 297 (H.C.)—No obligation on Corporation to supply postal services by means of Corporation-run post office as opposed to retail postal outlet—Services offered by retail postal outlet same and even better than services provided by former local post offices—Inconvenience suffered by locals own fault in blocking establishment of new retail outlets—Application dismissed with costs—Canada Post Corporation Act, R.S.C., 1985, c. C-10, s. 5(2)—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. 15, 32 (1)(a).

RURAL DIGNITY OF CANADA V. CANADA POST CORP.  
(T-2427-90, Martin J., order dated 22/1/91, 23 pp.)

## PRACTICE

## COSTS

Taxation of applicant's costs in accordance with order (T-1731-85, Dubé J., order dated 22/11/90) allowing application to correct registration of copyright to literary and dramatic work titled "Les Batteux, a Scenario"—Applicant always acted for himself—Claimed disbursement of \$1,005.45 under item 1(2)(a) and (b) of Tariff B—Counsel for respondent objected to counsel's fees in amount of \$786.25, citing item 2 of Tariff B—Two applications not two distinct cases—Applicant had to obtain assistance of lawyers—Counsel's fees disbursements covered by item 1(2)(b) of Tariff B—Bill of costs taxed and allowed in full—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, Tariff B, items 1(2)(a),(b), 2 (am. by SOR/87-221, s. 8).

FERLAND v. LEMIEUX (T-1731-85, Daoust T.O., taxation dated 11/2/91, 6 pp.)

Taxation of party and party costs—Nothing allowed for appearance of junior counsel at two-day hearing under Tariff B, s. 1(1)(i)—Favourable outcome resulting from skilled services of applicants' counsel prior to hearing—No "special reasons" referred to in s. 1(1)(i)—Fees of Ottawa law firm, retained as agent for professional services i.e. preparation of affidavits, arranging cross-examinations and access to information request, claimed as disbursement—Although cost-saving, such efficiency not creating right to taxed costs where none existed before in law—Principle of partial indemnity prevails at party and party level—Out-of-pocket payment to agent disbursement, but service received professional and legal work within R. 346(1) and Tariff B, s. 1(1)—Fee portion for agent not taxable—Disbursements within agent's bill allowed except for taxis—Costs incurred prior to institution, but relevant to result taxable—Test for disbursement including assessment of circumstances as existed at time decision made to incur disbursement—Intervenors not responsible for costs incurred before added—Intervenors and respondents to split cost of disbursement incurred after added—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 346 (as am. by SOR/87-221, s. 3), Tariff B (as am. *idem*, s. 8), s. 1(1)(a),(i),(2)(b).

FLORENCE v. CANADA (AIR TRANSPORT COMMITTEE) (T-1080-88, Stinson T.O., taxation dated 3/1/91, 7 pp.)

Intervenor, lay litigant, presenting bill of costs to taxing officer under R. 344 against plaintiffs—Taxing officers having no jurisdiction under R. 344—Matter discontinued by plaintiffs—Intervenor objecting to discontinuance and to lack of provision for costs—Lacking requisite and visible exercise of discretion of Court under R. 344(1)—R. 406 not applicable as present case not an action—Not applying to intervenors in same or equivalent manner as defendants—Bill of costs taxed and allowed at nil dollars—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 344 (as am. by SOR/87-211, s. 2), 406.

I.C.I. AMERICAS INC. v. CANADA (T-1116-88, Stinson T.O., taxation dated 27/3/91, 5 pp.)

## PRACTICE—Continued

Order directing recovery by defendant of any extra costs involved in preparation for examinations for discovery arising out of plaintiff's unilateral cancellation of previously set examination for discovery—Extra costs to be taxed on solicitor-client basis—Defendant seeking \$4,166 in extra costs—Order not distinguishing between preparation in first instance and review work—Where incontrovertible evidence relating work performed to scope of order, associated costs taxed unless patently absurd or wasteful—Evidence suggesting plaintiffs' conduct in not proceeding expeditiously to discovery after initial scheduled date contributed to unexpected size of account—Defendant's bill of costs presented at \$4,516 taxed and allowed at \$4,516.

ANDERSON v. NASCOR INC. (T-405-90, Stinson T.O., taxation dated 20/3/91, 8 pp.)

Taxing defendants struck from action and awarded costs—Defendants' written representations suggesting each bill be allowed at 50%—Although taxing officer refusing to abdicate neutral position in absence of adverse litigant to challenge given items in bill of costs, could not certify unlawful items—Bills including \$125 for taxing costs—"Per half day" in Tariff B, item 1(1)(c) contemplating personal appearance—No jurisdiction under R. 346 to exercise discretion on this point and fees taxed off—Bill of costs presented at \$450, taxed and allowed at \$162.50 each—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 346 (as am. by SOR/87-221, s. 3), Tariff B, item 1(1)(c) (as am. *idem*, s. 8).

SALAMON v. CANADA (T-626-90, Stinson T.O., taxation dated 26/3/91, 3 pp.)

## DISCOVERY

*Examination for Discovery*

Defendant Venture Graphics Inc. entitled to discovery of plaintiffs' witness under R. 465(3)—No evidence of prejudice to plaintiffs—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 465(3).

JOHN LABATT LTD. v. STARLINE AGENCIES INC. (T-87-89, Dubé J., order dated 19/2/91, 2 pp.)

*Production of Documents*

Motion for order requesting plaintiff to deliver to solicitor for defendant documents and information requested in examination for discovery—Action by plaintiff asking for return of 10 boxes of personal belongings including 28 diaries and claiming overtime pay plus interest—Defendant unable to locate diaries—Plaintiff prepared to provide information requested but objecting to production of Income Tax returns—Defendant entitled to see documents if plaintiff intends to rely on them—Motion granted.

WEBER v. CANADA (T-2527-87, Walsh D.J., order dated 7/3/91, 4 pp.)

**PRACTICE—Continued**

## JUDGMENTS AND ORDERS

*Reversal or Variation*

Formal judgment drafted by plaintiff—Several changes suggested by counsel for defendants—Appeal from formal judgment dismissed by Federal Court of Appeal—Assessment of damages to be made on reference after trial—Defendants seeking modifications in formal judgment—Unsuccessful in attacking findings as to validity of patent—R. 1733 invoked by defendants inapplicable as no new matter they should have known about at trial—Request by defendants that judgment be amended to make clear decision for reference as to whether profits payable only with respect to sale of certain parts of catheters referred to in paragraph 3 of judgment well founded—Proper case for extending time pursuant to R. 337(5)—Unusual to amend judgment confirmed on appeal but not unknown—Correction involving matter not in issue at trial nor on appeal—Amendment making clear neither reasons nor judgment intended sale of non-infringing elements of named catheters would give rise to claim for profits—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 337(5), 1733.

MAHURKAR V. VAS-CATH OF CANADA LTD. (T-1128-86, Strayer J., order dated 25/4/91, 6 pp.)

## PARTIES

*Joinder*

Court having jurisdiction to add as respondents parties other than “federal board, commission or other tribunal”, where such parties “might be adversely affected by order such as one here sought”—Alcan Aluminium Limited to be joined as respondent herein as may be so adversely affected.

SAVE THE BULKLEY SOCIETY V. CANADA (MINISTER OF THE ENVIRONMENT) (T-2687-90, Dubé J., order dated 11/2/91, 2 pp.)

*Standing*

Subrogatory remedy exercised by plaintiff on behalf of her corrections officer who suffered injury in altercation at Leclerc Institution—Evidence clearly indicated officer in question suffered loss of salary and incurred medical expenses due to fault of defendant who refused to submit to search and scuffled with him in exercise of his duties—Officer chose to be compensated by his employer—Legal subrogation of latter pursuant to Government Employees Compensation Act, s. 9(3)—Plaintiff also entitled to claim amount for pain and suffering—Action allowed—Government Employees Compensation Act, R.S.C., 1985, c. G-5, s. 9(3).

CANADA V. VAUGHAN (T-2208-88, Denault J., judgment dated 23/4/91, 4 pp.)

**PRACTICE—Continued**

## PLEADINGS

Action to strike statement of claim based on R. 419(1)(a)—Action for damages for unlawful detention of plaintiff, injury to his reputation and moral damages, suffering and loss of enjoyment of life—Judgment rendered by Federal Court of Appeal finding plaintiff's detention in special handling unit after his acquittal on May 30, 1981 unlawful—Plaintiff's claim based on ss. 3 and 32 of Crown Liability Act and subject to rules of Quebec Civil Code as to prescription, namely art. 2261 providing for two-year prescription for unlawful detention and injury to reputation and art. 2262 providing for one-year prescription for moral damages, loss of enjoyment of life—Whether start of unlawful detention or date of Federal Court judgment starting-point of prescription—Plaintiff brought action after both aforementioned deadlines expired—Plaintiff's action dismissed—Application allowed—Crown Liability Act, R.S.C., 1985, c. C-50, ss. 3, 32—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419(1)(a)—Civil Code of Lower Canada, arts. 2261, 2262.

MORIN V. CANADA (T-1129-86, Pinard J., order dated 1/3/91, 5 pp.)

*Amendments*

Defendants appealing senior prothonotary's decision allowing plaintiff to amend second amended statement of claim by claiming damages based on estimated cost of repairs to a barge—Objecting plaintiff be allowed to re-introduce claim previously abandoned—Discontinuance of claim not admission of invalid basis for claim—No doubt defendants inconvenienced by plaintiff's indecision—Allowing amendment not amounting to injustice—Inconvenience caused by allowance of amendment compensated for in costs—No convincing evidence senior prothonotary wrong in law in decision he made—Application dismissed and costs left to Trial Judge.

MCALLISTER TOWING & SALVAGE INC. V. NOVA MARINE LTD. (T-2014-86, Martin J., order dated 4/4/91, 7 pp.)

*Motion to Strike*

Statement of defence and amended statement of defence—Not plain and obvious paragraphs in question irrelevant or may prejudice, embarrass or delay fair trial under R. 419(1)(d)—Defendant may file amended statement of defence without leave under R. 421(1) as instant motion to strike not pleading—Motion denied with costs in cause—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 419(1)(d), 421.

CORMIER V. CANADA (T-399-87, Dubé J., order dated 12/2/91, 2 pp.)

Statement of claim—Action claiming damages for false arrest and declaratory relief in respect of certain provisions of Public Works Nuisance Regulations discontinued by Van Hee upon request of leader of religious order to which belonged—Nolan filing identical statement of claim—Style of cause identifying plaintiff as “Anthony Van Hee S. J. assignor 30th day



**PRACTICE—Continued**

of October 1990 & Gerald Holmes OMI Foundation, assignee"—Nolan endorsing statement of claim as plaintiff—No evidence right of action assigned to Gerald Holmes OMI Foundation—Evidence Foundation sole proprietorship, not incorporated—Case law establishing action in tort claiming damages for false arrest and imprisonment cannot be assigned—Nolan, although trained in law and former practising solicitor, no longer member of Ontario Bar—Unable to represent parties before Court, although no absolute bar to Nolan taking action for declaratory relief claiming same provisions of Regulations unconstitutional—Right of action based on grounds of public interest—Motion allowed without prejudice to Nolan instituting action for declaratory relief or Van Hee filing again for both declaratory relief and damages.

VAN HEE v. CANADA (T-3230-90, Joyal J., order dated 19/4/91, 4 pp.)

**STAY OF PROCEEDINGS**

Application to stay proceedings until final judgment rendered in Quebec Superior Court case—Defendants alleged prosecution of action abuse of process, would incur unnecessary expense and proceedings themselves needless—Plaintiffs insulated house with urea formaldehyde in 1980 and sued defendants for damages for loss of house, injury to their health, loss of enjoyment of life and so on—Some 2,000 other similar actions brought in Federal Court—*Varnam v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1987), 12 F.T.R. 34 (F.C.T.D.), summarizes rules governing exercise of discretionary judicial authority in application to stay proceedings: (a) defendant must satisfy Court continuance of action would work injustice and constitute abuse of process and (b) stay must not cause injustice to plaintiff—Defendants did not succeed in establishing in interests of justice to prevent plaintiffs from proceeding with action in this Court—Application dismissed.

BASTIEN v. CANADA (T-5302-82, Pinard J., order dated 25/2/91, 6 pp.)

**VARIATION OF TIME**

Motion for extension of time pursuant to Federal Court Immigration Rules, R. 5(2) to enable applicant to commence proceeding under Act, s. 18 against Minister's decision to refuse applicant landed immigrant status on humanitarian and compassionate grounds—Leave to commence s. 18 application granted but stay of deportation order refused—Application to be filed within 15 days of order granting leave—S. 18 proceedings never commenced—Case justifying extension of time pursuant to R. 5(2) not made out—Obligation for applicant to keep in touch with counsel—Length of delay significant—Order for extension of time discretionary remedy—Alternative route offered by respondent still open to applicant—Request for extension of time to commence s. 18 application denied—

**PRACTICE—Concluded**

Request for extension of time seeking reconsideration of MacKay J. decision under R. 337(5) also denied—Motion dismissed—Federal Court Immigration Rules, SOR/89-26, R. 5(2).

CAPELOS v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (89-T-657, Reed J., order dated 7/3/91, 5 pp.)

**RESTITUTION**

Action claiming \$24,975.46 as tax rebate—Plaintiff company argued negotiable instrument at issue negotiated and cashed without authorization by president for personal benefit—Action pursuant to Bills of Exchange Act, s. 48(1)—Under Interpretation Act, s. 17, Bills of Exchange Act does not apply to Crown—Sending of negotiable instrument to plaintiff's head office by defendant and receipt of said negotiable instrument by plaintiff's president constituted valid payment discharging defendant of all liability to plaintiff—Defendant did not have to ensure plaintiff's president would not appropriate negotiable instrument which he had power to receive by himself and deposit in plaintiff's bank account—Action dismissed—Bills of Exchange Act, R.S.C., 1985, c. B-4, s. 48(1)—Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-23, s. 17.

HOSKING DIAMOND DRILLING CO. LTD. v. CANADA (T-1705-88, Pinard J., judgment dated 23/4/91, 8 pp.)

**TRADE MARKS**

Application for interlocutory injunction compelling defendants to surrender phone number, move and not erect sign of competitor—Serious issues to be tried including validity of trade mark and agreement not to compete—No irreparable harm to plaintiff as loss of business by Nu-Vista franchise to Home Life franchise by use of telephone number and continuing use of location quantifiable in monetary terms on reference—Balance of convenience favouring *status quo*—Loss of use of telephone number could cause irreparable harm to defendants if plaintiff unsuccessful—Application dismissed.

NU-VISTA INTERNATIONAL INC. v. NU-VISTA PROFESSIONALS INC. (T-537-90, Jerome A.C.J., order dated 22/5/90, 4 pp.)

**EXPUNGEMENT**

Application for expungement of respondent's registration of trade mark Fibergrate in association with reinforced plastic grating—In 1968, respondent entered into agreement with U.S. company Fibergrate Corp., manufacturer of FRP (fiberglass-reinforced plastic) and holder of Fibergrate trade mark in U.S., providing respondent would manufacture and sell FRP and reinforced plastic grating in Canada—Trade mark registered in Canada by respondent October 1, 1971—Respondent advertising reinforced plastic grating in Canada since 1968 and identified as source of Fibergrate grating in Canada—Whether Fibergrate distinctive in Canada of reinforced plastic grating sold by respondent, as required by Trade Mark Act, s.

**TRADE MARKS—Continued**

18(1)(b)—Whether Fibergrate clearly descriptive of character and quality of reinforced plastic grating, and thus unregistrable under Act, ss. 12(1)(b) and 18(1)(a)—Distinction between distinctiveness at date of registration and at time proceedings commenced—Distinctiveness required only in latter case—Circulation in Canada of brochures and periodicals produced by Fibergrate Corp. displaying Fibergrate trade mark not “use” detracting from distinctiveness of respondent’s “use” of trade mark—Trade mark Fibergrate clearly distinguishing FRP grating of respondent from that of others on market as only FRP grating sold on Canadian market in association with trade mark—Respondent’s trade mark still distinctive at time proceedings commenced—Fibergrate not clearly descriptive of character of FRP as coined word and not elliptical reference to character and quality of FRP—Application dismissed—Trade marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 12(1)(b), 18(1)(a), 57.

FIBERGRID INC. v. PRECISIONERING LTD. (T-684-90, Cullen J., judgment dated 13/2/91, 19 pp.)

**INFRINGEMENT**

Plaintiffs claimed injunction and damages for infringement of trade mark “Opto-Vision”—Defendants filed counterclaim, saying registration of said mark invalid and should be struck out—Mark “Opto-Vision” first registered in Montréal on February 1, 1982 by one of defendants, Les Services Optométriques Inc. (S.O.I.), which became Opto-Services—In July 1988, new company named Optagest Sept-Îles Inc. registered name “Opto-Vision” as trade name—On December 6, 1988 S.O.I. sent notice to Optagest prohibiting it from using mark “Opto-Vision”—Question who owned trade mark “Opto-Vision” and who first used it—Whether registration granted to Optagest valid or should be struck out—No ownership can be exercised over trade mark unless mark used in ordinary course of business and brought to attention of public—Registration of trade name or formation of company not use within meaning of Trade-marks Act—Defendants never really used trade mark “Opto-Vision” and did not bring it to public attention within meaning of s. 4(1) and (2) of Trade Marks Act—Between 1982 and 1990 used for different marks, “Opto-Services”, “Opto-Plus”, “Opto-Vision” and “Optosys”—Used mark “Opto-Vision” in program of sales and services to public—No evidence they used it in accordance with Act and case law or drew mark to attention of public by advertising in media or other measures—Action allowed and counterclaim dismissed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. 10, ss. 2, 4(1), (2), 16, 30.

OPTAGEST CANADA INC. v. SERVICES OPTOMÉTRIQUES INC. (S.O.I.) (T-1976-89, Joyal J., judgment dated 18/4/91, 16 pp.)

**PRACTICE**

Opposition to trade-mark registration under Trade-marks Act, s. 38—Motion by respondent to have notice of appeal struck out as disclosing no cause of action—Cross-examination of respondent’s witness discontinued by counsel for appellant—Counsel for respondent refusing to make client available for

**TRADE MARKS—Continued**

further cross-examination—Registrar’s refusal to order continuation of cross-examination appealed under Act, s. 56 (1)—Whether “decision” in Act, s. 56 (1) only final decisions or also interlocutory decisions—Authorities from Court giving narrow interpretation to “decision”—Registrar’s decision not to allow further cross-examination not final determination but interlocutory decision, therefore not appealable—Motion allowed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 38, 56(1).

ETAT FRANÇAIS v. MINITEL COMMUNICATIONS CORP. (T-3482-90, Martin J., order dated 18/2/91, 6 pp.)

Application to strike originating notice of motion pursuant to R. 419; for order extending time to file reply and affidavits; and for order granting leave to file and serve this motion and supporting affidavit—Whether applicant “person interested” within Trade-marks Act, ss. 57, 2—R. 419 not applicable as no action—R. 419 permitting any “pleading” to be struck—Definition of “pleading” in R. 2 also assuming existence of action—Application of R. 419 without regard for definitions in R. 2 not application “with necessary modifications” within R. 705(3)—Such application of R. 419, spirit of which to dispose of certain actions rapidly before trial, implying amendment of rule not “reasonably appropriate” in light of summary nature of procedure already laid down elsewhere for considering and disposing of application under s. 57—Respondent not establishing applicant not “person interested” within ss. 2, 57—Motion to strike should succeed only in plain and obvious cases—Serious cause for discussion—More appropriate to apply summary procedure provided in RR. 704, 705—Application for order under R. 419 dismissed—Extensions of time allowed as not defeating summary nature of proceedings—Leave to file and serve this motion granted—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 2, 3(1)(c), 321(2), 419, 702(6), 704(8), 705(3), 708(4)—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 2, 57, 58, 59.

UNITEL COMMUNICATIONS INC. v. BELL CANADA (T-718-91, Pinard J., order dated 3/5/91, 5 pp.)

**REGISTRATION**

Appeal from Registrar’s dismissal of opposition to application by respondent for registration of trade mark “Piattelli and Design”—In 1978 respondent registering “Piattelli” as trade mark for use in association with men’s shirts and ladies’ blouses, based on first use in 1975—In 1981, applying for registration of “Piattelli and Design” (signature in stylized creation, not actual signature) claiming first use in April 1981—Appellant opposing registration as date of first use inaccurate; mark not registrable under Trade-marks Act, ss. 37(2)(b) and 9 as appellant’s signature, lack of distinctiveness contrary to s. 37(2)(d) as family name and signature of appellant—Opposition Board’s ruling dismissing opposition justified on basis of evidence before it—On appeal, appellant arguing for first time registration precluded by Trade-marks Act, s. 12(1)(a) which denies registration to word that is primarily merely name or surname of individual who is living or has died within preceding 30 years—Court *proprio motu* judicially bound to consider issue of law, whether raised by way of evidence, pleadings or argument—Appeal dismissed—Debate on distinctiveness preempted by s. 12(2), permitting registration of trade mark not

**TRADE MARKS—Concluded**

registrable because of s. 12(1)(a), if so used in Canada so as to become distinctive—Debate on invalidity pre-empted by s. 18(2), providing registration not invalid because evidence of lack of distinctiveness not raised before registration—Courts tending to give some meaning to phrase “primarily merely . . . the surname of an individual” particularly when dealing with word which is neither English nor French—Trade-marks Act, R.S.C. 1970, c. T-10, ss. 9, 12(1)(a),(2), 18(2), 29(b), 37(2)(b),(d).

PIATTELLI v. A. GOLD & SONS LTD. (T-905-90, Joyal J., judgment dated 28/2/91, 9 pp.)

**UNEMPLOYMENT INSURANCE**

S. 28 application regarding allocation for purposes of Unemployment Insurance Act of certain pay received by applicant—Amounts in question properly allocated in accordance with s. 58(9) and (10) of Unemployment Insurance Regulations and judgment of this Court in *Nicolich v. Minister of Employment and Immigration* (1989), 97 N.R. 355—Application allowed—

**UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded**

Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 58(9),(10).

CHABOT-LAVALLÉE v. CANADA (EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION) (A-689-90, Pratte J.A., judgment dated 20/2/91, 2 pp.)

**VETERANS**

Application for order extending time to appeal from decision of senior prothonotary [T-887-89, order dated 9/8/89] following Pensions Commission's refusal to award applicant disability pension after discharge from Canadian Armed Forces in 1962—Applicant not entitled to pension as mental disability pre-existed enrolment in regular forces—Continually acting on own behalf before Court—Court Registry officers not entitled to provide him with legal advice—Application under Federal Court Act, s. 18 claiming 18 years of retroactive pension money and punitive damages dismissed as relief not available to him—Appeal bereft of merit and application denied—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.

DILWORTH v. CANADA (VETERANS AFFAIRS) (T-887-89, Joyal J., order dated 10/4/91, 5 pp.)

# DIGESTS

*Copies of the reasons for judgment may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Halifax, Montréal, Toronto and Vancouver.*

*Reasons for judgment digested are those not selected for full text or abridged publication in the Canada Federal Court Reports.*

## COPYRIGHT

Appeal from trial judgment, [1988] 2 F.C. 243, ordering expungement of copyright registrations for colour-coded labels used in filing systems—Labels affixed to file in colour sequence to facilitate location of file and identification of misfiling—Trial Judge holding designs not protectible by copyright as registrable under Industrial Design Act—Copyright Act, s. 46 providing Act not applicable to designs capable of being registered under Industrial Design Act—Amendment to Copyright Act adopted after trial judgment not facilitating interpretation of s. 46 as no evidence of context in which amendment adopted, nor of declaratory intention—Amendment expressly stating s. 46 and Industrial Design Act continuing to apply in respect of designs created before coming into force—Interpretation Act, s. 45(2) and (3) creating presumption amendment not implying change in law—Appeal dismissed—Label designs registrable under Industrial Design Act—To be registrable design must be “applied” to “ornamenting” of article—Trial Judge correctly holding “ornament” meaning to distinguish appearance of article—Not required to beautify article—Where over-all impression of individual designs imparts distinctions suggesting same origin, conception and purpose, there is sameness of design and therefore “single set”—Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30, ss. 40(4)(b), 46—Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 57(4)(b), 64—Industrial Design Act, R.S.C., 1985, c. I-9—Industrial Designs Rules, C.R.C., c. 964, R. 11—Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 45.

DATAFILE LTD. v. DRG INC. (A-1278-87, Décary J.A., judgment dated 21/2/91, 15 pp.)

## ENVIRONMENT

Application for order to enforce compliance with *mandamus* ((1989), 31 F.T.R. 1 (F.C.T.D.)) issued earlier requiring appointment of environmental review panel—Construction under way before panel appointed—Panel resigning—Construction continuing—Respondent searching out new panel members as hearing proceeding and announcing panel two days before judgment—Application dismissed but solicitor-client costs awarded to applicant—Court still seized of case—Minister obliged to ensure panel in place until review completed as long as work going on under Minister’s licence—Court will apply law even if review process already in tatters—Project

## ENVIRONMENT—Concluded

need not await panel report, but appointment of panel necessary to validity of licence—Environmental Assessment Review Guidelines Order, SOR/84-467, ss. 3, 12.

TETZLAFF v. CANADA (MINISTER OF ENVIRONMENT) (T-2230-89, Muldoon J., order dated 8/2/91, 12 pp.)

## IMMIGRATION

### DEPORTATION

Application to prohibit execution of deportation order until appeal therefrom dealt with by Immigration Appeal Division—Although Court having discretion to grant stays of deportation orders in proper cases (*Padda v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1988] 3 F.C. 147 (T.D.)), application must demonstrate serious question to be tried—Inappropriate to grant stay herein as appeal filed by applicant not within Appeal Division’s jurisdiction—Applicant not seeking to enter Canada—Remedy to seek leave to appeal validity of deportation order to Federal Court of Appeal pursuant to s. 82.1, i.e. to seek leave to commence s. 28 proceeding to challenge deportation order—Abuse of system if every individual subject to deportation order could, by merely filing appeal with Appeal Division obtain automatic stay of deportation order, regardless of merit of appeal—Application dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 17, 28—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 49(1)(c) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.)), c. 28, s. 16) 69.4(2) (as enacted *idem*, s. 18), 70(2)(b) (as am. *idem*), 82.1 (as enacted *idem*, s. 19).

HUSAIN v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-467-91, Reed J., order dated 5/3/91, 3 pp.)

### REFUGEE STATUS

Uncontradicted evidence before tribunal of numerous beatings, robbery, arrest, detention, other acts of cruelty and sexual assault on wife—Tribunal not making adverse finding of credibility—Applicant satisfying both subjective and objective components of test in *Rajudeen v. Minister of Employment and Immigration* (1984), 55 N.R. 129 (F.C.A.)—Conclusion supported by uncontradicted evidence incidents reported to

**IMMIGRATION—Concluded**

authorities who failed to assist applicant, and in some cases participated in incidents—Board erred in law in not holding applicant Convention refugee—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

KUMAR V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-576-89, Heald J.A., judgment dated 12/2/91, 2 pp.)

**MARITIME LAW**

Appeal from judgment ((1988), 49 D.L.R. (4th) 737 (F.C.T.D.)) dismissing action to limit owner's liability under Canada Shipping Act, s. 647(2) for damages arising out of collision of tow with bridge—Tow consisting of barge carrying 222 foot crane—Bridge 200 feet above water—Manager of related client company having estimated crane height at 150 feet—Officer of plaintiff having stated height as 200 feet for billing purposes—200 foot figure communicated to tugmaster—Dispatcher telling captain to use discretion as to whether barge safe to tow—Captain assuming crane set at safe height for journey—Whether plaintiff without fault because placed tug under command of tugmasters of experience and certified competence—Appeal dismissed—Pure matters of navigation generally left to captain's discretion—To get benefit of statutory limitation of liability, shipowner must ensure efficient management of ship—Appellant had no adequate system in place for dealing with problem of clearances—Determining height not a navigational skill—*British Columbia Telephone Company et al. v. Marpole Towing Limited* ([1971] S.C.R. 321) distinguished as accident there caused by negligence of captain in failing to follow established usage—Canada Shipping Act, R.S.C. 1970, c. S-9, s. 647(2).

CONTINENTAL BANK OF CANADA V. BRITISH COLUMBIA (A-497-88, Stone J.A., judgment dated 21/2/91, 17 pp.)

**PATENTS****PRACTICE**

Motion to strike paragraph of statement of defence alleging plaintiffs estopped from denying certain elements essential to invention because represented as integral to public during prosecution of patent—Application allowed—*Amfac Foods Inc. et al. v. Irving Pulp & Paper Ltd.* (1984), 80 C.P.R. (2d) 59 (F.C.T.D.) applied: patentee and potential infringers bound by terms of patent as issued—Patent infringement not excused by invoking other words submitted by patentee in prosecuting patent application—At law not entitled to rely on such "representations" in place of words of patent—*Samsonite Corp. v. Holiday Luggage Inc.* (1988), 20 C.P.R. (3d) 291 (F.C.T.D.), wherein U.S. and Canadian file wrappers admitted to indicate what prior art had been before examiners, not to determine scope of patent, indicating such evidence of little weight—In Canadian law, patentee not estopped by statements made by him in prosecuting patent application.

P.L.G. RESEARCH LTD. V. JANNOCK STEEL FABRICATING CO. (T-91-90, Strayer J., order dated 2/5/91, 6 pp.)

**PATENTS—Concluded**

Appeal from Commissioner of Patent's decision granting compulsory licence to respondent—Appellant seeking to have licence referred back to Commissioner for reconsideration of royalty rate as application unsupported by evidence—Also seeking oral hearing to present evidence—Commissioner having no evidence as to material facts upon which to fix royalty having regard to due reward for research leading to invention—Must reconsider royalty—Under no obligation to hold oral hearing to remedy respondent's failure to serve counterstatement in time—Matter entirely within his discretion—Appeal allowed and matter referred back to Commissioner.

IMPERIAL CHEMICAL INDUSTRIES PLC V. NOVOPHARM LTD. (A-151-87, Mahoney J.A., judgment dated 27/3/91, 4 pp.)

**PRACTICE****JUDGMENTS AND ORDERS***Default Judgment*

Statement of claim alleging wrongful dismissal—R. 433 permitting application for judgment after expiration of 30 days fixed by R. 402 (from date of service of statement of claim)—Motion not premature, applying rules for computation of time set out in Interpretation Act, s. 25 and adopted in R. 3—Although government should abide by rules prescribed for citizenry, inappropriate to exercise discretion to grant default judgment as (1) assessment of damages requiring extensive reference almost comparable to trial; (2) 30-day period encompassing Christmas and New Year's statutory holidays; (3) as plaintiff drafting own statement of claim, difficult to plead to—Also inappropriate to strike statement of claim at this stage—Motion to strike may be more appropriate after discoveries, depending upon facts disclosed—Defendant granted seven days to file statement of defence—Federal Court Rules, C.R.C., c. F-7, RR. 3, 402(2), 433(1)—Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 25.

HODSON V. CANADA (T-3267-90, Reed J., orders dated 13/3/91, 5 pp.)

*Reversal or Variation*

Application under R. 469(5) to vary terms for security set out in earlier order—Co-inventors of process for refurbishing asphalt paved road surfaces equal shareholders in plaintiff company—Plaintiff Rorison buying out defendant Wiley—Notwithstanding buy-out agreement including ownership of patent, defendant attacking validity of proposed patent—Once patent received, plaintiffs commencing action for patent infringement and interim injunction—Injunction denied but defendants required to deposit 12 1/2% of all income received from paving and 25% of sale price of any machine in special interest-bearing trust account until final judgment—Court may amend terms of injunction where facts and circumstances so changed, no longer valid: *Canadian Tire Corp. v. Pit Row Services Ltd.* (1987), 19 C.P.R. (3d) 230 (F.C.T.D.)—Defendants arguing reduced

**PRACTICE—Concluded**

revenue from paving and delay of trial constituting changed circumstances—Unlikely defendants will survive financially to have day in Court if terms not varied—As plaintiffs having arguable case, not judgment, defendants allowed full access to profit from recent sale of paving equipment—Plaintiffs' security protected by refusing defendants access to \$200,000 trust fund—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 469(5).

R.W. BLACKTOP LTD. v. ARTEC EQUIPMENT CO. (T-859-90, Dubé J., order dated 22/2/91, 8 pp.)

**REPRESENTATION BY ATTORNEY OR SOLICITOR**

Motion by plaintiffs to have defendant's solicitor removed from record—Motion dismissed—Disqualifying conflict of interest only where solicitor-client relationship or confidential information conveyed on clear understanding not to be used against party—Plaintiffs having acquiesced in solicitor's acting for defendants.

TITAN LINKABIT CORP. v. S.E.E. SEE ELECTRONIC ENGINEERING INC. (T-129-91, Pinard J., order dated 22/4/91, 4 pp.)

**TELECOMMUNICATIONS**

Motion to strike statement of claim on grounds Court's jurisdiction ousted by Federal Court Act, s. 29 and plaintiff's action abuse of process—Whether "resellers" of telecommunications services "companies" within Railway Act and subject to regulations by Commission—Attorney General claiming matter already decided by Commission—Plaintiff seeking declaration resellers "companies" under Act—Commission ruling statutory mandate not including regulation of enhanced services providers and resellers not "companies" within Railway Act, s. 334—Plaintiff failing to take advantage of provisions of National Telecommunications Powers and Procedures Act to have CRTC decision reviewed—Matter already decided by Commission—Clear from case law matter not dealt with by way of action—Court lacking jurisdiction—Motion granted—Railway Act, R.S.C., 1985, c. R-3, ss. 334, 335(1),(2)—National Telecommunications Powers and Procedures Act, R.S.C., 1985, c. N-20, ss. 49(1),(3), 66, 67, 68(1)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 29.

TELECOMMUNICATIONS WORKERS' UNION v. CANADA (RADIO-TELEVISION AND TELECOMMUNICATIONS COMMISSION) (T-2911-90, Dubé J., order dated 8/3/91, 7 pp.)

# FICHES ANALYTIQUES

On peut demander une copie des motifs de jugement au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Halifax, Montréal, Toronto et Vancouver.

Les fiches analytiques sont les résumés des motifs de jugement qui n'ont pas été choisis pour publication intégrale ou publication sous forme abrégée dans les Recueils des arrêts de la Cour fédérale du Canada.

## ANTIDUMPING

Demande de *certiorari*, de *mandamus* et de bref de prohibition fondée sur l'art. 18—Des droits antidumping s'élevant à 82 221,08 \$ ont été établis contre TIC/V pour le motif qu'il était le véritable importateur de certains moteurs électriques—L'intimé a informé les avocats de TIC de son intention d'étudier les importations de moteurs afin de faire une révision conformément à l'art. 57b) de la Loi sur les mesures spéciales d'importation—Question de savoir si TIC/V ou l'une des autres requérantes est le véritable importateur au Canada de moteurs importés, au sens de la LMSI—TIC a soutenu qu'elle était le véritable importateur des moteurs plutôt que les cinq autres requérantes—L'objet de la décision fondée sur l'art. 57 est limité—Une révision, en vertu de l'art. 57, ne permet pas de juger que l'une des personnes est l'importateur—La question doit être tranchée en vertu de l'art. 89(1) de la Loi et non de l'art. 57—Exclusivité de la compétence du Tribunal de déterminer l'identité de l'importateur, dans les circonstances de l'espèce—Demande de *certiorari* et de *mandamus* accueillie, demande de bref de prohibition rejetée—Loi sur les mesures spéciales d'importation, L.R.C. (1985), chap. S-15, art. 57 (mod. par S.C. 1986, chap. 1, art. 202), 89(1).

WELWOOD OF CANADA LTD. c. CANADA (SOUS-MINISTRE M.R.N., DOUANES ET ACCISE) (T-2864-90, juge Martin, ordonnance en date du 1-2-91, 12 p.)

## ASSURANCE-CHÔMAGE

Demande fondée sur l'art. 28 en vue de l'examen d'une décision dans laquelle la Cour de l'impôt avait déterminé la façon de calculer la période de référence—Compétence de la Cour de l'impôt—Demande accueillie—La Cour de l'impôt n'est pas compétente pour décider comment la période de référence doit être calculée—La Cour de l'impôt doit uniquement rendre la décision que le ministre aurait dû rendre.

CANADA c. CYR (A-473-90, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 24-1-91, 2 p.)

## BREVETS

Injonction—Demande d'injonction interlocutoire interdisant des ventes—Action en contrefaçon de brevet—La défenderesse conteste l'originalité—Question de savoir si la date pertinente est celle de la création ou celle de l'enregistrement—Demande

## BREVETS—Fin

rejetée—Il est dangereux pour la Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour accorder une injonction dans des cas comportant des questions complexes de fait—Il incombe à la requérante d'établir l'existence d'un préjudice irréparable—Les dommages sont quantifiables, la défenderesse s'étant engagée à prendre en note les ventes—La demanderesse ne demande pas d'injonctions contre les autres compétiteurs qui commercialisent un produit similaire.

BAZZ INC. c. DISTRIBUTIONS NADAIR INC. (T-453-90, juge Rouleau, ordonnance en date du 28-12-90, 3 p.)

## COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

### SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance rayant le nom du défendeur individuel à titre de partie défenderesse dans une action en congédiement illicite—Le défendeur individuel est président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié—Le demandeur est membre de la Commission—Le demandeur a été congédié—Question de savoir si la nomination en vertu de la Loi sur l'immigration est fondée sur «un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence»: *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752—Demande accueillie—L'art. 17(5)b) de la Loi sur la Cour fédérale ne confère pas à la Cour la compétence sur les actions de nature délictuelle intentées contre des particuliers pour des actes commis dans l'exercice de leurs fonctions, en vertu du droit fédéral—Les demandes de nature délictuelle relèvent du droit provincial—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 17(5)b).

HENDRICKS c. FAIRWEATHER (T-2736-90, juge Denault, ordonnance en date du 18-1-91, 5 p.)

## CONTRÔLE JUDICIAIRE

La requérante demande une injonction interdisant à la Commission canadienne des droits de la personne de présenter une plaidoirie ou de se défendre contre l'action intentée contre elle—Elle demande également que la décision rejetant sa plainte en matière de droits de la personne soit annulée, qu'il soit ordonné à la défenderesse d'examiner la plainte et qu'un

**CONTRÔLE JUDICIAIRE—Fin**

*mandamus* ordonnant au procureur général d'enquêter sur les accusations de fraude et d'abus de pouvoir par la défenderesse soit accordé—La requérante demande en outre qu'il soit déclaré que la Commission a excédé sa compétence—Les allégations de la demanderesse sont générales, mais libellées en des termes génériques—La chose n'est pas conforme aux règles normales de plaidoirie—Peu de faits ont été divulgués—La Commission ne peut pas se défendre—Demande rejetée.

JENNINGS C. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (T-2544-90, juge Joyal, ordonnance en date du 8-2-91, 4 p.)

**DEMANDES D'EXAMEN**

Demande présentée en vertu de l'art. 28 à la suite d'une décision de la Cour de l'impôt—Le juge de la Cour de l'impôt n'a commis aucune erreur de droit en décidant que le contrat passé entre la requérante et l'intervenant était implicitement un contrat de louage de services au sens de l'art. 3(1*a*) de la Loi sur l'assurance-chômage—Demande rejetée—Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, chap. 48, art. 3(1*a*).

SEYMOUR DRYWALL (1979) LTD. C. M.R.N. (A-40-90, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 13-12-90, 2 p.)

Demande présentée en vertu de l'art. 28 en vue de faire examiner et infirmer la décision que l'arbitre avait rendue, à savoir que l'enquête relative à l'intimé McVey serait tenue à huis clos—Avis de requête dans lequel on demande que la preuve en vue de la décision soit modifiée par l'adjonction de la bande magnétoscopique et de la transcription de l'émission de la CBC intitulée «The Fifth Estate», diffusée le 6 novembre 1990, y compris la partie comprenant les interviews avec l'intimé McVey—La preuve dont l'adjonction est demandée n'existait pas le 18 octobre 1990, au moment où l'arbitre a rendu sa décision—Il ne s'agit pas d'une affaire dans laquelle la preuve dont on demande l'adjonction existait, mais a été découverte par la suite seulement—Conformément à l'art. 35(1) de la Loi sur l'immigration, l'arbitre a le pouvoir de rouvrir l'enquête en vue de l'audition et de la réception de tout élément de preuve additionnel—La demande en vue d'ajouter la preuve doit être présentée devant l'arbitre, et non devant la Cour d'appel—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 29(3), 35(1)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

PACIFIC PRESS LTD. C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-1026-90, juge Heald, J.C.A., ordonnance en date du 12-12-90, 4 p.)

**COURONNE**

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance radiant la déclaration—Des bovins avaient été détruits conformément aux directives du ministre de l'Agriculture—Il est allégué que l'ordonnance de détruire était illicite en ce sens que les conditions établies à l'art. 11(1) de la Loi sur les maladies et la protection des animaux n'ont pas été satisfaites—Les demandeurs

**COURONNE—Fin**

ont été indemnisés en vertu de l'art. 12 de la Loi—Trois des demandeurs ont fait faillite après avoir intenté l'action—Ils ont depuis lors été libérés—Le syndic a refusé de poursuivre le litige—L'art 4(1) de la Loi sur la responsabilité de la Couronne prévoit qu'aucune poursuite ne peut être engagée contre la Couronne lorsqu'une indemnité a été versée—Question de savoir si l'action intentée par les demandeurs est recevable—Question de savoir si les demandeurs mis en faillite peuvent continuer à être parties—Demande rejetée—La Loi sur la responsabilité de la Couronne empêcherait une demande portant simplement sur le montant de l'indemnité, mais la Loi n'empêche pas une action au sujet de la légalité d'un acte de l'État—La cause d'action du failli est dévolue au syndic, étant donné qu'il s'agit d'un bien en vertu de la Loi sur la faillite—Le juge du procès pourra régler la question de la qualité pour agir, étant donné que le fait que ces demandeurs sont désignés à titre de parties ne présente aucun inconvénient—Examen des affaires portant sur la qualité pour agir des faillis—Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, chap. C-38, art. 4(1).

LANGILLE C. CANADA (MINISTRE DE L'AGRICULTURE) (T-2088-80, juge MacKay, ordonnance en date du 8-1-91, 14 p.)

Claims miniers—Le demandeur demande une déclaration selon laquelle huit claims miniers connus sous le nom de claims Queen 9-16 sont valides en vertu de l'art. 12.1 de la Loi sur l'extraction du quartz dans le Yukon ainsi que des dommages-intérêts—Le défendeur nie que les claims aient été légalement jalonnés et enregistrés—Le témoin du défendeur a témoigné au sujet de la procédure d'enregistrement—La preuve montre que les claims ont été jalonnés et identifiés par le demandeur le 17 juin 1970; cependant, ils n'ont pas été enregistrés à son nom le 22 juin 1970—L'art. 12.1 de la Loi invoqué par le demandeur ne s'applique pas—La proximité d'autres claims localisés par le même requérant ne constitue plus un motif de considérer que l'enregistrement n'est pas valide même s'il a eu lieu avant la date de l'adoption de la disposition—Le registraire a eu raison de refuser l'enregistrement en vertu de l'ancien art. 12(2)—Action rejetée—Loi sur l'extraction du quartz dans le Yukon, L.R.C. (1985), chap. Y-4, art. 12 (mod. par S.C. 1984, chap. 10, art. 1).

TURNER C. CANADA (T-1856-88, juge suppléant Addy, jugement en date du 16-1-91, 7 p.)

**DOUANES ET ACCISE****LOI SUR LA TAXE D'ACCISE**

Appel de la décision dans laquelle le ministre a refusé d'accorder une exemption de la taxe de vente fédérale à l'égard de plaques de fermes en acier galvanisé fabriquées par la demanderesse—Les plaques sont vendues aux fabricants de fermes de bois—Question de savoir si les plaques de fermes sont exemptées à titre d'acier de construction ouvré pour bâtiments en vertu de l'art. 26(4*d*) de la Loi sur la taxe d'accise—Appel rejeté—Les plaques servent à la même fonction que les attaches qui sont imposables—L'art. 26(4*d*) de la Loi prévoit un redressement lorsqu'il y a inégalité grave sur le plan de la concurrence entre les marchandises fabriquées à l'extérieur et celles qui sont



**DOUANES ET ACCISE—Fin**

fabriquées sur les chantiers de construction—Il incombe à la contribuable d'établir qu'elle a le droit d'être exemptée d'une loi fiscale d'application générale—Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1970, art. 26(4)d).

JAGER INDUSTRIES INC. C. CANADA (T-768-88, juge suppléant Addy, jugement en date du 21-1-91, 5 p.)

**LOI SUR LES DOUANES**

Appel d'une ordonnance de la Section de première instance [(1989), 31 F.T.R. 104] rejetant la demande présentée par l'appelante en vue de l'obtention d'une ordonnance de la nature d'un *certiorari* annulant la décision prise par le ministre intimé, conformément à l'art. 163 de la Loi sur les douanes—La Section de première instance a eu raison de conclure qu'avant que l'intimé eût pris sa décision, l'appelante avait obtenu suffisamment de renseignements pour préparer sa cause—Appel rejeté—Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, chap. C-40, art. 163.

PAC STAINLESS LTD. C. M.R.N. (A-403-89, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 5-12-90, 2 p.)

**DROIT D'AUTEUR****CONTREFAÇON**

Requête en prohibition visant à empêcher la Commission du droit d'auteur de prendre des mesures au sujet du tarif soumis par l'intimée pour des services autres que la radiodiffusion—La requérante est une association de câblodistributeurs—Les exploitants de systèmes de câblodiffusion transmettent aux abonnés des services autres que la radiodiffusion—97 % des abonnements visent des résidences privées et des immeubles d'habitation et 3 % visent des immeubles commerciaux, et notamment des hôtels et restaurants—Selon l'art. 3(1) de la Loi sur le droit d'auteur, le droit d'auteur est le droit exclusif «d'exécuter . . . en public . . . l'œuvre» et «de communiquer au public par télécommunication une œuvre»—La Loi exige que les sociétés de droit d'exécution déposent un projet de tarif; elle prévoit l'approbation de la Commission, après l'examen des oppositions—L'intimée est une société de droit d'exécution qui a déposé un projet de tarif de redevances pour les services autres que la radiodiffusion—Question de savoir si la transmission par câble est une «exécution en public»—Question de savoir s'il s'agit d'une communication au public—Question de savoir si la Commission du droit d'auteur a le droit d'interpréter la Loi et de décider de sa propre compétence—Demande rejetée—Les tribunaux ont compétence, sous réserve de l'examen judiciaire, pour trancher les questions de droit et de fait nécessaires en vue d'une décision—La communication de l'œuvre n'est pas limitée à une représentation graphique, mais comprend la communication de l'exécution de l'œuvre—Les télécommunications comprennent la transmission par câble—On peut communiquer au public au moyen de communications individuelles simultanées à de nombreuses personnes en différents endroits—Le fait d'être télédiffusé constitue une «exécution»—Le câblodistributeur

**DROIT D'AUTEUR—Fin**

autorise l'exécution en fournissant le signal—L'exécution de l'œuvre au moyen de téléviseurs installés dans des endroits ouverts au public constitue une exécution en public—L'utilisation de téléviseurs dans des maisons privées ne constitue pas une exécution en public—Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), chap. C-42, art. 3(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 10, art. 2; L.C. 1988, chap. 65, art. 62).

ASSOC. CANADIENNE DE TÉLÉVISION PAR CÂBLE C. CANADA (COMMISSION DU DROIT D'AUTEUR) (T-1662-90, juge Strayer, ordonnance en date du 16-1-91, 25 p.)

**DROIT MARITIME**

Privilèges et hypothèques—Demande présentée par la demanderesse en vue de l'obtention d'une ordonnance au sujet des droits respectifs que possèdent la demanderesse et l'intervenante sur le produit de la vente d'un navire conformément à la Règle 1008(2)—Demande présentée par l'intervenante en vue de l'obtention de l'autorisation, en vertu de la Règle 466.1, de signifier des interrogatoires et d'obtenir un ajournement tant que des réponses n'auront pas été données aux interrogatoires—La demanderesse détient une hypothèque sur le navire défendeur—L'hypothèque n'a pas été remboursée—L'intervenante a effectué des travaux de réparation—La créancière hypothécaire sait que le navire est en cale sèche, mais non qui doit effectuer les travaux—Le solde dû sur l'hypothèque excède le produit de la vente—Au moment de la comparaison, des réponses avaient été données aux interrogatoires—Question de savoir si le fournisseur de biens et services nécessaires a priorité sur la créancière hypothécaire—La demande en vue de l'obtention d'une ordonnance concernant les interrogatoires est rejetée—Ordonnance selon laquelle la demanderesse a droit au produit de la vente—Le paiement des services fournis n'était pas garanti par le navire—L'ordre habituel de priorité n'est modifié que s'il est clairement prouvé que le créancier hypothécaire savait d'avance que des travaux étaient effectués—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 466.1, 1008(2).

BANQUE CANADIENNE IMPÉRIALE DE COMMERCE C. ORION EXPEDITOR (T-2421-90, juge MacKay, ordonnance en date du 27-12-90, 9 p.)

**PRATIQUE**

Requête présentée pour le compte du défendeur en vue de l'obtention d'une ordonnance visant à rescinder le mandat de la Cour, à radier la déclaration et à annuler le mandat, à rejeter l'action et à adjuger les dépens aux défendeurs—Il ressort de l'examen des Règles 419f) et 341 ainsi que la documentation produite que l'action n'est absolument pas fondée, qu'elle est tout à fait futile et qu'il n'y a aucune chance qu'il y soit fait droit—Obliger les défendeurs à engager des frais pour se défendre contre la demande serait un emploi abusif de la procédure

**DROIT MARITIME—Fin**

de la Cour—Requête accueillie—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 341, 419f).

BOURHILL C. PRINCESS MARGUERITE (LE) (T-3105-90, juge Reed, ordonnance en date du 19-12-90, 2 p.)

**ENVIRONNEMENT**

Exportation de BPC—Demande en vue de l'obtention d'une injonction interlocutoire exemptant la demanderesse de l'application du règlement interdisant l'exportation de BPC adopté en vertu de la Loi canadienne sur la protection de l'environnement—Action en vue d'obtenir un jugement déclaratoire selon laquelle le règlement est *ultra vires*—L'art. 34(1) de la Loi autorise le gouverneur en conseil à adopter des règlements interdisant l'exportation de certaines substances—La demanderesse doit mettre fin à ses activités—Question de savoir si le règlement va à l'encontre des art. 42 à 45 de la Loi concernant l'exportation de déchets toxiques—Question de savoir si le règlement va à l'encontre de la Loi sur le transport des marchandises dangereuses—Demande rejetée—Les art. 42 à 45 s'appliquent uniquement aux substances énumérées à l'annexe II—La Loi sur le transport des marchandises dangereuses régit le transport et non l'exportation—Loi canadienne sur la protection de l'environnement, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 16, art. 34(1) (mod. par L.C. 1989, chap. 9, art. 2), 42 à 45—Loi sur le transport des marchandises dangereuses, L.R.C. (1985), chap. T-19.

PROVIROTECT INC. C. CANADA (MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT) (T-3155-90, juge Rouleau, ordonnance en date du 27-12-90, 3 p.)

**FONCTION PUBLIQUE****APPELS**

Demande présentée en vertu de l'art. 28 de la Loi sur la Cour fédérale à la suite de la décision par laquelle le comité d'appel avait accueilli un appel contre une nomination proposée—L'intimé s'est classé deuxième dans le concours—Une liste d'admissibilité sur laquelle figurait le nom de l'autre candidat seulement a été dressée—Le comité d'appel avait accueilli le premier appel pour le motif que le candidat reçu n'avait pas l'autorisation de sécurité—L'autorisation a été obtenue—Une seconde liste d'admissibilité sur laquelle figurait le même nom a été dressée—Le comité d'appel a accueilli le second appel pour le motif que les connaissances du requérant avaient considérablement augmenté au cours de la période de plus d'un an qui s'était écoulée depuis l'évaluation initiale—Question de savoir si le comité d'appel peut admettre la preuve d'un fait après l'établissement de la liste d'admissibilité—Demande rejetée—Les éléments de preuve qui tendent à montrer qu'une liste est fondée sur des données périmées va à l'encontre du principe du mérite—Le poids de la preuve est une question de fait qui relève du comité.

CANADA C. MACKINTOSH (A-116-90, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 8-1-90, 3 p.)

**FONCTION PUBLIQUE—Fin****COMPÉTENCE**

Appel d'un jugement ([1989] 3 C.F. 507 (1<sup>re</sup> inst.)) dans lequel il a été jugé que la politique du Conseil du Trésor concernant l'interdiction de fumer sur les lieux du travail est valide—Appel rejeté.

JOURDAIN C. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (A-429-89, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 6-2-91, 1 p.)

**IMMIGRATION**

Requête en vue de l'obtention d'une déclaration, d'un *certiorari*, d'un bref de prohibition et d'un *mandamus* concernant les problèmes d'immigration du requérant—Autorisation de procéder conformément à l'art. 82.1 de la Loi sur l'immigration requise avant que la demande fondée sur l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale puisse être traitée—Il incombe au requérant d'établir qu'il existe un motif raisonnable d'accorder l'autorisation de donner suite à la procédure—Autorisation rejetée—La demande d'autorisation a été présentée en dehors des délais—Le requérant n'est pas privé des droits que lui confère la Loi sur l'immigration si l'enquête menée en vertu des art. 19(2)a) et 27(2)a) continue—Si une ordonnance conditionnelle de renvoi est finalement rendue, elle ne prend effet qu'après l'examen de la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention—Si une ordonnance de renvoi est rendue, le requérant peut demander l'autorisation d'interjeter appel en vertu de l'art. 28 de la Loi sur la Cour fédérale—Il n'y a pas eu d'injustice ni de violation des principes de justice naturelle aux audiences relatives à l'enquête—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18, 28—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 19(2)a), 27(2)a), 32.1(6) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 12), 82.1 (édicte, idem, art. 19; mod. par L.C. 1990, chap. 8, art. 53).

COLISEUM C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (90-T-827, juge suppléant Walsh, ordonnance en date du 23-1-91, 5 p.)

Demandes d'annulation des décisions dans lesquelles les agents d'immigration ont conclu à l'insuffisance des raisons d'ordre humanitaire justifiant l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au gouverneur en conseil par l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration, afin de permettre aux requérants de demander la résidence permanente depuis le Canada—Les deux requérants allèguent l'illégalité inhérente aux décisions pour le motif (1) que l'exercice du pouvoir discrétionnaire a été indûment entravé par les lignes directrices, par les directives des supérieurs ou par des restrictions que les agents se sont eux-mêmes imposées et (2) que le régime est illégal par suite d'une délégation illicite du pouvoir du gouverneur en conseil et de l'utilisation de lignes directrices qui sont en conflit avec la Loi et le Règlement—Une mesure prise en vertu de l'art. 114(2) est fondée sur deux motifs à savoir les raisons d'intérêt public et les raisons d'ordre humanitaire, lesquelles sont des raisons distinctes—Dans *Yhap c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 1 C.F. 722 (1<sup>re</sup> inst.), la Cour a jugé que l'interprétation par les agents d'immigration de ce qui constitue une raison d'ordre humanitaire en ce qui concerne les personnes

## IMMIGRATION—Suite

dont le cas fait partie de l'arriéré constitue une entrave invalide au pouvoir discrétionnaire prévu par l'art. 114(2), mais que les lignes directrices sont permises dans la mesure où il s'agit d'une déclaration de principe général ou de règles empiriques générales—Les nouvelles lignes directrices adoptées par la suite par le ministre ont une importance primordiale—Elles ne peuvent pas être considérées comme exhaustives et définitives—Les lignes directrices constituant une déclaration selon laquelle les facteurs économiques et relatifs à l'établissement n'entrent pas normalement en ligne de compte lorsqu'il s'agit de faire une recommandation favorable fondée sur des raisons d'ordre humanitaire n'entravent pas indûment le pouvoir discrétionnaire des agents d'immigration—Selon la preuve, les préposés aux entrevues n'ont pas refusé de prendre en considération les facteurs économiques et relatifs à l'établissement, mais leur ont accordé peu de poids—Les lignes directrices au sujet des situations concernant les familles laissent un pouvoir discrétionnaire adéquat à l'agent d'immigration—Il est impossible de prétendre que chaque fois qu'un agent prend une décision en se fondant sur un facteur qu'il juge approprié, il entrave son pouvoir discrétionnaire en ne s'appuyant pas sur un autre facteur qu'il ne considère pas comme approprié—Il n'y a rien à critiquer dans la notion de préjudice injustifié étant donné que le critère visant à déterminer si le retour au pays d'origine doit être imposé, compte tenu des raisons d'ordre humanitaire n'est pas requis—La Cour n'a pas, en appel, à examiner les conclusions défavorables tirées au sujet des allégations de torture au Chili faites par Vidal—L'agent n'a pas considéré que la prétention de Dadwah justifiait de conclure à un préjudice injustifié—Décision concernant Dadwah annulée pour le motif que l'agent n'avait pas le droit de rejeter le cas du seul fait qu'il n'était pas visé par les lignes directrices—Traitement spécial concernant les résidents de fait en situation administrative irrégulière par les agents d'immigration—La différence fondamentale entre les raisons d'ordre humanitaire et les raisons d'intérêt public mentionnées à l'art. 114(2) est fondée sur le contenu objectif de ces expressions—Il est légitime pour le ministre de faire des recommandations au gouverneur en conseil, au moyen de lignes directrices, au sujet des «raisons d'intérêt public»—Les lignes directrices permettent donc au gouverneur en conseil, pour des raisons d'intérêt public, de dispenser une personne des autres règlements—Les mesures particulières prises dans le cas des résidents de fait en situation administrative irrégulière ne privent personne de ses droits—Il est inconcevable que le législateur ait voulu que le gouverneur en conseil examine chaque demande—Le rôle du ministre et les lignes directrices sont en harmonie avec l'intention du législateur—Il n'a pas été prouvé que les lignes directrices sur l'intérêt public sont incompatibles avec la Loi sur l'immigration ou qu'elles sont déraisonnables—La demande de Vidal est rejetée; il est fait droit à la demande de Dadwah—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 9(1), 114(2)—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172.

VIDAL C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-3080-90, juge Strayer, ordonnance en date du 30-1-91, 28 p.)

Demande de *certiorari* annulant la décision selon laquelle il n'y avait pas suffisamment de motifs d'ordre humanitaire pour accepter la demande de résidence permanente—La requérante,

## IMMIGRATION—Suite

une citoyenne de Trinité-et-Tobago, est entrée au Canada à titre de visiteur après qu'elle eut présenté sans succès deux demandes en vue d'être admise à titre d'immigrante ayant reçu le droit d'établissement—Elle a immédiatement revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention—Elle est demeurée au Canada après l'expiration de son visa de visiteur—Son cas fait partie du programme d'élimination de l'arriéré—Elle a produit des lettres et des documents à l'appui de sa demande à l'entrevue destinée à déterminer si elle était dispensée de l'obligation de demander un visa à l'extérieur du pays pour le motif qu'il existait des raisons d'ordre humanitaire—L'agent d'immigration a aidé la requérante à remplir les formulaires et à obtenir des renseignements supplémentaires au sujet de ses relations familiales et de la situation économique à Trinité—La requérante a été informée qu'il lui incombait de fournir à l'agent les motifs d'ordre humanitaire qui existaient—L'agent d'audience est habilité à exercer son pouvoir discrétionnaire et, s'il a exercé celui-ci de bonne foi, sans être influencé par des raisons non pertinentes, et d'une manière non arbitraire ou illégale, la Cour ne peut pas intervenir, bien qu'elle eût exercé autrement son pouvoir discrétionnaire—L'agent a agi équitablement—La requérante connaissait ses droits, et pourtant elle a décidé de ne pas être représentée à l'entrevue—L'agent possédait tous les renseignements nécessaires pour prendre sa décision—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 114—Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié, DORS/90-4, art. 3(1).

RAJPAUL C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-3289-90, juge Cullen, ordonnance en date du 24-01-91, 10 p.)

Appel d'un jugement ((1989), 8 Imm. L.R. (2d) 237 (1<sup>re</sup> inst.)) dans lequel la Section de première instance a rejeté la demande du requérant visant à faire annuler la décision par laquelle on lui avait refusé la résidence permanente à titre de parent aidé—L'agent des visas a conclu que le requérant n'avait pas l'expérience requise pour l'emploi qu'il avait désigné à titre de profession envisagée—Les notes d'entrevue ont été jointes à l'affidavit d'un autre agent qui ne connaissait pas les faits—Question de savoir si l'agent est tenu d'évaluer l'expérience effective, lorsque l'appellation de l'emploi ne correspond pas à une appellation de la Classification canadienne descriptive des professions—Appel rejeté—L'agent des visas est tenu d'évaluer l'expérience professionnelle du requérant par rapport à la profession envisagée et à toute autre profession mentionnée par ce dernier—Il n'est pas tenu compte de la valeur probante des notes d'entrevue—La conclusion du juge de première instance est soutenable sur le seul fondement de l'affidavit du requérant—Appel rejeté.

FUNG C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-222-89, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 8-1-91, 4 p.)

Appel du jugement ((1989), 8 Imm. L.R. (2d) 273 (C.F., 1<sup>re</sup> inst.)) dans lequel la Section de première instance avait rejeté la demande de *certiorari* et de *mandamus* présentée à la suite de la décision qu'avait prise l'agent des visas de refuser le droit d'établissement au requérant à titre d'immigrant indépendant—Le requérant allègue que l'agent des visas a uniquement tenu compte de l'expérience acquise dans son emploi le plus

## IMMIGRATION—Suite

récent, qu'il n'a pas tenu compte de son expérience antérieure et qu'il ne l'a évalué que pour une seule catégorie professionnelle, et non pour d'autres catégories à l'égard desquelles il allègue être qualifié—Les notes de l'agent des visas ont été jointes à l'affidavit d'un autre agent qui les a identifiées, mais qui n'a pas attesté la véracité de leur contenu et qui n'aurait pas pu le faire—Appel accueilli—La proposition selon laquelle les normes de preuve ne devraient pas s'appliquer au témoignage des agents des visas au sujet d'entrevues n'est pas appuyée en droit et ne se justifie par aucun véritable inconvénient—Le juge de première instance a fondé sa décision sur des conclusions de fait non appuyées par la preuve—L'agent des visas a l'obligation d'apprécier le requérant en fonction de l'occupation pour laquelle il prétend posséder les qualités requises et qu'il est prêt à exercer.

GAFFNEY C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-253-89, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 8-1-91, 6 p.)

Appel de la décision ((1989), 8 Imm. L.R. (2d) 261) dans laquelle la Section de première instance avait rejeté les demandes de *certiorari* et de *mandamus* présentées à la suite d'une décision dans laquelle le requérant s'était vu refuser le droit d'établissement à titre d'immigré indépendant—Le requérant a vingt ans d'expérience à titre de directeur et de copropriétaire d'hôtels comptant 60 employés—Il a demandé à être évalué à titre d'agent de personnel—Un refus lui a été opposé pour le motif qu'il n'était pas qualifié ou qu'il n'avait pas d'expérience dans le domaine de la gestion du personnel—L'agent a refusé de l'admettre à titre de directeur d'hôtel, faute de demande—Appel rejeté—La question de savoir si le requérant est qualifié pour exercer une occupation particulière est purement une question de fait qui relève de l'agent des visas—L'agent a examiné la bonne question et sa conclusion n'est pas manifestement déraisonnable.

LIM C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-351-89, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 8-1-91, 4 p.)

## EXPULSION

Demande en vue de faire radier la déclaration—Le demandeur est entré au Canada depuis les États-Unis après avoir quitté le Liban—On lui a refusé le statut de réfugié au sens de la Convention—Le demandeur a invoqué le moratoire du gouvernement concernant les expulsions du Canada au Liban—Question de savoir si le fait d'expulser le requérant aux États-Unis, où il risque d'être retourné au Liban, constitue une violation de la Charte—Demande accueillie—Aucune cause raisonnable d'action—Il n'y a pas déni des règles de justice concernant la procédure en vertu de l'art. 7 de la Charte lorsqu'il est légitimement décidé que le requérant n'est pas un réfugié—Il n'y a pas déni des règles de justice fondamentale concernant le fond lorsque des mesures d'expulsion sont prises contre une personne qui n'a pas le droit d'être au Canada—Le fait que le résultat est différent pour les personnes qui arrivent au Canada en passant par un troisième pays, par opposition à celles qui viennent directement de leur pays d'origine, n'est pas un motif

## IMMIGRATION—Suite

analogue aux motifs de discrimination interdits par l'art. 15 de la Charte.

EL-KHOURY C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-2674-90, juge Strayer, ordonnance en date du 11-1-91, 3 p.)

Appel de la décision dans laquelle la Commission d'appel de l'immigration avait rejeté l'appel contre une ordonnance de renvoi—Il avait été ordonné qu'un résident permanent soit expulsé à la suite de la perpétration d'une infraction punissable par au moins cinq ans de prison, et pour laquelle celui-ci avait été condamné à plus de six mois de prison—Réfugié au sens de la Convention—Question de savoir si les art. 32(2) et 55c) de la Loi sur l'immigration vont à l'encontre des art. 7 et 12 de la Charte—Question de savoir si l'expulsion viole l'art. 33 de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés—Appel rejeté—L'expulsion n'est pas une punition, ni un traitement cruel et inusité au sens de l'art. 12 de la Charte; le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7 n'est pas violé lorsque le résident permanent perd le droit de demeurer au Canada parce qu'il a commis une infraction grave: *Chiarelli c. Canada*, [1990] 2 C.F. 299 (C.A.F.)—L'art. 33 de la Convention des Nations Unies sur les réfugiés permet l'expulsion du réfugié qui a été déclaré coupable d'une infraction particulièrement grave—Loi sur l'immigration, S.C. 1976-77, chap. 52, art. 32(2), 47(2), 55c) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), art. 17)—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 12—Convention des Nations-Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 33.

HOANG C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-220-89, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 30-11-90, 9 p.)

## PRATIQUE

Demande de radiation—Action en vue de l'obtention d'un jugement déclaratoire selon lequel le requérant a été privé des droits reconnus par la Charte—Demande d'injonction interlocutoire empêchant le ministre de prendre des mesures pour que le requérant soit renvoyé du Canada—Aucune mesure d'expulsion n'a été prise—La validité de la Loi n'est pas remise en question—La Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—La Cour d'appel fédérale a refusé l'autorisation d'interjeter appel—Demande de radiation accordée—Action rejetée—À défaut d'une mesure d'expulsion dont la validité est contestée, l'injonction ne peut pas être utilisée en vue de forcer le ministre à ne pas tenir compte des dispositions législatives concernant le renvoi de gens du Canada—Le recours prévu par la Loi a échoué—Lorsque la loi prévoit un recours, la Cour répugne à le remplacer par un autre en vertu de l'art. 18—Lorsque la loi et son application ne sont pas remises en question, la question de savoir si les droits prévus par la Charte ont néanmoins été déniés est une question de fait—Ce n'est pas un objet approprié d'action en jugement déclaratoire.

WINSTANLEY C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-2171-89, juge Jerome, J.C.A., ordonnance en date du 8-11-89, 8 p.)

## IMMIGRATION—Suite

Requête fondée sur l'art. 82.1 de la Loi sur l'immigration en vue d'obtenir l'autorisation d'engager des procédures en vertu de l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale—L'octroi de l'autorisation donne simplement au requérant la possibilité de soumettre sa demande fondée sur l'art. 18 à une instruction approfondie—La présente demande est examinée conformément à la Règle 324—Les démêlés antérieurs du requérant avec Immigration Canada ne lui sont pas favorables—Contradictions au sujet du caractère véritable du mariage du requérant—L'enquêteur a admis le caractère véritable du mariage—Le requérant est établi au Canada depuis longtemps bien que dans la clandestinité, mais il n'a pas pu obtenir le statut d'immigrant conformément à la loi—Le bien-fondé de la demande présentée en vertu de l'art. 18 est suffisamment défendable—Requête accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 82.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 19)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.

VIRK C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (90-T-826, juge Walsh, ordonnance en date du 31-1-91, 6 p.)

## STATUT DE RÉFUGIÉ

Appel de la décision dans laquelle la Section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que la crainte d'être persécuté du plaignant n'était pas fondée—L'appelant a déserté l'armée salvadorienne—Il est un objet de conscience—Question de savoir s'il risque davantage que de faire l'objet de poursuites s'il est renvoyé—Appel accueilli—La Commission a commis une erreur en tenant uniquement compte des procédures officielles, et non du risque réel d'exécution extra-judiciaire.

PADILLA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-398-89, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 31-1-91, 4 p.)

Appel d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié—Appel accueilli—La Commission n'a pas véritablement examiné la question de savoir si les gestes répétés de harcèlement constituent de la persécution au sens de la Convention sur les réfugiés—La Commission a peut-être mal compris qu'un réfugié avait un fardeau de preuve limité en décidant qu'elle devait être convaincue du bien-fondé de la crainte d'être persécuté.

MADELAT C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-537-89, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 28-1-91, 2 p.)

Demande fondée sur l'art. 28 en vue de la révision de la décision d'un membre de la Section du statut de réfugié concernant la revendication par l'intimée du statut de réfugié au sens de la Convention—Décision erronée et fondée sur des conclusions de fait tirées de façon arbitraire—Aucune preuve vraisemblable et

## IMMIGRATION—Fin

digne de foi au sujet de l'existence d'une crainte fondée d'être persécutée pour ses opinions politiques—Demande accueillie.

CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) C. CHARLES (A-417-90, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 11-2-91, 2 p.)

## IMPÔT SUR LE REVENU

## CALCUL DU REVENU

*Déductions*

Appel interjeté contre de nouvelles cotisations rejetant la déduction de trois paiements annuels faits à l'épouse du demandeur conformément à un accord écrit de séparation—La correspondance échangée entre les avocats parle de «paiement forfaitaire»—Il a été convenu de prendre des dispositions distinctes pour les versements mensuels effectués à titre de pension alimentaire—Les paiements mensuels sont indexés, mais les paiements annuels ne le sont pas—Les paiements annuels lient la succession du contribuable, contrairement aux paiements mensuels—Le Ministère a admis les déductions pour les années où elles ont été réclamées—La Cour de l'impôt a jugé que les paiements n'étaient pas imposables à titre de pension alimentaire entre les mains de l'épouse—Question de savoir si les paiements annuels sont déductibles à titre de pension alimentaire en vertu de l'art. 60b) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Question de savoir si le ministre peut prendre une position incompatible avec celle qu'il a prise dans la procédure intentée contre l'époux devant la Cour de l'impôt—Action rejetée—Paiement de capital en échange de la renonciation aux droits, plutôt que paiements périodiques fondés sur les besoins du bénéficiaire—L'obligation alimentaire ne survit pas aux parties—Le paiement n'est pas destiné à permettre à l'épouse de réintégrer le marché du travail—Le ministre ne peut pas, par ses actes ou ses paroles, rendre la Couronne irrecevable à appliquer la loi—Examen de la jurisprudence—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 60b).

COHEN C. CANADA (T-944-88, juge Cullen, jugement en date du 4-2-91, 16 p.)

*Revenu ou gain en capital*

Question de savoir si les sommes versées à la demanderesse par suite de la résiliation anticipée de baux constituent un gain en capital ou un revenu d'entreprise—La demanderesse, qui est une filiale d'une filiale de Loblaw's, exploite une entreprise de distribution et de vente d'aliments, en gros et au détail—Les locaux de la demanderesse sont exploités par celle-ci ou sont loués à des franchisés ou à des commerçants indépendants—Un bail a été sous-loué à un franchisé par la demanderesse—L'autre bail vise des locaux dans lesquels la demanderesse exploite un magasin au détail Loblaw's—Dans les deux cas, les bailleurs ont demandé la résiliation du bail—La demanderesse a touché 880 000 \$ pour l'annulation du premier bail et 1 000 000 \$ pour celle du second—Les montants ont été com-

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

pris dans les déclarations d'impôt pour les années 1983 et 1984 respectivement à titre de gain en capital—La défenderesse soutient que ces montants auraient dû être déclarés à titre de revenu d'entreprise—La demanderesse s'appuie sur l'aveu du représentant de la défenderesse au cours de l'interrogatoire préalable, à savoir que les baux constituent des biens immobilisés—Question de savoir si le montant a été payé pour remplacer un bien immobilisé ou un revenu—Lorsqu'il y a bouleversement important à la base des sources de revenu du contribuable, les montants sont probablement considérés comme un gain en capital plutôt qu'un revenu—La nature de l'objet auquel le paiement est substitué doit être déterminée afin de classer celui-ci—Les activités de la demanderesse ne consistent pas à acheter et à vendre des baux, mais elle a besoin de locaux pour exploiter son entreprise—Les sommes versées à titre d'indemnité pour la résiliation des baux l'ont été pour le remplacement de biens immobilisés, et constituent donc un gain en capital—Action accueillie.

WESTFAIR FOODS LTD. C. CANADA (T-1972-89, juge Reed, jugement en date du 19-12-90, 11 p.)

Un promoteur a versé à la demanderesse (qui exploite une chaîne de magasins à rayons) 3 750 000 \$ à titre de «réductions pour agencements» (indemnité découlant des améliorations apportées à un local vacant par le locataire) pour l'encourager à conclure un bail à long terme—En fait, la demanderesse a dépensé 11 600 000 \$ avant de pouvoir ouvrir ses portes—En 1982, le total a été inclus dans les immobilisations (conformément aux principes comptables généralement reconnus) et la fraction non amortie du coût en capital a été réduit de 3 750 000 \$—Le ministre a inclus cette somme dans le revenu—La demanderesse soutient que les baux et les agencements font partie des immobilisations et que le paiement constitue un remboursement des dépenses d'agencements—La Couronne soutient que la somme reçue provient d'une entreprise ou d'un bien étant donné que la négociation de baux fait partie des activités de la demanderesse (la moitié des 24 magasins dans les locaux loués)—S'il s'agit d'une mesure d'incitation pour signer les baux, il importe peu de savoir où l'argent est allé—Action accueillie et nouvelle cotisation annulée—Examen de la nature et du traitement des contributions de tiers aux dépenses en immobilisations effectué dans *R. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1979] CTC 606 (C.A.F.); *R. c. Consumers' Gas Company Ltd.* [N° 1], [1984] 1 C.F. 779 (C.A.); et *Canada c. Consumers' Gas Co.* [N° 2], [1987] 2 C.F. 60 (C.A.) pris en considération—Dans *French Shoes Ltd. c. La Reine*, [1986] 2 C.T.C. 132 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), les faits sont similaires à ceux de l'espèce et il a été jugé que le versement en espèces à la locataire d'une somme devant être imputée aux stocks et à titre de mesure incitative pour signer le bail constitue un revenu—*Westfair Foods Ltd. c. R.* (1990), 91 DTC 5073 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) appliquée—La location d'un immeuble en vue de l'exploitation d'un commerce de vente au détail d'articles courants fait partie des activités de la demanderesse, mais cette dernière ne s'occupe pas d'acheter ou de vendre des baux—Selon le principe du rapprochement des rentrées de capital et des dépenses en immobilisations ainsi que des produits et des charges d'exploitation, l'avantage reçu par la demanderesse n'est rien de plus que l'avantage qu'elle aurait par ailleurs reçu si, aux termes du bail, le promoteur s'était engagé à fournir des améliorations locatives selon les exigences

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

de la locataire jusqu'à concurrence de la somme de 3 750 000 \$, ce qui n'aurait entraîné aucune incidence fiscale—La détermination de savoir si des recettes et des dépenses sont immobilisation ou revenu dépend de l'ensemble des faits de l'affaire—Les stipulations des documents contractuels prévoyant les déductions ne permettent pas de conclure qu'il s'agit d'autre chose que ce qu'elles semblent être, à savoir un paiement de capital affecté à des besoins en immobilisations—À défaut de disposition légale à l'effet contraire, le traitement donné aux déductions pour agencements est conforme aux principes comptables généralement reconnus—Le juge ne souscrit pas à l'avis exprimé dans *French Shoes*, à savoir que la modification apportée en 1986 à l'art. 12(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu par l'adjonction d'un paragraphe visant à inclure dans le revenu imposable tout paiement de caractère incitatif ne permet pas de conclure que la loi a changé, mais qu'elle donne simplement des précisions à ce sujet—Examen de l'historique législatif de l'art. 12(1)x—Disposition transitoire réfutant la présomption selon laquelle le législateur voulait simplement éclaircir la loi telle qu'elle existait lorsque l'art. 12(1)x a été adopté—Dans la mesure où les paiements incitatifs de la nature d'une immobilisation sont maintenant inclus dans le revenu en vertu de l'art. 12(1)x, il s'agit du nouveau droit—Étant donné que l'art. 12(1)x constitue une dérogation législative aux principes comptables généralement reconnus, c'est du droit nouveau et les conclusions tirées dans *French Shoe* ne nous lient pas—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 3, 9(1), 12(1)x (édicte par S.C. 1986, chap. 6, art. 6(2); chap. 55, art. 79), art. 13(7.4) (édicte, idem, art. 8), 53(2.1) (édicte, idem, art. 26)—Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), chap. I-21, art. 45(2).

WOODWARD STORES LTD. C. CANADA (T-2569-89, juge Joyal, jugement en date du 21-1-91, 31 p.)

Appels de la décision ([1990] 3 C.F. F-9) dans laquelle la Section de première instance a annulé les cotisations d'impôt sur le revenu pour les années 1979 et 1980—Un bien immobilier a été vendu en 1976 et le profit, qui s'élevait à 1,2 million de dollars, a été inscrit comme gain en capital pour les années 1976 à 1978—Le MRN a établi une nouvelle cotisation en 1980 pour le motif que le profit constituait un revenu—La déclaration de 1979, produite en octobre 1980, était fondée sur le fait qu'il s'agissait d'un gain en capital—Le MRN a établi une nouvelle cotisation en 1987 en ajoutant la provision relative au revenu—La contribuable s'est opposée à la nouvelle cotisation pour le motif qu'elle était tardive—Question de savoir si la nouvelle cotisation concernant l'année 1979 peut être établie après l'expiration d'un délai de quatre ans ou si dans la déclaration il y a eu une présentation erronée des faits de sorte que la prescription ne s'applique pas—L'art. 152(8) de la Loi est une disposition réparatrice établissant la validité en dépit de l'existence d'erreurs, de vices ou d'omissions—Aucune obligation pour la contribuable de considérer que la cotisation de 1976-1978 était valide et exécutoire en ce qui concerne la déclaration de 1979—La contribuable n'a pas à compenser les lacunes du processus ministériel d'établissement de l'impôt à payer, mais doit simplement produire sa déclaration conformément à la Loi—La nouvelle cotisation concernant l'année 1979 a été établie en dehors des délais—Dans la cotisation, le ministre a inclus dans le revenu de 1980 la somme de 700 000 \$ en vertu

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

de l'art. 12(1)c) de la Loi—La cotisation de 1980 est fondée sur une présomption erronée selon laquelle la contribuable avait déclaré 700 000 \$ en tant que provision spéciale au titre du revenu à la fin de 1979—L'intimée s'est acquittée de l'obligation qui lui incombait et rien dans la Loi, dans la jurisprudence ou dans les faits ne peut venir en aide à l'appelante—Appels rejetés—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 12(1)c) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 140, art. 4(1)), 152(8).

CANADA C. REGINA SHOPPERS MALL LTD. (A-543-90, A-544-90, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 30-1-91, 16 p.)

**COMPAGNIES ASSOCIÉES**

Appel contre de nouvelles cotisations—La contribuable fournit des services d'exploitation de fonds de croissance et de valeurs mobilières—Les décisions relatives aux placements sont sous-traitées à une société des Bermudes—Le propriétaire de la société des Bermudes, Peter Cundill, est également propriétaire à 50 % de la société demanderesse—La contribuable verse des honoraires à la société en vue d'obtenir de Peter Cundill des conseils en matière de placements et de transactions—La défenderesse a établi une cotisation à l'égard de la retenue d'impôt—Question de savoir si la contribuable et la société sont des personnes sans lien de dépendance—Question de savoir si les services achetés constituent des services «de gestion ou d'administration»—Demande rejetée—La gestion comprend des prises de décisions au sujet de la direction et de l'exploitation présentes et futures de l'entreprise—Dans le cadre du service de conseiller en placements de la demanderesse, les décisions relatives aux placements sont des tâches de gestion—Les expressions «gestion» et «administration» n'ont pas le même sens—Lorsque le même cerveau mène les négociations pour le compte des deux parties, ces dernières ne sont pas des personnes sans lien de dépendance—L'influence et le contrôle exercés par Peter Cundill sur la demanderesse sont disproportionnés à la propriété—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 212(1)a).

PETER CUNDILL & ASSOCIATES LTD. C. CANADA (T-2656-89, juge Cullen, jugement en date du 14-1-91, 15 p.)

**SAISIES**

Appel de l'ordonnance dans laquelle le protonotaire-chef a rejeté l'opposition à la saisie en vertu du Code civil du Québec et des Règles de la Cour—Appel rejeté—La Cour ne s'ingère pas dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que possède le protonotaire à moins que ce dernier ne se soit fondé sur un principe inexact ou ait commis une erreur de droit.

CONTINENTAL NURSERY AND LANDSCAPING LTD. (RE) (ITA-5101-89, juge Pinard, ordonnance en date du 18-1-91, 2 p.)

**INSTITUTIONS FINANCIÈRES**

Demande en vue de l'obtention d'un jugement déclaratoire contre la décision par laquelle le surintendant avait conclu que le régime de retraite de l'appelante était incompatible avec la Loi sur les normes des prestations de pension—Obligation de verser des rentes différées au membre du régime âgé de 45 ans et comptant dix ans de service qui quitte le service—L'art. 10(1)a) de la Loi prévoit le paiement à l'âge de la retraite, défini comme étant l'âge le plus bas auquel une prestation de pension peut devenir payable à l'employé sans ajustement en raison d'une retraite anticipée—Le régime prévoit le paiement de prestations à l'âge normal de la retraite, défini comme étant 65 ans—Le régime prévoit la possibilité de prendre sa retraite à 63 ans sans ajustement—Appel rejeté—Les prestations sont payables à 63 ans—Loi sur les normes des prestations de pension, L.R.C., 1985, chap. P-7, art. 10(1)a).

BANQUE NATIONALE DU CANADA C. CANADA (SURINTENDANT DES INSTITUTIONS FINANCIÈRES) (T-2064-89, juge Pinard, jugement en date du 21-1-91, 10 p.)

Appel du jugement ([1990] 2 C.F. 115) dans lequel la Section de première instance a jugé que l'appelante ne peut pas présenter de demande en vertu de la Loi sur la Société d'assurance-dépôts du Canada ou de la Loi sur l'indemnité aux déposants de certaines institutions financières—L'appelante a cédé son droit sur un prêt hypothécaire et sur un contrat de participation à un prêt hypothécaire à la Banque Commerciale du Canada—La Banque a remis un billet à ordre—Question de savoir s'il s'agit d'un «dépôt» au sens des Lois—Appel rejeté—Le droit sur le prêt hypothécaire ne constitue pas une «somme»—Loi sur la Société d'assurance-dépôts du Canada, S.R.C., 1970, art. 2 (mod. par S.C. 1976-77, chap. 27, art. 9; 1980-81-82-83, chap. 40, art. 93, chap. 148, art. 8)—Loi sur l'indemnité aux déposants de certaines institutions financières, S.C. 1985, chap. 51, art. 2.

SASKATCHEWAN CO-OPERATIVE CREDIT SOCIETY LTD. C. CANADA (MINISTRE DES FINANCES) (A-232-90, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 23-1-91, 5 p.)

**JUSTICE CRIMINELLE ET PÉNALE****PREUVE**

Détermination préliminaire d'une question de droit—Demande en vue de la détermination d'une opposition à la communication de renseignements conformément à la Loi sur la preuve au Canada—Les requérants sont accusés de complot en vue de l'importation et du trafic de marijuana—Le ministère public allègue que les requérants se sont joints à un complot impliquant deux coconspirateurs qui n'ont pas été mis en accusation—Les requérants demandent la communication pour le motif que les coconspirateurs sont des indicateurs de la GRC et qu'ils n'ont donc pas l'intention requise—L'intimé s'oppose à la communication pour le motif que la chose serait préjudiciable au système d'enquête de la GRC, ainsi qu'aux relations internationales et à la sécurité nationale—Il n'est pas prouvé que les deux coconspirateurs ont agi à titre d'agents d'infiltration en ce qui concerne le complot allégué par le ministère public—Question de savoir si l'intérêt public exige la communication des documents en question plutôt que la non-communication—Il

**JUSTICE CRIMINELLE ET PÉNALE—Fin**

incombe aux requérants de prouver que l'intérêt public, en ce qui concerne la communication, l'emporte sur l'importance de l'intérêt public, au point de vue de la sécurité nationale et des relations internationales: *Goguen c. Gibson*, [1983] 1 C.F. 872 (1<sup>re</sup> inst.), conf. par [1983] 2 C.F. 463 (C.A.)—Première étape: question de savoir si la partie qui demande la communication a présenté une «preuve apparente» en vue de la communication—Dans les affaires criminelles, la partie qui demande la communication doit démontrer que le document pour lequel la communication est demandée a une importance critique pour la défense—Les requérants ont omis de le faire—Si l'identité des indicateurs de la police risquait d'être divulguée devant les tribunaux judiciaires, les sources de renseignements s'épuiserait et la police serait gênée dans ses activités de prévention et d'enquête criminelle: *Solliciteur général du Canada et autres c. Commission royale d'enquête (dossiers de santé en Ontario) et autre*, [1981] 2 R.C.S. 494, à la page 534—La communication des renseignements demandés serait préjudiciable à la sécurité nationale du Canada et à l'intérêt public lorsqu'il s'agit de protéger contre la communication des sources de renseignements essentielles aux activités de la GRC—Les requérants n'ont pas présenté la preuve requise—Demande rejetée—Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), chap. C-5, art. 37(1), 38(1).

BAILEY C. GENDARMERIE ROYALE DU CANADA (CEA-1-90, juge Dubé, ordonnance en date du 19-12-90, 9 p.)

**LIBÉRATION CONDITIONNELLE**

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance annulant la décision par laquelle la Commission nationale des libérations conditionnelles avait révoqué la libération conditionnelle de la requérante sans réattribution de la réduction de peine—La Commission a accordé à la requérante deux périodes de libération conditionnelle de jour d'une durée de cinq jours chacune—La psychologue avait recommandé qu'avant d'accéder à la demande de libération conditionnelle de jour, on accorde à la requérante une absence temporaire sans escorte—Le lendemain de sa libération conditionnelle de jour, la requérante a été accusée et par la suite été reconnue coupable de vol—La libération conditionnelle de jour a été révoquée sans réattribution de la réduction de peine—La Commission avait incontestablement le pouvoir d'agir ainsi étant donné que la requérante était assujettie à une libération conditionnelle de jour, et non à une absence temporaire sans escorte lorsque le vol a été commis—La décision de la Commission n'est pas arbitraire, capricieuse, injuste ou dépourvue de tout fondement rationnel—La Commission avait le pouvoir discrétionnaire absolu d'accorder deux périodes de cinq jours au moyen d'une libération conditionnelle de jour ou d'une absence temporaire sans escorte—La requérante savait qu'un manquement aux conditions d'une libération conditionnelle de jour ou d'une absence temporaire sans escorte pouvait entraîner de graves conséquences—Demande rejetée.

SORGENTE C. CANADA (COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (T-178-91, juge Martin, ordonnance en date du 8-2-91, 15 p.)

**MARQUES DE COMMERCE****PRATIQUE**

Action en contrefaçon de marque de commerce—Les défenderesses ont présenté une requête pour que Tonka Canada Inc, qui est usager inscrit des marques de commerce en cause, soit radiée à titre de partie demanderesse pour le motif qu'elle n'a aucune cause d'action contre elles—Les défenderesses soutiennent que Tonka ne s'est pas conformée à l'art. 50(4) de la Loi sur les marques de commerce et qu'elle n'a donc pas le droit d'intenter une action en contrefaçon en tant que partie demanderesse—Les demandereses soutiennent que l'action comprend une infraction de concurrence déloyale en plus de celles qui sont fondées sur la contrefaçon des marques de commerce—L'art. 50(4) ne donne pas une description exhaustive des circonstances dans lesquelles l'usager inscrit peut intenter une action en contrefaçon de marque de commerce—Cette disposition est accessoire au droit que possède l'usager inscrit d'intenter une action de son propre chef—La Loi ne dit rien au sujet de la question de savoir qui peut intenter des poursuites et dans quelles circonstances—Indépendamment de l'art. 57(1), aucune disposition expresse ne confère au propriétaire de la marque de commerce ou au propriétaire inscrit le droit d'intenter une action—Le droit que possède l'usager inscrit d'intenter une action est implicitement reconnu par la Loi—Requête rejetée—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13, art. 50(4), 57(1).

TONKA CORP. C. TORONTO SUN PUBLISHING CORP. (T-2832-90, juge Reed, ordonnance en date du 14-12-90, 5 p.)

**RADIATION**

Appel de la décision dans laquelle le registraire a radié une marque en vertu de l'art. 44 de la Loi sur les marques de commerce—Marque de commerce «Existence» utilisée en liaison avec des crèmes pour le visage—Quatre pots ont été vendus au Canada depuis juillet 1984—L'appelante a changé de dénomination sociale—La marque de commerce est enregistrée sous l'ancienne dénomination—Question de savoir si la marque est employée au Canada—Question de savoir si l'appelante est propriétaire inscrite—Appel accueilli—Une vente isolée peut établir l'emploi si celui-ci s'effectue dans le cadre d'une opération commerciale normale—L'omission d'enregistrer un transfert de propriété n'invalide pas la marque—Le but de l'art. 44 est de débarrasser le registre du bois mort, et non de déterminer le droit de propriété—Loi sur les marques de commerce, S.R.C. 1970, chap. T-10, art. 44 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 28, art. 44; 1984, chap. 40, art. 70).

COSCELEBRE, INC. C. CANADA (REGISTRAIRE DES MARQUES DE COMMERCE) (T-124-88, juge Reed, jugement en date du 30-1-91, 17 p.)

**PÊCHES**

Appel de l'ordonnance ([1991] 1 C.F. F-32) dans laquelle la Section de première instance avait rejeté une demande de *certiorari* visant à faire annuler des ordres de fermeture établis par l'agent des pêches en vertu de l'art. 4(1) du Règlement de pêche



## PÊCHES—Fin

des mollusques et crustacés du Pacifique au sujet de la pêche des crabes et des crevettes dans la Baie Howe—L'art. 4(1) autorise le directeur régional ou l'agent des pêches à modifier les dates de fermeture et les contingents—L'art. 19 du Règlement autorise le ministre, sur la recommandation du ministre de la Santé et du Bien-être, à fermer les pêcheries de coquillages bivalves lorsque ceux-ci sont contaminés ou toxiques—Question de savoir si l'art. 19 empêche le recours à l'art. 4(1) lorsqu'il s'agit de fermer d'autres pêcheries pour des motifs sanitaires—Question de savoir si les agents de pêches, qui établissent les ordres de fermeture à la demande du directeur régional, agissent sous les ordres de celui-ci—Appel rejeté—L'art. 19 n'est pas pertinent, étant donné qu'il s'applique uniquement aux mollusques—À moins que l'exercice du pouvoir législatif n'empiète sur un pouvoir ou sur d'autres niveaux de gouvernement, le but dans lequel la loi est adoptée importe peu en vue de sa validité; par conséquent, en vertu de la Loi sur les pêches, les agents des pêches ne sont pas limités à gérer les ressources, mais ils peuvent prendre des décisions pour d'autres raisons, y compris des raisons socio-économiques: *Canada (ministre des Pêches et Océans) c. Gulf Trollers Association*, [1987] 2 C.F. 93 (C.A.)—Les motifs sanitaires sont pertinents et non étrangers à la décision en vertu de l'art. 4, étant donné que la pêche et la commercialisation du poisson contaminé peut influencer sur la viabilité à long terme des pêcheries dans toute la province—En général, lorsque l'agent prend une décision de nature législative, plutôt que quasi judiciaire, les tribunaux ne peuvent pas examiner si l'agent agissait en vertu de son propre pouvoir discrétionnaire ou sous les ordres d'un supérieur; en l'espèce, les instructions ont été données par le directeur régional, autorisé par le Règlement à prendre lui-même une décision—Règlement de pêche des mollusques et crustacés du Pacifique, C.R.C., chap. 826, art. 4(1).

WESTERN PULP INC. C. CANADA (AGENTS DES PÊCHES, LOI SUR LES PÊCHES) (A-1027-90, juge Linden, J.C.A., jugement en date du 20-12-90, 7 p.)

## PÉNITENCIERS

Demande de *certiorari* en vue de l'annulation de la décision déniait le droit de citer sept témoins à une audience disciplinaire de l'établissement—Le requérant a été accusé d'une infraction à la discipline en vertu de l'art. 39a) du Règlement sur le service des pénitenciers—Le président du tribunal disciplinaire a refusé d'entendre plus de trois témoins conformément à l'art. 21 de la directive 580—Le président n'a pas tenté de déterminer ce que les témoins auraient à dire ni même de s'informer du nom des sept témoins—Le président a omis de tenir une enquête pleine et équitable et de déterminer pourquoi le requérant voulait citer plus de trois témoins—Demande accueillie—Règlement sur le Service des pénitenciers, C.R.C., chap. 1251, art. 39a).

MORIN C. GAUTHIER (T-2613-90, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 7-2-91, 7 p.)

## PRATIQUE

Demande fondée sur la Règle 324 des Règles de la Cour fédérale—Demande rejetée—Aucune nécessité pour le requérant de se présenter en personne à l'audition de la requête principale—La preuve est normalement présentée au moyen d'un affidavit.

DÉGARIE C. ÉTABLISSEMENT DE STE-ANNE-DES-PLAINES (T-3386-90, juge Strayer, ordonnance en date du 11-1-91, 2 p.)

### COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE

#### *Production de documents*

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance de produire des documents par suite de l'interrogatoire préalable des préposés de la défenderesse et des engagements pris à ce moment-là—Action en paiement des travaux supplémentaires exécutés en vertu d'un contrat de construction—Question de savoir si la déclaration est succincte à un point tel qu'elle ne soulève aucun fait auquel les documents peuvent être reliés—Question de savoir si la Loi sur l'accès à l'information protège les documents demandés—Demande accueillie—En vertu de la Règle 465(15), la personne interrogée doit répondre à toutes les questions qui tendent à prouver ou à réfuter une allégation de fait non admise dans les plaidoiries, et a le devoir de s'informer pour être en mesure de répondre aux questions pertinentes non protégées—À la demande d'une partie, l'autre partie doit produire tous les documents pertinents non protégés—La Loi sur l'accès à l'information vise à élargir l'accès du public aux renseignements que possède l'administration; elle ne peut pas être utilisée pour limiter l'accès aux renseignements auxquels les parties au litige ont droit en vertu des Règles de la Cour—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 465(15).

CIE DE CONSTRUCTION GASTON PICARD INC. C. CANADA (MINISTRE DES APPROVISIONNEMENTS ET SERVICES) (T-1451-87, juge Dubé, ordonnance en date du 10-1-91, 6 p.)

Appel de la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié—Le dossier n'a pas été transmis à l'appelant et ne lui a pas été signifié en violation des art. 23 et 24 des Règles de 1981 de la Commission d'appel de l'immigration (procédures d'appel)—L'appelant n'a pas été informé de l'existence du dossier—Les principes de justice naturelle et d'équité procédurale n'ont pas été respectés—Appel accueilli—Règles de 1981 de la Commission d'appel de l'immigration (procédures d'appel), DORS/81-419, art. 23, 24.

BLEASDALE C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-341-90, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 30-1-91, 2 p.)

#### FRAIS ET DÉPENS

Requête dans laquelle les demandeurs réclament les frais des réponses aux interrogatoires conformément à la Règle 344 ainsi que les frais de la demande—Requête dans laquelle les

**PRATIQUE—Suite**

défendeurs demandent une courte prorogation et demandent que les dépens soient établis conformément aux ordonnances et au renvoi antérieurs—Action dans laquelle il y avait 120 demandeurs, leur nombre ayant par la suite été réduit à 39—Judgement rendu en faveur des demandeurs avec dépens—Renvoi ordonné en ce qui concerne le montant des dommages-intérêts auxquels avait droit chaque réclamant—L'arbitre a confirmé les offres des défendeurs en ce qui concerne 36 des 39 réclamations—Le tarif B ne prévoit pas d'honoraires spéciaux pour la comparution à un renvoi—Les défendeurs ont droit à 36/39 des frais, qui s'élèvent à mille dollars (250 \$ par jour pendant quatre jours)—Dans le tarif B, il n'est pas fait mention des honoraires à accorder pour les réponses aux interrogatoires—Il est opportun de les considérer de la même manière que dans le cas des interrogatoires préalables (125 \$ par demi-journée)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, tarif B (mod. par DORS/87-221, art. 8).

HANSEN C. OCEAN VICTORIA (LE) (T-1750-83, juge suppléant Walsh, ordonnance en date du 24-1-91, 4 p.)

Taxation des dépens—Un mémoire de frais s'élevant à 1 089 \$ a été présenté—Une demi-journée est réclamée en vue de la comparution relative à la requête en ajournement—Les dépens ont été taxés jusqu'à concurrence de la somme de 699 \$—Si l'ordonnance ne dit rien au sujet des dépens, ceux-ci ne sont pas adjugés—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 344 (mod. par DORS/87-211, art. 2).

KIBALE C. CANADA (SECRÉTARIAT D'ÉTAT) (T-2090-90, officier taxateur Cousineau, ordonnance en date du 10-1-91, 4 p.)

**MODIFICATION DES DÉLAIS**

Prorogation du délai de contestation de l'enregistrement d'une sentence arbitrale demandée par l'intimée pour le motif qu'elle est un organisme d'État—La sentence provisoire définitive a été enregistrée le 6 novembre 1990 conformément aux Règles 1041 et 1042—Une prorogation de délai a été accordée à deux reprises—Une autre prorogation est demandée pour le motif que l'intimée est un organisme d'un État étranger et qu'en vertu de l'art. 10 de la Loi sur l'immunité des États, elle a droit à un délai de 60 jours pour contester l'enregistrement de la sentence arbitrale—Interprétation de l'expression «organisme d'un État étranger»—Question de savoir si la définition s'applique lorsque l'entité distincte est possédée en propriété et contrôlée par un État étranger qui en est l'actionnaire majoritaire—Selon la définition, l'organisme doit être un organe ou un *alter ego* de l'État, en ce sens qu'il satisfait aux conditions de la fonction et du contrôle élaborées par la jurisprudence avant juillet 1982—Il incombe à l'intimée d'établir son statut d'organisme d'un État étranger—La preuve n'est pas convaincante étant donné que les seuls faits qui appuient la demande d'immunité de juridiction sont: (1) que la compagnie a initialement été constituée par le gouvernement pour des fins d'État; (2) que le gouvernement la contrôle maintenant à titre d'actionnaire majoritaire—Il n'est pas prouvé que la compagnie sert maintenant à des fins militaires et gouvernementales; cette dernière a revendiqué le statut d'organisme en se fondant uniquement sur le fait que le gouvernement la contrôle à titre d'actionnaire

**PRATIQUE—Suite**

majoritaire—L'intimée a une personnalité morale distincte du gouvernement brésilien, qui la contrôle à titre d'actionnaire majoritaire—L'intimée n'a pas prouvé qu'elle est un organisme d'un État étranger au sens de la Loi sur l'immunité des États—Demande rejetée—Loi sur l'immunité des États, L.R.C. (1985), chap. S-18, art. 2, 10(1).

D & J COUSTAS SHIPPING CO. S.A. C. CIA DE NAVEGAÇÃO LLOYD BRASILEIRO (T-2922-90, juge Reed, ordonnance en date du 17-12-90, 9 p.)

**OUTRAGE AU TRIBUNAL**

Violation du droit d'auteur—Injonction restreignant la vente de cassettes de jeux vidéo contrefaites—La défenderesse a continué à vendre les cassettes de jeux vidéo contrefaites—Ordonnance Anton Pillar contraignant la défenderesse à divulguer quelles cassettes de jeux vidéo contrefaites elle avait en sa possession et à donner le nom des parties auxquelles les cassettes de jeux avaient été fournies—Allégation selon laquelle la défenderesse tentait de cacher les jeux vidéo en sa possession—La défenderesse est coupable d'outrage par suite de la violation de l'injonction—La norme d'intention applicable pour qu'il soit possible de conclure à l'outrage est la connaissance de l'existence de l'ordonnance.

NINTENDO OF AMERICA INC. C. 798824 ONTARIO INC. (T-970-90, juge Denault, ordonnance en date du 25-1-91, 6 p.)

**PLAIDOIRIES**

Requête en modification de la défense en vertu de la Règle 420 de façon à invoquer la prescription—Action en vue de contraindre Douanes et Accise à remettre les sommes d'argent payées à titre de dépôt contre la saisie des navires de la demanderesse—L'art. 158 de la Loi sur les douanes, concernant les dépôts en espèces, s'applique plutôt que l'art. 150, qui porte sur les articles saisis—La Couronne peut modifier la défense de façon à invoquer la prescription même s'il est raisonnable pour la demanderesse de s'appuyer sur l'assertion du fonctionnaire des douanes—Une modification peut être autorisée en vertu de la Règle 420 si cela peut se faire sans causer d'injustice à la partie adverse—La modification cause préjudice à la demanderesse en l'espèce étant donné que le principal point litigieux ne sera peut-être pas examiné au procès et que la demanderesse ne sera peut-être pas dédommée par une allocation des dépens—Requête rejetée—Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, chap. C-40, art. 150, 158, 163—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 420.

HUSKY OIL LTD. C. CANADA (T-72-87, juge Denault, ordonnance en date du 5-2-91, 13 p.)

**Détails**

Requête en radiation d'un paragraphe de la défense et en vue de l'obtention de détails—Il est allégué que les détails ont été fournis dans une action similaire intentée aux États-Unis—

## PRATIQUE—Suite

Requête en radiation rejetée—Requête en vue de l'obtention de détails accueillie—Il n'est pas clair et évident que la notion de «*file wrapper estoppel*» n'existe pas au Canada—Étant donné que la plaidoirie est manifestement défectueuse, il n'est pas nécessaire de présenter une preuve pour corroborer la demande en vue de l'obtention de détails—Les détails fournis dans les procédures américaines ne définissent pas la portée de l'action au Canada, et ne lient pas la défenderesse.

P.L.G. RESEARCH LTD. C. SOC. DE FABRICATION D'ACIER JANNOCK (T-91-90, notaire-chef adjoint Giles, ordonnance en date du 6-2-91, 2 p.)

## Modifications

Appel de la décision dans laquelle le notaire-chef adjoint a permis à la demanderesse de modifier sa déclaration de façon à réclamer des dommages-intérêts et la restitution des bénéfices à titre cumulatif plutôt que subsidiairement, et de réclamer en outre des dommages-intérêts punitifs—Question de savoir si on a omis de tenir compte de la Règle 424—Appel rejeté—Les modifications n'ont pas donné lieu à une nouvelle cause d'action—La défenderesse doit bénéficier d'un délai pour déposer une nouvelle défense—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 424, 427.

JELIN INVESTMENTS LTD. C. SIGNTECH INC. (T-5486-79, juge Martin, ordonnance en date du 24-1-91, 4 p.)

## Requête en radiation

Demande fondée sur la Règle 419: (1) en vue de faire radier la déclaration à l'égard de tous les défendeurs à l'exception de Sa Majesté et (2) en vue de faire radier la déclaration à l'égard de Sa Majesté—Action en violation de l'entente visant à régler une plainte de harcèlement sexuel présentée devant la Commission canadienne des droits de la personne—Les parties à l'entente sont la demanderesse, l'employeur, soit le ministre de la Défense nationale, et la Commission de la fonction publique—L'entente prévoit un congé de trois ans, plus les frais d'inscription à un cours, puis une affection au même niveau dans un autre ministère—La demanderesse a refusé des postes à son niveau antérieur—La demanderesse a demandé, devant le Tribunal d'appel des droits de la personne, la prorogation du congé payé et la différence entre les frais de logement assumés par suite de la décision qu'elle avait prise de déménager de North Bay à Ottawa—Le tribunal a conclu que le règlement était valide et exécutoire conformément aux conditions qui y étaient énoncées—Le tribunal a jugé qu'il n'avait pas compétence pour faire exécuter une entente privée—La demanderesse demande un redressement similaire dans la déclaration—Question de savoir s'il s'agit d'un emploi abusif des procédures de la Cour—Requête en radiation de la déclaration contre Sa Majesté rejetée—La déclaration se rapportant aux autres défendeurs est radiée—Un ministère gouvernemental n'est pas une entité qui peut être assujettie à des poursuites—La Cour fédérale n'a pas compétence pour connaître de l'affaire contre des défendeurs individuels en leur qualité personnelle—Le critère concernant la compétence de la Cour fédérale comporte

## PRATIQUE—Suite

trois exigences: 1) attribution de compétence par le législateur, 2) existence d'un ensemble de règles de droit fédérales qui est essentiel à la solution du litige et sur lequel est fondée l'attribution légale de compétence, et 3) affaire fondée sur une loi du Canada au sens de l'art. 101 de la Loi constitutionnelle de 1982: *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752—Le critère qui s'applique à l'égard d'une requête en radiation est le suivant: l'acte de procédure est si futile qu'il n'y a aucune chance de succès si l'affaire est entendue—Les faits figurant dans l'acte de plaidoirie sont présumés véridiques en vue de la requête.

ROBICHAUD C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-2028-90, juge Cullen, ordonnance en date du 7-1-91, 12 p.)

## RÈGLE DES «LACUNES»

Appel fondé sur la Règle 336(5) de la décision dans laquelle le notaire-chef a accueilli, la requête en vue du rejet de l'opposition à la saisie en vertu de la Loi de l'impôt sur le revenu—La Cour ne doit pas s'ingérer dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire à moins qu'il ne soit fondé sur un principe inexact ou sur l'application erronée du droit—Le notaire-chef n'a pas clairement commis d'erreur en appliquant aux faits de l'espèce la Règle 5 et l'art. 600 du Code de procédure civile du Québec—Demande rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 5, 336(5).

M.R.N. C. CONTINENTAL NURSERY & LANDSCAPING LTD. (ITA-502-90, juge Pinard, ordonnance en date du 18-1-91, 2 p.)

## REPRÉSENTATION PAR PROCUREUR OU PAR SOLICITOR

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance autorisant la société demanderesse à se faire représenter par un administrateur—Question de savoir s'il existe des motifs suffisants pour que la demanderesse autorise un administrateur à agir et si celle-ci est nécessaire—Demande rejetée—En vertu de la Règle 300(2) des Règles de la Cour fédérale, la société doit être représentée par un procureur ou par un *solicitor* à moins qu'une disposition expresse ne prévienne le contraire—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 300(2).

I\*AM—INSTITUTE OF APPLIED METHODOLOGY C. M.R.N. (T-1838-90, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 11-1-91, 5 p.)

## SIGNIFICATION

Appel interjeté par la troisième défenderesse par suite de l'ordonnance *ex parte* qui avait été rendue en vue de la signification *ex juris* aux première et deuxième défenderesses—Question de savoir si la partie a qualité pour interjetter appel de l'ordonnance *ex parte* rendue à l'égard des autres parties—Question de savoir si le procureur qui présente une demande

**PRATIQUE—Fin**

par écrit en vertu de la Règle 324 peut déposer son propre affidavit à l'appui—Appel rejeté, l'appelante devant payer les dépens dans les trente jours, à défaut de quoi la défense sera radiée—Tentative vexatoire pour plaider l'affaire au fond au moyen d'une requête préliminaire en signification—L'appelante n'a pas montré qu'elle avait qualité, en vertu de la Règle 337(5), pour interjeter appel de l'ordonnance concernant les autres parties—La règle de pratique selon laquelle l'avocat ne peut pas utiliser son propre affidavit à l'égard d'une requête s'applique aux comparutions—Elle ne s'applique pas aux demandes qui sont présentées par écrit en vertu de la Règle 324—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 324, 337(5).

NEWFOUNDLAND PROCESSING LTD. C. SOUTH ANGELA SHIPPING INC. (T-584-90, juge Strayer, ordonnance en date du 15-1-91, 3 p.)

Appel de la décision dans laquelle la Section de première instance a annulé l'ordonnance du protonotaire-chef en vue de la signification *ex juris*—Appel accueilli—Selon la documentation produite devant le juge des requêtes, les appelantes avaient de solides arguments.

MCCAIN FOOD LTD. C. SEATRADE GRONINGEN V.B. (A-67-89, juge Pratte, J.C.A., ordonnance en date du 23-1-91, 2 p.)

**RELATIONS DU TRAVAIL**

Demande en vue de la suspension de l'exécution de la décision arbitrale dans laquelle il avait été fait droit aux griefs présentés par des employés d'Air Canada congédiés pour avoir fumé et vendu de la marijuana—Air Canada impute le retard d'onze mois entre l'incident et le congédiement au fait qu'on était en train de mener une enquête secrète sur le trafic de stupéfiants—Les employés ont depuis lors été loués pour leur rendement—L'intimée demande l'examen judiciaire de la décision—Question de savoir si la réintégration des employés causerait un préjudice important et irrémédiable à la réputation de l'employeur—Demande accueillie—Le critère de suspension de la décision arbitrale est le même que celui qui s'applique dans le cas de l'injonction provisoire, avec un facteur additionnel, soit que la décision arbitrale doit être considérée à première vue comme étant exacte: *Banque Nationale du Canada c. Granda*, [1984] 2 C.F. 249 (C.A.)—La prépondérance des inconvénients penche du côté d'Air Canada compte tenu du préjudice irréparable à la réputation que celle-ci subirait si les trafiquants de stupéfiants réintégraient leur poste chez Air Canada alors que celle-ci s'efforce d'empêcher l'entrée de stupéfiants au Canada.

ASSOC. INTERNATIONALE DES MACHINISTES ET DES TRAVAILLEURS DE L'AÉROASTRONAUTIQUE, SECTION LOCALE 148 C. AIR CANADA (T-2872-90, juge Dubé, ordonnance en date du 18-1-91, 7 p.)

# FICHES ANALYTIQUES

*On peut demander une copie des motifs de jugement au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Halifax, Montréal, Toronto et Vancouver.*

*Les fiches analytiques sont les résumés des motifs de jugement qui n'ont pas été choisis pour publication intégrale ou publication sous forme abrégée dans les Recueils des arrêts de la Cour fédérale du Canada.*

## ANCIENS COMBATTANTS

Décision du Tribunal d'appel des anciens combattants annulée et affaire renvoyée au Tribunal en vue d'un réexamen par une formation différente pour le motif que la Commission canadienne des pensions a le pouvoir de rendre la décision en question et qu'elle n'a pas commis d'erreur en rendant sa décision—Raisons spéciales au sens de la Règle 1408, les dépens entre parties devant être payés à la requérante étant donné que l'intimé a insisté pour se faire entendre sur des questions non reliées à la compétence—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 1408.

KIELY C. CANADA (TRIBUNAL D'APPEL DES ANCIENS COMBATTANTS) (A-484-90, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 30-1-90, 2 p.)

## ASSURANCE-CHÔMAGE

Requête en annulation d'une décision rendue en matière d'assurance-chômage—Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en décidant que l'emploi du requérant était un emploi exclu—Requête rejetée.

PARADIS C. M.R.N. (A-553-89, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 4-2-91, 1 p.)

## BREVETS

### CONTREFAÇON

Appel d'un jugement ((1980) 23 C.P.R. (3d) 313 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)) dans lequel il a été jugé que l'appelante avait contrefait le brevet de l'intimée—Le brevet porte sur une machine à ramer susceptible d'être utilisée pour faire des haltères—La conversion est effectuée en plaçant la machine en position verticale plutôt qu'horizontale—Question de savoir s'il y a antériorité, compte tenu de l'existence d'une machine antérieure qui pouvait être utilisée de la même façon—Appel rejeté—Absence d'antériorité étant donné que l'état de la technique ne comportait pas tous les éléments nécessaires en vue du fonctionnement pratique de l'invention—L'idée et le moyen de mettre cette idée en pratique se combinent pour constituer une invention brevetable—Absence d'évidence étant donné que les experts dans le

## BREVETS—Suite

domaine n'avaient jamais songé à cette combinaison particulière—Le succès commercial est pertinent en ce qui concerne le plaidoyer relatif à l'évidence.

DIVERSIFIED PRODUCTS CORP. C. TYE-SIL CORP. (A-801-87, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 7-7-91. 23 p.)

### PRATIQUE

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance interdisant au commissaire des brevets d'examiner les demandes de licences obligatoires en vertu de l'art. 39(4) de la Loi sur les brevets—Les demandes de licences ont été signifiées au breveté en janvier 1989—La procédure devant le commissaire se poursuivait en septembre 1990—L'art. 39(16) de la Loi et les Règles prévoient que le commissaire «doit» statuer sur la demande au plus tard 18 mois après la signification au breveté—Question de savoir s'il s'agit de dispositions directives ou impératives—Demande rejetée—Trois critères permettent de déterminer si les dispositions sont simplement directives—Le devoir imposé au commissaire doit être un devoir public—Il ne doit y avoir aucune sanction en cas d'inobservation—Aucun préjudice causé si le devoir n'est pas rempli dans les délais—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), chap. P-4, art. 39(16).

SANDOZ LTD. C. CANADA (COMMISSAIRE DES BREVETS) (T-2561-90, juge Joyal, jugement en date du 21-1-91, 18 p.)

Appel d'un jugement ([1990] 3 C.F., F-54) dans lequel la Section de première instance a rejeté la demande présentée en vertu de la Règle 341a) en vue de l'obtention d'un jugement sommaire rejetant l'action de l'intimée et accueillant la demande reconventionnelle de l'appelante—Action en contrefaçon de brevet—Le brevet a été délivré en 1981 et redélivré en 1985—L'intimée allègue une découverte ou invention antérieure et affirme que les revendications du nouveau brevet représentent l'intention initiale de l'inventeur—L'appelante a présenté des documents concernant le brevet et les aveux faits par l'intimée au cours de l'interrogatoire préalable à titre de preuve que le brevet n'avait pas été valablement redélivré—Question de savoir si *Curl-Master Manufacturing Co. Ltd. c. Atlas Brush Ltd.*, [1967] R.C.S. 514 déroge au principe établi dans *Northern Electric Co. Ltd. and Western Electric Co. Inc. v. Photo Sound Corp. and Perkins*, [1936] R.C.S. 649—Appel rejeté—Il existe des questions de droit et de fait pouvant faire

**BREVETS—Fin**

l'objet d'un procès—En vertu de la Règle 341a), la requérante doit établir qu'il n'existe aucune question de fait en litige et que le droit qui s'applique est si déterminant qu'il n'existe même pas de cause assez défendable à présenter au procès—Les aveux faits au cours de l'interrogatoire préalable ne sont pas concluants, étant donné qu'ils peuvent être précisés ou encore contredits au procès par la partie qui les a faits—L'insuffisance de la description initiale est une question pouvant faire l'objet d'un procès—L'arrêt *Northern Electric* ne s'applique pas nécessairement pour invalider la redélivrance du brevet avec de nouvelles revendications lorsque le brevet initial énonce l'intention de l'inventeur mais que la description et le mémoire descriptif sont insuffisants au sens de l'art. 47(1), ou lorsqu'il s'agit d'une question de fait en litige: *Curl-Master*, précité—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), chap. P-4, art. 47(1)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 341a).

FLEXI-COIL LTD. C. F.P. BOURGAULT INDUSTRIES AIR SEEDER DIVISION LTD. (A-615-90, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 10-1-91, 10 p.)

**CHEMINS DE FER**

Appel contre l'approbation de l'abandon d'un embranchement ferroviaire—L'Office national des transports a énoncé plus tôt la politique de la Loi de 1987 sur les transports nationaux visant à permettre à un transporteur de se départir de lignes à faible densité peu rentables, et non à lui permettre d'obtenir l'abandon de lignes grâce à des efforts de démarketing tendant à rendre ces lignes non rentables—L'Office a conclu que la stratégie de la partie requérante a consisté dans le démarketing des services qu'elle offrait sur l'embranchement de sorte que les usagers se sont tournés ailleurs pour s'assurer de la disponibilité des services advenant l'abandon de l'exploitation de l'embranchement—L'Office a commis une erreur en ne considérant pas expressément cette stratégie de démarketing comme un facteur important dans l'évaluation de la rentabilité de l'embranchement—L'appel est accueilli—Loi de 1987 sur les transports, L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), chap. 28.

NOUVELLE-ÉCOSSE (MINISTÈRE DES TRANSPORTS ET DES COMMUNICATIONS) C. CIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA (A-32-91, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 13-3-91, 3 p.)

**CITOYENNETÉ**

L'action conclut à un jugement déclaratoire portant que le demandeur est admissible à la citoyenneté canadienne en vertu de l'art. 5(2)b) de la Loi sur la citoyenneté, ou que cette disposition est nulle et de nul effet—Le demandeur est né aux États-Unis en 1967—Il a reçu la citoyenneté canadienne en vertu de l'art. 5(1)b)(i) alors en vigueur parce que ses parents étaient citoyens canadiens—Il a perdu sa citoyenneté canadienne en vertu de l'art. 20 en 1979 lorsque son père est devenu citoyen américain—L'art. 5(2)b) de la présente loi prévoit l'attribution de la citoyenneté canadienne à toute personne née à l'étranger avant le 15 février 1977 d'une mère ayant, lors de la naissance,

**CITOYENNETÉ—Fin**

la qualité de citoyenne canadienne, dans la mesure où la personne en cause n'était pas, avant le 15 février 1977, admissible à la citoyenneté aux termes de l'art. 5(1)b)(i) de l'ancienne Loi—L'art. 11 prévoit l'attribution de la citoyenneté à toute personne qui a cessé d'être citoyen et qui sollicite une réintégration—La demande fondée sur l'art. 5(2)b) a été rejetée au motif que le demandeur n'est pas une personne qui, avant le 15 février 1977, n'était pas admissible à la citoyenneté aux termes de l'art. 5(1)b)(i)—Le demandeur refuse de demander sa réintégration dans la citoyenneté en vertu de l'art. 11 car il croit avoir droit à la citoyenneté en vertu de l'art. 5(2)b)—Il soutient qu'il est victime de discrimination fondée sur le sexe et la situation matrimoniale, sa citoyenneté ayant été perdue à cause de son père—Le demandeur ne cherche pas tant à obtenir la citoyenneté, mais plutôt à faire trancher une question ayant trait aux droits des femmes—Le fait de savoir si l'art. 5(2)b) est sans effet parce qu'il est incompatible avec l'art. 15 de la Charte n'a pas d'importance pratique puisque le demandeur a un recours légal en vertu de l'art. 11—La Cour ne devrait pas rendre un jugement déclaratoire sur une question ayant trait à la Charte s'il n'est pas nécessaire au règlement de l'action du demandeur—Bien que les questions soulevées puissent attirer l'attention du législateur sur le besoin de modifier la Loi sur la citoyenneté, le temps précieux de la Cour ne doit pas être gaspillé à décider des questions hypothétiques—Loi sur la citoyenneté, S.R.C. 1952, chap. 33, art. 5(1)b)(i), 20(1)—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), chap. 29, art. 3(1)d),e), 5(2)b), 11—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 15, 24—Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52.

GLYNOS C. CANADA (T-1933-89, juge suppléant Walsh, jugement en date du 22-2-91, 12 p.)

**CONNAISSANCES REQUISES**

Appel contre le rejet de la demande de citoyenneté et en vue du renvoi de la demande au ministre pour qu'un examen soit effectué en vertu de l'art. 5(3) et (4)—L'appelant allègue que le juge de la citoyenneté a commis une erreur en refusant d'accepter les réponses comme étant correctes—L'appel en matière de citoyenneté est un procès *de novo*—Pendant l'audience, l'appelant a été en mesure de répondre correctement à toutes les questions déjà posées par le juge de la citoyenneté—Depuis son arrivée au Canada, il a appris à parler les deux langues officielles et a obtenu un diplôme en informatique—Il travaille dans ce domaine—L'appelant satisfait à toutes les exigences de la Loi sur la citoyenneté—Appel accueilli—La décision du juge de la citoyenneté devrait être fondée sur la Loi sur la citoyenneté telle qu'elle s'applique au litige et non sur l'ancienne Loi modifiée—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), chap. C-29, art. 5(1),(3).

MAJIDY (RE) (T-2232-89, juge Teitelbaum, jugement en date du 8-2-91, 5 p.)

## COALITIONS

Requête en vue de faire radier la déclaration pour le motif qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action—L'Association canadienne de l'immeuble (l'ACI) est une organisation nationale composée d'associations provinciales de l'immeuble, de chambres immobilières locales, de courtiers et d'agents—Le Winnipeg Real Estate Board (le WREB) est membre de l'ACI—En 1988, l'ACI et neuf autres chambres immobilières ont consenti à une ordonnance interdisant [TRADUCTION] «aux intimés et à chacun d'eux» d'imposer comme condition d'adhésion pour les courtiers et les vendeurs l'obligation de travailler à temps plein dans le domaine de la vente d'immeubles—Il était également ordonné à l'ACI d'imposer comme condition d'adhésion que chaque chambre s'engage à se conformer à l'interdiction d'obliger les vendeurs à travailler à temps plein dans le domaine de la vente d'immeubles et à se conformer à la Loi sur la concurrence et de prendre des mesures disciplinaires, toute violation pouvant entraîner la résiliation de l'adhésion—Le WREB n'était pas partie à la procédure qui a abouti à l'ordonnance de ne pas faire et n'était pas un «intimé»—Dans la déclaration, il est allégué que les politiques du WREB visent à éliminer les vendeurs à temps partiel—Il est allégué que l'ACI a contrevenu à l'ordonnance pour le motif qu'elle a omis de prendre les mesures de surveillance appropriées en ce qui concerne le Winnipeg Board—Demandes accueillies—Il est évident et manifeste que l'action ne saurait aboutir—L'ordonnance n'oblige pas l'ACI à prendre des mesures officielles en vue de garantir le respect par ses membres de l'ordonnance ou de la Loi sur la concurrence—Elle l'oblige uniquement à conclure une entente avec chaque chambre au sujet de l'observation de l'ordonnance—Des mesures disciplinaires doivent être prises uniquement contre les membres reconnus coupables d'une infraction à la Loi sur la concurrence, ou contre l'une quelconque des neuf chambres intimées reconnue coupable d'avoir enfreint l'ordonnance—Aucune cause d'action n'est révélée contre l'ACI ou contre le WREB—Le WREB n'est pas lié par l'ordonnance étant donné qu'il n'était pas un intimé—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 419(1)a).

CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) C. ASSOC. CANADIENNE DE L'IMMEUBLE (T-2442-90, juge Rouleau, ordonnance en date du 28-1-91, 8 p.)

## COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

### SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE

Appel d'un jugement [(1989), 29 F.T.R. 212] dans lequel la Section de première instance a rejeté l'action intentée par l'appelante en vue de l'obtention d'un jugement déclaratoire sans avoir entendu la preuve—La validité de la cotisation n'est pas contestée—Le juge de première instance s'est trompé en assimilant l'action à un appel contre la cotisation—L'action en vue de l'obtention d'un jugement déclaratoire n'a pas à être rejetée dans son ensemble simplement parce que certaines déclarations sollicitées ne sont peut-être pas disponibles—Le juge de première instance s'est trompé en rejetant l'action dans

## COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE—

### Fin

son ensemble pour le motif que les questions litigieuses auraient pu être tranchées par voie d'appel contre la cotisation et en concluant que la Section de première instance n'était donc pas compétente—Appel accueilli—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 52b)(ii).

CITY CENTRE PROPERTIES INC. C. CANADA (A-612-89, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 18-12-90, 3 p.)

Appel d'un jugement de première instance accueillant l'appel interjeté contre la décision dans laquelle le protonotaire-chef adjoint avait radié la déclaration—Veinot et la bande avaient convenu que cette dernière contracterait des emprunts bancaires afin de réduire son déficit et de construire un foyer pour personnes âgées à la suite des déclarations faites par Veinot, à savoir que des fonds seraient mis à la disposition de la bande pour lui permettre de rembourser les prêts—Lorsque Veinot a découvert qu'il avait outrepassé sa compétence, il a fait une fausse déclaration au gouvernement au sujet de la nature et de l'étendue de ses rapports avec la bande et les banques—Le gouvernement a placé la bande sous séquestre—La bande a intenté une action contre la Couronne pour inexécution de contrat ou pour violation de son obligation de fiduciaire et contre Veinot par suite de son ingérence délibérée ou par négligence dans les rapports contractuels de la bande avec les banques—Le juge de première instance a conclu que les trois conditions auxquelles est soumise la compétence de la Cour fédérale, lesquelles avaient été établies dans *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, avaient été remplies—Il s'est appuyé sur la théorie du «lien» énoncée par le juge Reed dans *Marshall c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 437 (1<sup>re</sup> inst.)—Cette théorie a depuis lors été évitée par la Cour suprême dans *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; et rejetée dans *Varnam c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1988] 2 C.F. 454 (C.A.); et *Wilder c. Canada*, [1988] 2 C.F. 465 (C.A.)—La décision du juge de première instance ne peut plus être défendue sur la base sur laquelle elle a été tranchée—L'intimé soutient que dans certains cas, la common law fédérale répond à la définition de la «loi du Canada» au sens de l'art. 101 de la Loi constitutionnelle de 1867—Il s'appuie sur l'interprétation de la décision du juge Wilson dans *Roberts c. Canada* donnée par les professeurs J.W. Evans et Brian Slatery dans *Case Note* (1969), 68 R. du B. Can. 817—Cet argument n'est pas décrit en l'espèce—Il ne s'agit pas de savoir si la Couronne a une obligation de fiduciaire envers l'intimé, mais si un préposé de la Couronne a une telle obligation—Cet argument n'est pas invoqué dans la déclaration—Appel accueilli—L'ordonnance radiant la déclaration contre Veinot est rétablie—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 17(5)b)—Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la Loi constitutionnelle de 1982, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 101.

COURCHENE C. CANADA (A-379-88, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 6-2-91, 5 p.)

**CONTRÔLE JUDICIAIRE**

## DEMANDES DE RÉVISION

Demande fondée sur l'art. 28 en vue de l'annulation de la décision rendue par le comité de révision en vertu de l'ancienne Loi sur la sécurité de la vieillesse—Le requérant soutient que la décision contient une erreur de droit et que l'intimée ne devrait toucher qu'une partie de la pension—Question de savoir si les deux périodes pendant lesquelles l'intimée n'était pas au pays devraient être considérées comme des périodes de résidence au Canada—Question de savoir si le cas est régi par le règlement en vigueur au moment où l'intimée a présenté sa demande de pension ou celui qui était en vigueur pendant les deux périodes où elle n'était pas au pays—Le droit à la pension doit être déterminé selon les règles de droit en vigueur au moment de la demande et de son acceptation—Le comité de révision a commis une erreur de droit en appliquant le règlement en vigueur au moment des périodes d'absence—La première absence, bien que temporaire, a duré plus d'un an et n'était donc pas visée par l'art. 21(4a) du Règlement sur la sécurité de la vieillesse—La seconde absence n'est pas visée par l'art. 21(5b) du Règlement parce que l'intimée n'est pas revenue «au Canada dans un délai de six mois après la fin de sa période d'emploi ... hors du Canada»—La décision rendue dans *Ata c. Canada* (1985), 62 N.R. 42 (C.A.F.) est appliquée—Absence de fondement des arguments selon lesquels les conditions de résidence fixées par le Règlement sur la sécurité de la vieillesse violent la liberté de circulation prévue par l'art. 6 de la Charte et selon lesquels le règlement viole l'art. 15 de la Charte pour le motif qu'il est discriminatoire envers l'intimée—Demande accueillie—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 6, 15—Règlement sur la sécurité de la vieillesse, C.R.C., chap. 1246, art. 21(1),(4),(5a),b).

CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) C. PATTINSON (A-464-89, juge Linden, J.C.A., jugement en date du 10-12-90, 8 p.)

## RECOURS EN EQUITY

*Jugements déclaratoires*

Demande visant à l'obtention d'une ordonnance selon laquelle certaines sommes reçues par l'un des demandeurs ne sont pas assujetties à la saisie en vue du paiement de l'impôt sur le revenu—Question de savoir si les sommes destinées à l'éducation sont exemptées de l'impôt en vertu de la Loi sur les Indiens—Demande rejetée—Aucune injonction contre la Couronne—Déclaration non disponible par voie de requête.

NATION DENÉE C. CANADA (T-148-91, juge suppléant Walsh, ordonnance en date du 20-2-91, 4 p.)

**COURONNE**

Annulation d'une subvention—Appel d'un jugement de la Section de première instance ((1985), 6 F.T.R. 22) rejetant la demande qui contestait l'annulation de la subvention dont bénéficiait l'appelante—Obligation pour l'appelante d'établir que le

**COURONNE—Fin**

ministre avait donné son approbation écrite aux modifications apportées au mode de financement de la transaction projetée—Le seul document contenant une approbation susceptible de lier le ministre ne concerne nullement le mode de financement de la transaction—Appel rejeté.

LABORATOIRES OMEGA LTÉE C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (A-832-85, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 5-2-91, 2 p.)

## RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE

Action en dommages-intérêts résultant de la disparition de 7 000 unités électroniques importées du Japon et dont la demanderesse F.M. Électronique n'a pu prendre livraison—L'officier des douanes a remis la marchandise à un imposteur muni de toutes les informations pertinentes—Action contre la Reine fondée sur la Loi sur la responsabilité de l'État—La Cour fédérale n'a pas compétence pour juger du litige entre les demanderesse et les codéfenderesses Kintetsu et S.E.B. Cargo car ce litige n'est fondé sur aucune loi fédérale—Aucune relation contractuelle ou légale entre F.M. Électronique et la Couronne—Dommage imputable à un vol d'informations dont l'auteur est inconnu—Aucune négligence de l'officier des douanes—La Couronne n'a jamais pris possession des 7 000 unités électroniques—Absence de lien direct de cause à effet entre les actes reprochés et le dommage subi—Action rejetée—Loi sur la responsabilité de l'État, L.R.C. (1985), chap. C-50, art. 3(1).

PRUDENTIAL ASSURANCE CO. C. CANADA (T-1094-88, juge Denault, jugement en date du 25-1-91, 11 p.)

**DROIT D'AUTEUR**

## PRATIQUE

Outrage au tribunal—Requête en vue de faire déclarer la défenderesse coupable d'outrage au tribunal pour avoir vendu une cassette de jeux vidéo produite en contrefaçon—L'injonction a été accordée et signifiée au gérant de la défenderesse—L'opération a été effectuée par un employé à l'extérieur du magasin—L'employé a témoigné que la défenderesse lui avait donné l'instruction de ne pas vendre les cassettes en question dans le magasin—Requête accueillie—Les éléments de l'outrage sont prouvés hors de tout doute raisonnable—Une personne peut enfreindre une ordonnance judiciaire par l'entremise de ses préposés—L'employé connaissait l'existence de l'injonction—La défenderesse est condamnée à payer une amende de 2 000 \$, plus les dépens, établis à 2 000 \$.

NINTENDO OF AMERICA INC. C. 798824 ONTARIO INC. (T-970-90, juge Denault, ordonnance en date du 21-2-91, 11 p.)

**DROIT MARITIME**

Appel d'un jugement (1990, 31 F.T.R. 310) dans lequel la Section de première instance a jugé que les réclamations des créanciers hypothécaires de deuxième et de troisième rang



**DROIT MARITIME—Suite**

venaient après l'intérêt en *equity* de la cédante de la première hypothèque—La première hypothèque avait été cédée à titre de sûreté accessoire—Appel rejeté—Les créanciers hypothécaires subséquents étaient au courant de la nature de la cession—La cession servait de sûreté à l'égard de prêts bancaires—La cédante conservait l'intérêt bénéficiaire—Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), chap. S-9, art. 74.

VERSATILE PACIFIC SHIPYARDS INC. C. PRINCE GEORGE (LE) (A-136-90, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 28-1-91, 4 p.)

**CRÉANCIERS ET DÉBITEURS**

La demanderesse a demandé une ordonnance portant nullité de l'avis de caveat-paiement et versement d'un montant suffisant des deniers consignés en justice pour satisfaire au jugement *in rem*—Mutual Trust Company, Mutual Trustco Inc. (la créancière) et Price Waterhouse (le séquestre) (ci-après M.T. et P.W.) ont demandé une ordonnance en vue du paiement immédiat de tout l'argent consigné en justice pour garantie d'exécution—Les navires défendeurs ont été saisis le jour où la déclaration a été déposée—Les navires ont été libérés sur paiement à la Cour de la garantie d'exécution—Jugement par défaut *in rem* et *in personam* et ordonnance en vue du paiement à la demanderesse si aucun avis de caveat-paiement n'est déposé—M.T. et P.W. ont déposé un avis de caveat-paiement pour le motif qu'elles sont créancières hypothécaires et qu'elles ont mis la société défenderesse sous séquestre avant la délivrance de la déclaration—Le contrat de sûreté passé par la défenderesse et M.T. est une hypothèque mobilière grevant tous les biens de la défenderesse—Une fois libérés les navires ont été vendus—(1) M.T. et P.W. ont qualité pour faire valoir leur droit de préférence par suite du dépôt d'un avis de caveat-paiement—L'argent a été volontairement consigné en justice et avant le paiement, il faut prendre en considération l'opposition au paiement—La demanderesse ne subit pas de préjudice: elle était au courant des prétentions de M.T. et P.W. avant le dépôt de l'avis de caveat-paiement ainsi que du contrat sur lequel M.T. et P.W. s'appuyaient—Le statut doit être accordé au créancier garanti lorsque le créancier fournisseur connaît l'existence de la sûreté avant le dépôt de la requête en paiement—(2) M.T. et P.W. détiennent une sûreté (hypothèque) et la demanderesse a un privilège légal en vertu du jugement par défaut—Dans *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Le navire «Frank and Troy»*, [1971] C.F. 556 (1<sup>re</sup> inst.), il a été jugé que les hypothèques prenaient rang avant les privilèges légaux—Les affaires dans lesquelles «l'ordre de priorité habituel» est mis de côté, compte tenu de principes d'*equity*, sont distinguées—M.T. et P.W. n'étaient pas tenues d'avertir les fournisseurs des difficultés financières de la société défenderesse étant donné qu'elles ne connaissaient pas nécessairement tous les faits concernant l'aptitude à survivre de cette dernière—Les fournisseurs avaient décidé de ne pas se protéger, au moyen d'un paiement à l'avance ou à la livraison—La demanderesse n'a présenté aucune preuve permettant d'appliquer les «principes d'*equity*» en vue d'inverser l'ordre de priorité—La demande est rejetée et la requête de M.T. et P.W. est accueillie—Règles de la Cour

**DROIT MARITIME—Fin**

fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 1004, 1007, 1008, 1010(1).

LEWMAR MARINE LTD. C. C & C INDUSTRIES LTD. (T-2720-90, juge Cullen, ordonnance en date du 30-1-91, 9 p.)

**DROITS DE LA PERSONNE**

Demandes de *certiorari* et de bref de prohibition contre la Commission des droits de la personne en vue de l'empêcher de commencer ou de poursuivre tout examen de la plainte déposée par l'intimée, Mary Pitawanakwat, femme d'origine ojibway—La plaignante est agente de développement social au Secrétariat d'État depuis le mois d'octobre 1979—En octobre 1985, elle a été avisée dans son rapport d'évaluation que son supérieur recommanderait son renvoi pour incompétence—En novembre 1985, la plaignante a déposé devant la Commission des droits de la personne (la CDP) une plainte de discrimination raciale contre l'employeur—Le traitement de la plainte par la CDP a été ajourné en attendant la décision que le comité d'appel de la Commission de la fonction publique devait rendre à la suite de l'appel interjeté contre le renvoi—Le Comité d'appel a reçu des preuves relatives aux allégations de discrimination raciale, mais dans la décision du mois de mars 1986, il a conclu que le renvoi était fondé—Les allégations ont été prises en considération, mais ont été jugées sans importance—Elles ne se rapportaient pas vraiment à la question de l'incompétence—En novembre 1986, la CDP a informé le Secrétariat d'État que la plainte de discrimination raciale ne serait pas examinée étant donné qu'elle avait été dûment instruite par le comité d'appel—En septembre 1987, la Cour d'appel fédérale, à la suite d'une demande fondée sur l'art. 28, a ordonné à la CDP de statuer sur la plainte—En avril 1988, la CDP a désigné un enquêteur pour enquêter sur la plainte de discrimination raciale—Dans son rapport, en date du 4 août 1989, l'enquêteur recommandait qu'un tribunal des droits de la personne soit chargé d'examiner la plainte—Le 9 août 1989, la plaignante a modifié la plainte pour qu'il y soit ajouté le motif de harcèlement sexuel—La CDP n'a pas agi comme il convient ou légalement en ce qui concerne la plainte de harcèlement sexuel—Il s'agit d'une nouvelle plainte, qui a été déposée après que le rapport sur la plainte initiale eut été achevé—La CDP a outrepassé sa compétence en examinant la plainte de discrimination sexuelle, étant donné qu'elle a omis de se rendre compte qu'il s'agissait d'une nouvelle plainte et d'examiner la question de savoir si le délai devait être prorogé comme l'exigeait l'art. 41e) de la Loi sur les droits de la personne—La demande est accueillie en ce qui concerne la plainte de discrimination sexuelle: il est interdit à la CDP de traiter la plainte—Quant à la plainte de discrimination raciale, la requérante a invoqué le principe d'irrecevabilité, et a soutenu que la question avait été tranchée d'une manière définitive par le comité d'appel conformément à l'art. 31 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique—En premier lieu, il n'existe aucune raison de principe de refuser d'appliquer le principe d'irrecevabilité aux décisions des offices, dans une demande d'examen judiciaire—La question a été tranchée par

**DROITS DE LA PERSONNE—Fin**

la Cour d'appel fédérale dans le jugement rendu le 17 septembre 1987, où il était ordonné à la CDP, qui avait refusé de statuer sur l'affaire parce que le comité d'appel s'était déjà prononcé sur la question, d'examiner la plainte—En outre, étant donné que le comité d'appel a rejeté l'allégation de discrimination raciale parce qu'elle ne se rapportait pas à la question de la compétence et qu'il n'a pas examiné la question elle-même, le principe d'irrecevabilité ne s'applique pas étant donné que la question n'est pas *eadem questio*—De plus, étant donné que la question en litige met en cause le requérant au nom du Secréariat d'État et de la CDP, et non le requérant et la plaignante, les parties ne sont pas identiques—De plus, compte tenu de la disparité des pouvoirs des offices en cause, le principe de l'autorité de la chose jugée semble être totalement anéanti en l'espèce—Enfin, dans la Loi sur les droits de la personne, le législateur a modifié le principe de l'autorité de la chose jugée: la CDP est l'organisme de dernier ressort habilité à donner suite aux plaintes même si celles-ci subsument d'autres procédures de règlement des griefs ou d'examen antérieurement, initialement ou complètement traitées par d'autres offices—La législation sur les droits de la personne a une importance primordiale par rapport à l'ensemble des lois canadiennes—La demande est rejetée en ce qui concerne la plainte de discrimination raciale—Loi sur la Commission canadienne des droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33, art. 13.1 (édicte par S.C. 1980-81-82-83, chap. 143, art. 7), 33*b*(i),(iv), 35, 36—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), chap. H-6, art. 40(2), 41*a*,*b*,*e*), 42(2), 43(1) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 31, art. 64), 44(2*a*),*b*), (3), 47, 49(1) (mod., *idem*, art. 66), 50, 51, 52, 53, 54, 57, 66(1)—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), chap. P-33, art. 5*d*), 31.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (T-381-90, juge Muldoon, ordonnance en date du 24-4-91, 47 p.)

Contrôle judiciaire—Requête visant à ordonner à la Commission canadienne des droits de la personne de mener une autre enquête sur une plainte relative à des actes discriminatoires commis à l'Office national de l'énergie—Le premier enquêteur avait recommandé à la Commission de rejeter la plainte parce que l'allégation de discrimination était sans fondement—La recommandation a été endossée—Autorité restreinte de la Cour lorsqu'il s'agit d'intervenir dans une décision d'un tribunal administratif—Preuve irrecevable au regard de l'art. 18 de la Loi—Rapport d'enquête inattaquable—Demande rejetée.

KIBALE C. CANADA (OFFICE NATIONAL DE L'ÉNERGIE) (T-144-91, juge Joyal, ordonnance en date du 18-2-91, 4 p.)

**ENVIRONNEMENT**

Demande de *certiorari* annulant (1) l'exécution par le ministre des Pêches de l'accord qu'il a conclu avec le gouvernement de la Colombie-Britannique et Alcan Aluminium; (2) la décision prise par le ministre au sujet du débit de la Nechako; (3) les déclarations d'exemption autorisant les travaux prévus par l'accord; et demande de *mandamus* obligeant les intimés à se

**ENVIRONNEMENT—Suite**

conformer au Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement (PÉEE)—Les intimés demandent la radiation des requêtes présentées par les requérants—En 1950, Alcan a été autorisée à emprisonner et à diriger l'eau de la Nechako et de la Nanika afin de produire de l'énergie hydro-électrique—Après avoir décidé d'agrandir ses installations, Alcan a effectué des études approfondies sur les répercussions d'une seconde centrale thermique et d'une ligne de transmission sur les stocks de poisson—Avant que les études soient terminées, le ministre des Pêches a rendu une ordonnance au sujet de l'écoulement des eaux—Une action a été intentée en vue de l'exécution de l'ordonnance, mais l'affaire a été réglée à l'amiable—Les requérants n'ont pas été consultés et ne sont pas parties au règlement—Le ministre a en même temps exprimé l'opinion selon laquelle le débit convenu était suffisant pour la sécurité du poisson—L'entente de règlement prévoit qu'Alcan doit renoncer à certains droits en vertu de son permis et s'engager à construire des installations destinées à améliorer la qualité de l'eau—L'art. 3 du PÉEE exige que le Ministère qui a entamé le processus veille à ce que les répercussions environnementales des propositions soient pleinement examinées avant la prise de décisions irrévocables; si les répercussions sont importantes, la proposition est soumise au ministre en vue d'un examen par une commission—L'arrêté prévoit que l'art. 3 du PÉEE ne s'applique pas au projet et prévoit l'approbation de l'entente de règlement—Depuis lors, Alcan a dépensé 332 millions de dollars dans le cadre du projet—Le demandeur, qui est propriétaire d'une bonne partie du territoire en cause, demande un examen environnemental—Il allègue que la réduction du débit et les inondations ont un effet défavorable sur la faune et sur le poisson, qui sont des sources d'approvisionnement pour les requérants—Les motifs sur lesquels la requête en radiation est fondée sont que le ministre de l'Environnement n'est pas la partie à laquelle il convient de s'adresser étant donné qu'il ne s'agit pas d'un «office fédéral», que la Cour n'est pas compétente parce que le ministre a agi à titre législatif, et non administratif, et que la Cour n'est pas compétente pour accorder un jugement déclaratoire par voie d'avis de requête—Les requérants ne cherchent pas à faire annuler l'arrêté, mais plutôt la décision du ministre de recommander l'adoption d'un arrêté en violation des obligations imposées par la Loi sur l'environnement et les Lignes directrices, laquelle va à l'encontre de la justice naturelle—L'arrêté vise à empêcher tout examen autre que les études d'Alcan—L'examen de la jurisprudence montre que le droit de l'environnement est en plein essor—Il existe une tendance nette visant à libéraliser les conditions requises en ce qui concerne les évaluations environnementales fédérales effectuées en vertu des Lignes directrices et à ne pas empêcher les parties qui peuvent à bon droit demander des audiences d'obtenir celles-ci, en leur opposant des moyens touchant à la procédure—L'action en vue de l'obtention d'une déclaration selon laquelle l'entente de règlement est illégale et l'arrêté inconstitutionnel a été intentée en 1988, mais le projet sera probablement terminé avant que la décision ne soit rendue—Plusieurs questions sérieuses sont soulevées, et notamment (1) la question de savoir si l'évaluation environnementale faite par la province est suffisante pour libérer les autorités fédérales de l'obligation d'effectuer un examen en conformité avec le PÉEE; (2) la question de savoir si les études effectuées par les promoteurs du projet à titre d'intéressés sont suffisantes pour justifier la conclusion du ministre, à savoir qu'aucun autre

**ENVIRONNEMENT—Fin**

examen indépendant n'est nécessaire; (3) la question de savoir s'il suffit d'examiner les principales conséquences environnementales à la satisfaction des ministres, lorsque des questions de moindre importance susceptibles d'avoir des effets sur l'environnement, n'ont jamais été examinées; et (4) la question de savoir si le ministre peut empêcher l'examen environnemental prévu par le PÉEE au moyen d'un arrêté déclarant que celui-ci ne s'applique pas—La procédure sommaire engagée en vertu de l'art. 18 est peut-être le moyen le plus pratique de trancher les questions importantes, même s'il est habituellement préférable d'intenter une action en jugement déclaratoire—La requête ne devrait pas être rejetée sans la tenue d'une audience au fond—Il est tout à fait clair que le projet peut avoir des répercussions environnementales sur un secteur de compétence fédérale ou qu'il s'agit d'un projet pour lequel le gouvernement du Canada s'engage financièrement—Selon le PÉEE, un examen doit avoir lieu—Les ministres sont tenus de veiller à ce qu'une évaluation ait lieu et ne doivent pas empêcher celle-ci au moyen d'une entente de règlement et d'un arrêté—Il est souvent difficile d'établir l'équilibre entre les conséquences qu'entraînerait l'absence d'évaluation dans un cas particulier et la décision d'exiger une évaluation dans tous les cas, bien que les conséquences environnementales soient peu importantes, mais la décision de ne pas effectuer d'évaluation en conformité avec le PÉEE en l'espèce, où de toute évidence une évaluation était requise, va au-delà de l'exercice équitable d'un pouvoir discrétionnaire dans lequel la Cour ne peut pas s'ingérer—Il ne suffit pas d'être satisfait de l'étude, bien qu'approfondie, effectuée par le promoteur du projet, même avec l'aide des ministres en cause, sans une évaluation publique par une commission indépendante qui entendrait tous les intéressés—Le ministère de l'Environnement devrait imposer des limites au sujet de ce qui doit faire l'objet d'un examen, de façon à éviter l'étude répétitive de questions déjà examinées—L'application obligatoire d'un règlement l'emporte sur l'arrêté qui en annule l'effet—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18, 44—Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, chap. F-14, art. 20, 35, 37—Loi sur le ministère de l'Environnement, L.R.C. (1985), chap. E-10, art. 6—Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467, art. 3, 4, 6, 10, 12, 13, 20, 21—Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35.

CARRIER-SEKANI (CONSEIL TRIBAL) C. CANADA (MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT) (T-2686-90, juge suppléant Walsh, jugement en date du 14-5-91, 39 p.)

**EXPROPRIATION**

Demande de décision, en vertu de l'art. 18 de la Loi sur l'expropriation, au sujet de l'état du titre concernant des biens-fonds devant être expropriés par la Couronne fédérale—Biens-fonds situés au-dessus de la laisse de haute mer et biens-fonds submergés—Témoignage de la personne qui a fait la recherche de titre—La Couronne provinciale n'a pas déposé de demande—Les propriétaires des structures expropriées sur les

**EXPROPRIATION—Fin**

biens-fonds de la Couronne ont le droit d'utiliser ou d'enlever celles-ci tant que l'indemnité n'est pas payée.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. THURSTON (T-1678-90, juge Cullen, jugement en date du 4-3-91, 8 p.)

**FONCTION PUBLIQUE****COMPÉTENCE**

Demande en vue de l'annulation du refus de la C.R.T.F.P. d'examiner l'opposition formulée par la requérante au sujet de la désignation proposée par le Conseil du Trésor d'une employée devant être exclue de l'unité de négociation pour le motif qu'elle occupe un poste de direction ou de confiance—L'employée a été désignée à titre de représentante de l'employeur dans la procédure de règlement des griefs—La requérante s'est opposée à la désignation pour le motif que cela créait cinq paliers dans la procédure de règlement des griefs, en violation de l'art. 72(1) des Règlement et règles de procédure de la C.R.T.F.P.—La Commission a rejeté l'opposition; elle a conclu que sa compétence était limitée à la question de savoir si l'employeur avait chargé l'employée de s'occuper des griefs en vertu de la Loi: *R. du chef du Canada c. A.F.P.C.*, [1984] 2 C.F. 998 (C.A.)—Demande accueillie—La Commission doit statuer sur l'opposition concernant la légalité de la désignation—La Commission, et non l'employeur, fait la désignation lorsque l'agent négociateur s'oppose, conformément à l'alinéa c) de la définition de l'expression «personne occupant un poste de direction ou un poste de confiance» figurant à l'art. 2 de la Loi—Les obligations de la Commission comprennent la détermination de la question de savoir si la personne dont la désignation est contestée «s'occupe officiellement pour le compte de l'employeur, en raison de ses attributions, d'un grief»—Elle doit également s'assurer que les attributions permettront la présentation des griefs «selon la procédure établie en application de la présente loi»—La désignation qui est réputée constituer une violation de l'art. 72(1) ne pourrait pas permettre la présentation d'un grief «selon la procédure établie en application de la présente loi»—La Commission doit se prononcer sur l'opposition étant donné qu'elle ne peut pas, en fin de compte, faire une désignation contraire à la Loi—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28—Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), chap. P-35, art. 2, 21(1), 22(1), 23(1)d), 100(1)b)—Règlement et règles de procédure de la C.R.T.F.P., C.R.C., chap. 1353, art. 34, 72(1).

ALLIANCE DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA C. CANADA (A-325-90, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 7-2-91, 9 p.)

**FORCES ARMÉES**

Requête introductive d'instance en vue de l'obtention d'un *certiorari*, d'une injonction, d'un bref de prohibition et d'un *mandamus* concernant la directive du ministre de la Défense

## FORCES ARMÉES—Fin

nationale empêchant de confier à certaines personnes des fonctions de maintien de la paix pour le motif que des considérations ethniques, raciales ou religieuses pourraient créer des difficultés sur le théâtre des opérations de maintien de la paix—La requérante allègue que la politique (1) prive les juifs et les musulmans du droit d'être égaux devant la loi, (2) n'est pas une exigence professionnelle normale, (3) n'est pas une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique—La requérante s'appuie également sur la Charte et sur la Loi sur le multiculturalisme—Le ministre cherche à faire radier la requête introductive d'instance pour le motif que la requérante n'a pas qualité pour agir; l'affidavit présenté à l'appui n'est pas limité aux faits que le témoin est en mesure de prouver par la connaissance qu'il en a; la requête soulève des questions au sujet de la Charte qui exigent que la preuve des faits soit présentée durant l'instruction—Renvoi à *Conseil canadien des Églises c. Canada*, [1990] 2 C.F. 534 (C.A.)—La Cour exerce son pouvoir discrétionnaire en radiant la requête avec l'autorisation d'intenter une action par le dépôt d'une déclaration—La société requérante, qui n'a aucun intérêt personnel, sollicite en fait un jugement déclaratoire—Les jugements déclaratoires sont normalement demandés au moyen d'une déclaration—Il existe d'autres façons raisonnables et efficaces de saisir la Cour de la question, par exemple si le requérant était membre des forces armées, dont la sécurité personnelle pourrait être menacée—Le pouvoir discrétionnaire de la Cour aurait pu être exercé différemment si le requérant avait été une femme, un juif ou un musulman, ceux-ci étant tous des membres des forces canadiennes qui pourraient autrement participer à des missions de maintien de la paix—L'affidavit présenté à l'appui est défectueux en ce qui concerne la connaissance personnelle exigée par la Règle 332(1)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 319(4), 332(1).

LIGUE DES DROITS DE LA PERSONNE DE B'NAI BRITH CANADA C. CANADA (MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE) (T-3039-89, juge Muldoon, ordonnance en date du 25-1-91, 11 p.)

## IMMIGRATION

Requête en vue de l'obtention d'un *certiorari* annulant la décision selon laquelle le requérant doit passer la sélection à Hong Kong pour venir au Canada à titre de réfugié ou de membre d'une catégorie désignée et en vue de l'obtention d'un *mandamus* ordonnant à l'intimé de traiter le parrainage du requérant—Les agents des visas à Hong Kong n'ont pas accès aux «boat people» vietnamiens dans les centres de détention s'ils sont arrivés après le 16 juin 1989, à moins que ces derniers n'aient été sélectionnés à titre de réfugiés ou de membres de la famille immédiate (conjoint ou enfants) de personnes qui se trouvent au Canada—Le requérant est arrivé après le 15 juin 1989—Il est parrainé par un groupe comprenant son frère et des groupes religieux—Il n'est pas admissible en vue de la réunification des familles—Il n'a pas réussi l'épreuve de sélection—La demande de parrainage ne peut pas être accueillie—Près de deux millions de réfugiés d'Indochine ou de personnes demandant l'asile ont quitté leur pays d'origine depuis 1975, ce qui impose une charge disproportionnée aux pays voisins—Pour

## IMMIGRATION—Suite

prévenir des mesures non humanitaires, par exemple, le renvoi des «boat people» ou l'interdiction d'entrée dans les pays de premier asile, les Nations Unies ont adopté, en juin 1989, un plan global d'action (PGA)—Ce plan s'applique à toutes les personnes demandant l'asile qui sont arrivées après le 15 juin 1989—Un comité directeur composé de représentants de 15 pays, dont le Canada, a été constitué pour établir le calendrier en vue de la mise en œuvre du plan—La demande est rejetée pour le motif qu'elle est prématurée—Une décision selon laquelle le requérant doit passer l'étape de sélection à Hong Kong pour venir au Canada à titre de réfugié ou de membre d'une catégorie désignée doit être prise en ce qui concerne une demande d'établissement—Étant donné qu'aucune demande n'a été présentée, il ne peut pas y avoir de «décision» imposant la sélection à Hong Kong avant que le requérant puisse s'établir—Puisqu'aucune demande n'a été présentée, il n'existe aucune obligation, en droit, de traiter le parrainage—Même si cette obligation existait, l'intimé a traité la demande de parrainage dans la mesure du possible—La tentative pour expédier le parrainage et la demande au requérant est méritoire, mais elle ne peut pas faire l'objet d'un *mandamus*—Le *mandamus* n'est pas accordé pour forcer une personne à faire quelque chose qu'elle n'est pas encore tenue de faire—*Obiter*: malgré les aspirations des Nations Unies en vue du traitement humanitaire des personnes qui demandent l'asile, l'humanité implique un examen approfondi du sort des personnes en cause, lorsque les critères appliqués peuvent avoir un effet contraire à celui qu'il devait avoir—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.

NGUYEN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-3142-90, juge Cullen, ordonnance en date du 1-2-91, 6 p.)

## EXPULSION

L'arbitre n'a pas compétence pour rouvrir une audience qui s'est terminée par une mesure d'expulsion en vue de recevoir la preuve des faits survenus postérieurement, laquelle peut démontrer que la mesure a été prise prématurément—Demande rejetée.

PALACIOS C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-880-90, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 19-2-91, 1 p.)

## STATUT DE RÉFUGIÉ

Appel de la décision rendue par la Section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié—La Commission n'a pas véritablement examiné la question de savoir si les gestes répétés de harcèlement des autorités iraniennes constituaient de la persécution au sens de la Convention sur les réfugiés—La Commission a mal interprété la preuve—La remarque selon laquelle la Commission «doit être convaincue que la personne en cause a raison de craindre d'être persécutée» montre que la Commission n'a peut-être pas compris que

**IMMIGRATION—Suite**

l'appelante avait un fardeau de preuve limité, comme on l'a statué dans *Adjei c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 680 (C.A.)—Appel accueilli et affaire renvoyée à un tribunal différemment constitué.

MIRZABEGLUI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-538-89, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 28-1-91, 2 p.)

En concluant que la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention ne reposait sur aucun minimum de fondement, le tribunal d'accès a considéré les activités de la partie requérante uniquement dans un contexte de relations de travail non politique—Les documents fournis révèlent des liens très étroits entre le syndicat même contre lequel le requérant agissait, les militaires, et le parti qui est subséquentement arrivé au pouvoir en Argentine—Impossible de prétendre qu'il n'existait aucune preuve permettant de reconnaître à la partie requérante le statut de réfugié—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

BRANDERIZ C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-251-90, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 13-3-91, 2 p.)

Appel de la décision dans laquelle la Section du statut de réfugié a refusé d'accorder le statut pour le motif que l'appelant était victime de persécution en raison de ses opinions politiques—L'appelant, un citoyen syrien, est un musulman chiite—Les membres de la congrégation de la mosquée ont formé un groupe, à la suite d'une suggestion de l'imam, dans le but de recueillir des fonds pour envoyer de la nourriture aux personnes nécessiteuses au Liban—L'appelant a témoigné que des membres des services secrets de la Syrie se sont présentés à une réunion, ont averti le groupe de mettre fin à ses activités et ont déclaré que le groupe devrait plutôt contribuer à l'effort militaire syrien au Liban—Au cours d'une réunion subséquente, les autorités ont battu et arrêté le frère de l'appelant—Le frère n'a pas donné signe de vie depuis lors—La police cherche l'appelant—Question de savoir si l'appelant se livre à des activités politiques—Le tribunal a émis de vagues doutes au sujet de la crédibilité de l'appelant—Appel accueilli—Le tribunal est tenu d'expliquer pourquoi il doute de la crédibilité de l'appelant—Le tribunal a conclu, sur la foi du témoignage de l'appelant, que ce dernier pouvait pratiquer sa religion—Il importe peu que le groupe n'ait pas de titre et qu'il soit peu homogène—Il importe peu que l'appelant ait été un simple enfant ne jouant aucun rôle particulier—Le critère, en ce qui concerne les activités politiques, consiste à savoir si le gouvernement du pays considère qu'il s'agit d'activités politiques.

HILLO C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-260-90, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 15-3-91, 6 p.)

Demande en vue de l'annulation de la décision dans laquelle un membre de la Section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention ne comportait pas un minimum de fondement—Le requérant (1) a apparemment participé à une tentative de coup d'État en Gambie, (2) était connu des autorités et (3) craignait d'être arrêté et emprisonné s'il retournait dans ce pays—Le tribunal a conclu

**IMMIGRATION—Fin**

que le requérant craignait d'être assujéti à des poursuites plutôt que d'être persécuté—Demande accueillie—Le tribunal a jugé que la preuve soumise par le requérant était digne de foi et sincère, ce qui incluait vraisemblablement la preuve voulant que la forme de gouvernement en Gambie ne soit pas une démocratie et que l'appareil judiciaire ne soit pas indépendant—Le tribunal aurait dû se rendre compte qu'il faisait face à une question de droit jusque là non résolue, à savoir si de simples poursuites sont possibles en pareil cas—Le tribunal a outrepassé le mandat qu'il a en tant que tribunal du premier palier, de déterminer simplement si la revendication du statut de réfugié a un minimum de fondement.

CAMARA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-600-90, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 28-1-91, 3 p.)

Demande d'annulation de la mesure d'expulsion—Le tribunal dispose d'éléments de preuve contradictoires sur le traitement réservé aux personnes qui retournent à El Salvador après avoir été à l'étranger—Bien que le tribunal n'ait tiré aucune conclusion défavorable concernant la crédibilité du témoignage oral du requérant, il a néanmoins tranché la question du minimum de fondement à l'encontre du requérant—Le tribunal a outrepassé sa compétence comme tribunal de «premier niveau» puisqu'il disposait d'une preuve crédible appuyant deux propositions différentes et qu'il a pris sa décision selon la prépondérance des probabilités—La demande est accueillie et la mesure d'expulsion est annulée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

ANTUNES C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-679-90, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 25-2-91, 3 p.)

Demande d'annulation de la décision du tribunal d'accès—Le requérant fait valoir l'existence d'un mandat d'arrestation décerné contre lui en Chine pour ses activités au cours des manifestations étudiantes—L'arbitre a tiré une conclusion défavorable à la crédibilité du requérant—Le membre de la Section du statut de réfugié n'a trouvé aucune preuve à l'appui de la crainte du requérant d'être persécuté, sans avoir tiré une conclusion défavorable à l'égard de sa crédibilité—La demande est accueillie—Le membre de la Section a commis une erreur—Il était essentiel de se prononcer sur la crédibilité pour décider si la revendication du requérant avait un minimum de fondement—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

LI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-862-90, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 13-3-91, 2 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU**

Appel de la décision dans laquelle la Cour de l'impôt a rejeté l'appel contre les nouvelles cotisations—Le contribuable et son épouse allèguent avoir formé une société en ce qui concerne le revenu tiré d'une entreprise agricole et de la location d'immeubles—Le ministre a attribué le revenu tiré de l'agriculture au

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

mari et le revenu de location à la femme—La moitié de l'exploitation agricole est détenue en copropriété—Le camion et le matériel agricole ont été achetés par le mari en son propre nom—Les immeubles locatifs sont enregistrés au nom de la femme, et assurés en son nom—Question de savoir si le partage du travail et du revenu est simplement attribuable au lien créé par le mariage—Appel rejeté—Question de savoir s'il existe en fait une société—Le mariage n'exclut pas automatiquement l'existence d'une société commerciale—Il n'est pas établi que chaque époux était autorisé à lier la présumée société.

KUCHIRKA C. M.R.N. (T-745-88, juge Strayer, jugement en date du 1-3-91, 8 p.)

Les demandeurs cherchent à obtenir un jugement déclaratoire selon lequel certaines exigences du M.R.N., en vertu de l'art. 231.2 de la Loi de l'impôt sur le revenu (la Loi), sont inopérantes au sens de l'art. 52 de la Charte, pour le motif qu'elles sont incompatibles avec les art. 7, 8 et 11 de la Charte—Lettres envoyées par un agent du défendeur en vue de demander aux demandeurs de fournir des renseignements et certains documents—Les demandeurs n'ont pas fourni les renseignements—Il n'est pas établi que les demandeurs ont commis une infraction—Question de savoir si les demandes contestées de renseignements sont autorisées par la Loi et dans l'affirmative, si l'art. 231.2(1) de la Loi et les demandes contestées de renseignements sont incompatibles avec les art. 7 et 8 de la Charte—Absence de fondement de l'argument invoqué par les demandeurs, à savoir que les demandes de renseignements ne sont pas autorisées par la Loi étant donné que les renseignements exigés par le MRN n'avaient pas à être consignés ou conservés en vertu de la Loi—Dans *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, la Cour suprême du Canada a rappelé l'interprétation qu'il convient de donner à l'art. 231(3) de la Loi—L'art. 231(3) ne viole pas l'art. 8 de la Charte étant donné qu'il ne s'agit pas d'une disposition de nature pénale ou quasi pénale, mais d'une mesure de réglementation—Le droit de garder le silence garanti par l'art. 7 de la Charte ne peut pas exister en l'absence d'une procédure pénale—Le droit ne s'applique pas aux cas de nature non pénale, lorsque le législateur a expressément imposé l'obligation de répondre, à l'art. 231.2(1) de la Loi—Action rejetée—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 231.2 (mod. par S.C. 1986, chap. 6)—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), [L.R.C. (1985), appendice II n° 44], art. 1, 7, 8.

MORENA C. CANADA (T-1271-89, juge Pinard, jugement en date du 6-11-90, 13 p.)

Appel d'une décision dans laquelle la Cour de l'impôt a conclu que les pertes subies dans un portefeuille de créances hypothécaires étaient les pertes du fiduciaire et non celles de la demanderesse—La demanderesse a investi de l'argent dans le General Mortgage Syndicate—Les hypothèques étaient détenues au nom de la société—Les investisseurs détenaient des «unités» en proportion de leur placement—La société immobilière avait toute latitude à l'égard de l'acquisition et de la gestion des biens—Les sommes investies étaient remboursables sur préavis de trente jours—Pendant sept ans, les investisseurs ont

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

déclaré à titre de revenu leur part du revenu d'intérêts du Syndicate—Des pertes ont été subies en 1982 par suite de la baisse du marché immobilier—Selon l'art. 104(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu, une fiducie est réputée être un particulier—Appel rejeté—La société immobilière détient à titre de fiduciaire les hypothèques pour les investisseurs en leur qualité de bénéficiaires—Les biens appartiennent conjointement au fiduciaire et au bénéficiaire—Les biens sont protégés contre les créanciers du fiduciaire failli—Intention selon laquelle les fonds investis par la demanderesse devaient être gérés au profit de celle-ci par le fiduciaire—Certitude d'intention, d'objet et de but.

FRASER C. M.R.N., (T-26-90, juge Reed, jugement en date du 13-2-91, 12 p.)

**CALCUL DU REVENU****Déductions**

L'appelante soutient que la Loi de l'impôt sur le revenu est injuste et discriminatoire puisqu'elle permet à l'époux qui doit payer la pension alimentaire de déduire celle-ci et oblige l'époux qui touche la pension à la déclarer—Aucune déduction d'un revenu ouvrant droit à pension, bien que l'argent provienne de la rente du conjoint—Appel rejeté.

FAULKNER C. M.R.N. (T-1334-88, juge suppléant Walsh, jugement en date du 25-1-91, 3 p.)

Appel d'une nouvelle cotisation établie en 1987 à l'égard de l'année d'imposition 1980—La contribuable a reporté à 1980 les pertes subies en 1981 lorsqu'elle a produit sa déclaration en 1981—En 1983 et en 1984, le Ministère a établi une nouvelle cotisation à l'égard de la déclaration de 1980—La Loi limitait alors à quatre ans le délai d'établissement de la nouvelle cotisation—En 1983, la Loi a été modifiée de façon qu'une nouvelle cotisation puisse être établie dans les sept ans lorsqu'un report rétrospectif de perte est demandé—Appel accueilli—Le nouvel art. 154(4) prévoyant la prorogation du délai d'établissement des nouvelles cotisations a été adopté en même temps que le nouvel art. 111(1), autorisant le report rétrospectif sur une période de sept ans—Le délai ne s'applique qu'aux déductions faites en vertu du nouvel art. 111(1)—L'application rétrospective n'est pas nécessaire en vue de la réalisation de l'objectif de la modification—*Silverman (D.) c. M.R.N.*, [1989] 2 C.T.C. 204 (CCI), distingué pour le motif qu'il est fondé sur une version subséquente de l'art. 152(4)—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 111(1)a) (mod. par S.C. 1977-78, chap. 1, art. 54; 1984, chap. 1, art. 54), 152(4)b) (mod. par S.C. 1984, chap. 1, art. 84), 152(6) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 48, art. 85; 1984, chap. 1, art. 84).

PLACER DOME INC. C. CANADA (T-1853-89, juge MacKay, jugement en date du 5-2-91, 23 p.)

**LANGUES OFFICIELLES**

Fonction publique—Requête visant à faire annuler une décision du commissaire aux langues officielles rejetant une plainte du requérant à l'égard des services bilingues offerts par la CFP

**LANGUES OFFICIELLES—Fin**

à Toronto—Demandes d'emploi présentées en français pour un poste d'ingénieur civil mais accusés de réception rédigés en anglais—Selon la dernière plainte du requérant, seul le directeur régional du bureau de Toronto pouvait dialoguer en français et cette situation allait à l'encontre des dispositions de la Loi sur les langues officielles—Plainte rejetée—La Cour n'a compétence que s'il y a une erreur de droit ou de juridiction, un manquement au principe de la justice naturelle ou si l'administrateur n'a pas tenu compte de tous les éléments portés à sa connaissance—Le commissaire peut, en vertu de l'art. 58(4) de la Loi, refuser ou cesser d'instruire une plainte s'il n'y a pas contravention à la Loi ou violation de son esprit—La Loi ne prévoit pas le pourcentage des fonctionnaires bilingues dans les différents ministères fédéraux—Le commissaire n'est pas assujéti au contrôle judiciaire pour la simple raison qu'il refuse de donner suite à une plainte—Absence d'erreur de droit ou de fait—Requête rejetée—Loi sur les langues officielles, L.C. 1988, chap. 38, art. 22, 58(4).

ST-ONGE C. CANADA (COMMISSARIAT AUX LANGUES OFFICIELLES) (T-3100-90, juge Joyal, ordonnance en date du 11-2-91, 5 p.)

**LIBÉRATION CONDITIONNELLE**

Appel d'un jugement ([1991] 1 C.F. 160 (1<sup>re</sup> inst.)) annulant la décision de la Commission des libérations conditionnelles de révoquer la libération conditionnelle—La Commission s'est appuyée sur la preuve d'un indicateur secret—La preuve n'a pas été communiquée au libéré conditionnel—Appel rejeté—La non-communication de renseignements constitue un déni des droits reconnus par l'art. 7 de la Charte—Au moment de la nouvelle audience, la Commission ne doit pas utiliser les renseignements non divulgués à l'intimé.

GOUGH C. CANADA (COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (A-1107-90, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 24-1-91, 2 p.)

**MARQUES DE COMMERCE****CONTREFAÇON**

Demande d'injonction interlocutoire interdisant à la défenderesse de violer la marque de commerce «Heinz»—En qualité de propriétaire inscrit des marques de commerce «Heinz» au Canada, la demanderesse a le droit exclusif de les utiliser en liaison avec certains produits alimentaires—Elle vend du ketchup au Canada en liaison avec la marque de commerce «Heinz» depuis 1940—Elle a dépensé des millions de dollars en publicité pour faire de Heinz la marque la plus vendue au Canada—La recette du ketchup vendu au Canada a été élaborée conformément aux préférences de goût des consommateurs canadiens—La demanderesse utilise des bouteilles et des ingrédients canadiens—La défenderesse a importé et vendu du ketchup portant la marque «Heinz» produit aux États-Unis par la société mère américaine de la demanderesse—Elle a réétiqueté le ketchup pour satisfaire aux exigences canadiennes en matière de bilinguisme—La demande est accueillie—L'application du critère de la «question sérieuse» a été exposé dans l'arrêt *Turbo*

**MARQUES DE COMMERCE—Fin**

*Resources Ltd. c. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 C.F. 451 (C.A.)—Comme la marque de commerce apposée sur les produits importés est presque identique à la marque de commerce de la demanderesse, il y a probabilité de confusion—La question à trancher est sérieuse car il y a violation probable d'une marque de commerce déposée—Il n'est pas nécessaire que les produits soient fabriqués au Canada pour qu'il y ait violation, en autant qu'ils sont vendus au Canada en liaison avec une marque de commerce qui prête à confusion—La violation d'un droit exclusif dans une marque de commerce constitue un préjudice irréparable qui ne peut être compensé par l'octroi de dommages-intérêts—Le refus d'accorder une injonction peut créer un préjudice irréparable en encourageant d'autres à faire de l'importation—La balance des inconvénients favorise la demanderesse—La défenderesse n'a aucun investissement dans le produit importé et elle n'a pas à avoir un stock des marchandises importées—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13, art. 6(5), 19, 20.

H.J. HEINZ COMPANY OF CANADA LTD. C. EDAN FOODS SALES INC. (T-3228-90, juge Cullen, ordonnance en date du 13-2-91, 10 p.)

**PÉNITENCIERS**

La déclaration conclut à la délivrance d'une injonction interlocutoire contre la double occupation des cellules pratiquée dans les sections d'isolement protecteur de l'établissement Kent—Il est allégué que cette pratique viole les droits reconnus respectivement aux art. 12 et 15 de la Charte, soit le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités, et le droit à la même protection de la loi—Le défendeur demande la radiation de la déclaration au motif qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action—La double occupation des cellules est une décision administrative—Elle ne viole pas l'obligation d'équité ni ne contrevient aux art. 12 et 15 de la Charte—Même s'il y a discrimination en matière d'occupation des cellules entre la population de l'isolement protecteur et la population carcérale générale, cette discrimination dérive d'une décision de politique administrative à laquelle ne s'applique pas le droit à la même protection de la loi garanti à l'art. 15 de la Charte—La déclaration est radiée, avec permission aux demandeurs de produire une déclaration modifiée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 419, 1711—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 12, 15.

DÉTENUS EN ISOLEMENT PROTECTEUR, ÉTABLISSEMENT KENT C. DIRECTEUR DE L'ÉTABLISSEMENT KENT (T-3051-90, juge suppléant Walsh, ordonnance en date du 5-3-91, 3 p.)

**PRATIQUE**

Requête sans comparution personnelle—Le demandeur cherche par sa requête à obtenir une déclaration et des dommages-

## PRATIQUE—Suite

intérêts—Le défendeur conteste l'action—On ne peut demander une déclaration et des dommages-intérêts au moyen d'une requête—Requête rejetée.

ST-ONGE C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-1212-90, juge Strayer, ordonnance en date du 4-3-91, 1 p.)

Demande d'injonction provisoire visant à empêcher le défendeur, élu chef de la bande, d'agir à titre de chef—Détermination de questions de droit—Aucun exposé conjoint des faits—Audience ajournée *sine die*, celle-ci devant se poursuivre sur avis—L'exposé conjoint de faits n'est pas essentiel en vue d'une décision fondée sur la Règle 474—L'ordonnance ne peut être rendue que sur demande—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 474.

SCRIBE C. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD) (T-248-91, juge Reed, ordonnance en date du 13-3-91, 5 p.)

## COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE

*Interrogatoire préalable*

Requête concluant à une ordonnance enjoignant au défendeur de comparaître de nouveau et de répondre à des questions—Bail d'une durée de 20 ans conclu en 1964 et portant sur la location d'un bien-fonds sur une réserve indienne, dont le loyer devrait être révisé tous les cinq ans—Reconduction du bail pour une autre période de 20 ans en 1984—Le bail stipule que la Cour doit déterminer le juste loyer si les parties ne peuvent s'entendre, «indépendamment des améliorations qui y auront été effectuées par le locataire»—La Cour a fixé le loyer à deux reprises—Le défendeur nie avoir reçu un avis de négocier le loyer pour la période allant de 1989 à 1994, bien qu'il ait été signifié par envoi recommandé accompagné d'une carte—Le défendeur refuse de discuter (1) de ses séjours à l'extérieur du pays en août 1989, (2) des panneaux publicitaires installés sur le bien-fonds, (3) de ce qu'il considère être un juste loyer du bien-fonds de 1989 à 1994, de façon qu'il soit possible de savoir quelle preuve la demanderesse doit présenter, (4) des travaux d'aménagement exécutés sur le bien-fonds depuis 1989, et (5) de ses projets futurs d'aménagement—Ces questions seront soulevées devant la Cour à l'audience au fond—La requête est accordée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 465(16).

CANADA C. MEYER (T-2004-90, juge suppléant Walsh, ordonnance en date du 15-2-91, 6 p.)

## FRAIS ET DÉPENS

Mémoire de frais taxé conformément au tarif en vigueur au moment de la taxation—La demanderesse n'a pas droit aux frais assumés avant d'avoir retenu les services d'un avocat—Le prix du billet d'avion d'un témoin utile et digne de foi est alloué—Le mémoire de frais, qui est de 1 563,50 \$, est taxé et adjugé jusqu'à concurrence de la somme de 1 278,50 \$—Règles

## PRATIQUE—Suite

de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 346.1 (éditée par DORS/87-221, art. 4).

DOYLE C. CANADA (T-1106-83, officier taxateur Wilkins, ordonnance en date du 21-2-91, 5 p.)

Taxation—Jugement rejetant l'action en vue de l'obtention de dommages-intérêts généraux de plusieurs millions de dollars par suite de la violation du droit d'auteur sur une œuvre littéraire—Dans l'action, il est allégué que les défendeurs ont copié le personnage Ewok de l'œuvre littéraire du demandeur dans le film intitulé «Le retour du Jedi»—Conformément à la Règle 346(1.1) et au principe de l'indemnisation partielle, il a été tenu compte du montant réclamé, de l'examen approfondi des archives renfermant les images et les scénarios des productions Lucas, de l'étude du droit canadien et américain, et de la quantité importante de documents au procès—Il était raisonnablement prudent de faire appel aux services de trois avocats (et notamment de deux avocats en second) en vue de la préparation et de deux avocats (dont un avocat en second) dans la conduite du procès de dix jours—Étant donné que le tarif B prévoit la rémunération de l'avocat en second uniquement pour la conduite du procès, les honoraires supplémentaires sollicités dans le mémoire de frais en vertu des art. 1(1)a),b),c) (pour les interrogatoires préalables), e),h) et j) sont défalqués—*Warwick Shipping Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 C.F. 998 (C.A.) appliqué en ce qui concerne les frais alloués pour les services d'un avocat—La facture d'hôtel est réduite du montant exigé pour des fleurs, pour des frais divers et pour la réparation d'une valise—Le mémoire de frais de 51 065,59 \$ est taxé et fixé à 46 371,09 \$—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 346 (1.1) (mod. par DORS/87-221, art. 3), tarif B (mod., idem, art. 8).

PRESTON C. 20TH CENTURY FOX CANADA LTD. (T-142-85, officier taxateur Parlee, taxation en date du 18-1-91, 9 p.)

Taxation effectuée en l'absence du demandeur contre lequel les dépens ont été adjugés—L'officier taxateur a offert de convoquer une nouvelle audience—Le demandeur n'a pas contesté les montants figurant dans le mémoire provisoire—Affaire simple—Le mémoire de frais du défendeur, qui s'élevait à 2 199,25 \$, est taxé et adjugé jusqu'à concurrence de la somme de 1 634,25 \$.

JOHNSON C. CANADA (T-442-87, officier taxateur Parlee, ordonnance en date du 14-2-91, 3 p.)

Requête pour demander à la Cour de donner des directives à l'officier taxateur en vertu de la Règle 344—Action en contrefaçon de brevet et en passing-off jointe à une action visant à invalider le brevet—Les demandereses ont obtenu les deux tiers de leurs frais et dépens taxables—Une directive spéciale de la Cour est nécessaire pour dépasser les maximums fixés au tarif—La Règle 344(3) expose les critères dont doit tenir compte la Cour dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire à l'égard des frais—Bien que de par leur nature, les actions en matière de brevet et de marque de commerce nécessitent un travail considérable dans la préparation du dossier, comme dans la participation au procès, la charge de travail et la complexité inhérente des questions en litige ne justifient pas *a priori* une majoration des montants prévus au tarif—Ce n'est que dans des



## PRATIQUE—Suite

circonstances exceptionnelles que l'on devrait dépasser le tarif—Les actions en l'espèce ont nécessité beaucoup de travail et porté sur des questions complexes—Des directives spéciales à l'officier taxateur étaient indiquées—La Cour a conclu que la présence d'un avocat en second était justifiable, bien que l'officier taxateur ait déjà eu le pouvoir discrétionnaire de se prononcer à cet égard—Le maximum admissible pour l'avocat en second est majoré jusqu'à concurrence de celui prévu pour l'avocat principal, et il appartiendra à l'officier taxateur de décider si le maximum sera accordé ou non—L'officier taxateur peut exercer son pouvoir d'appréciation pour décider quels montants raisonnables devraient être accordés pour les services non expressément prévus au tarif—Aucune directive spéciale n'est donnée au sujet des frais et débours des experts témoins, car il relève du pouvoir discrétionnaire de l'officier taxateur d'accorder des sommes raisonnables aux experts témoins à l'égard des services qu'ils ont rendus en se préparant à témoigner et en témoignant—L'officier taxateur doit accorder les frais raisonnables de voyage et de séjour du dirigeant de la compagnie demanderesse durant et avant le procès, dans les cas où sa présence utile peut être justifiée—Comme aucune disposition ne prévoit qu'une compagnie puisse être dédommée de la privation des services d'un dirigeant pendant qu'il assiste à un procès à titre de principal représentant de la compagnie, la Cour refuse d'accorder des directives autorisant l'officier taxateur à exercer son pouvoir discrétionnaire à ce sujet—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 344 (mod. par DORS/87-221, art. 2), tarif B (mod., idem, art. 8), art. 1(1).

STIGA AKTIEBOLAG C. SLM CANADA INC. (T-2698-87, juge Dubé, ordonnance en date du 5-3-91, 8 p.)

Requête en vue de l'adjudication des dépens sur la base procureur-client—Litige concernant la question de savoir si les sommes versées au requérant en 1985, 1986 et 1987 pour les paiements hypothécaires sont imposables—Les formulaires T4A supplémentaires n'ont été envoyés qu'en 1988, lorsque le contribuable a été informé que les paiements étaient des avantages imposables en vertu de l'art. 62 de la Loi de l'impôt sur le revenu—La dérogation aux règles normales, selon lesquelles la partie qui a gain de cause reçoit les dépens entre parties, constitue une «mesure inhabituelle et exceptionnelle»—Il n'existe aucune circonstance exceptionnelle justifiant la dérogation au tarif—Il ne s'agit pas d'un cas type et personne n'a convenu d'être lié par la décision—Il aurait été préférable que les parties collaborent davantage entre elles, mais les deux parties se plaignaient de l'évolution de l'affaire—Requête rejetée, les dépens entre parties étant adjugés au requérant.

SPLANE C. CANADA (T-1784-88, juge Cullen, ordonnance en date du 30-1-91, 4 p.)

Les photocopies des plaidoiries essentielles en vue de poursuivre l'action sont admissibles à titre de débours—Un bureau d'avocats ne doit pas chercher à réaliser des bénéfices au moyen de photocopies—Il incombe à la partie réclamante d'établir le montant réel des frais: *Diversified Products Corp. c. Tye-Sil Corp.* ([1991] 1 C.F. D-22 (1<sup>re</sup> inst.))—Débours concernant un rapport médical—Ni le médecin ni le rapport n'étaient requis au procès—Le rapport fait partie de l'affidavit—Refus d'accorder la résidence pour des motifs de santé—Les frais découlant du travail effectué par le témoin possible, lequel était nécessaire

## PRATIQUE—Suite

pour conduire l'affaire, sont admissibles—Le mémoire de frais, qui est de 1 973,26 \$, est taxé et adjugé jusqu'à concurrence de la somme de 1 844,32 \$.

SWAMINATHAN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-111-90, officier taxateur Parlee, ordonnance en date du 6-3-91, 4 p.)

Demande de prorogation du délai pour demander une ordonnance enjoignant à l'officier taxateur d'augmenter les montants prévus au tarif B lors de la taxation des frais tant en première instance qu'en appel—La Règle 344(7) permet une telle demande dans les 30 jours suivant le jugement—25 mois se sont écoulés depuis le jugement de première instance, qui adjugeait à la partie demanderesse des dépens payables immédiatement, et 3 mois se sont écoulés depuis le jugement de la Cour d'appel—Le retard est imputable au fait que l'avocat de la partie intimée n'était pas familier avec les Règles de la Cour fédérale—Seules les raisons très spéciales justifient une longue prorogation du délai imparti par la Règle 344(7): *Smerchanski c. Ministre du Revenu national*, [1979] 1 C.F. 801 (C.A.)—La demande est rejetée—L'explication du retard est insuffisante—Le délai de 30 jours est réaliste et raisonnable—Les parties à un litige, surtout en appel, ont le droit d'espérer une issue définitive de l'instance—Aucune circonstance atténuante ne justifie la prorogation—La demande est rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 344(7) (mod. par DORS/87-221, art. 2).

CANADA C. ONTARIO (SOC. DE DÉVELOPPEMENT) (A-48-89, juge Heald, J.C.A., ordonnance en date du 18-3-91, 4 p.)

## JUGEMENTS ET ORDONNANCES

*Annulation ou modification*

Le protonotaire-chef adjoint a radié la demanderesse Tonka Canada Inc. comme partie à l'action—Le juge Reed, qui n'avait pas été mise au courant de l'action devant le protonotaire-chef adjoint Giles, a tranché la même question différemment quatre jours plus tard—L'ordonnance du protonotaire-chef adjoint est annulée compte tenu de la décision et des motifs du juge Reed.

TONKA CORP. C. REES (T-2552-90, juge Cullen, ordonnance en date du 28-1-91, 2 p.)

## PARTIES

*Jonction*

La Cour peut constituer partie intimée une partie autre qu'un office fédéral lorsque la partie pourrait subir un préjudice.

CARRIER-SEKANI (CONSEIL TRIBAL) C. CANADA (MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT) (T-2686-90, juge Dubé, ordonnance en date du 11-2-91, 2 p.)

**PRATIQUE—Suite***Qualité pour agir*

Appel d'une décision du protonotaire-chef selon laquelle l'appelante ne peut procéder au contre-interrogatoire des déposants Glynn et Lederman parce qu'elle n'a ni l'intérêt ni la qualité pour le faire—Le protonotaire-chef n'a pas commis une erreur en appliquant la Règle 332(5)—Le contre-interrogatoire est un moyen accordé à une partie de contrer l'effet négatif de la déposition d'un témoin qui n'est pas le sien sur ses intérêts vis-à-vis une partie opposée—Les déposants n'ont rien dit qui puisse aller à l'encontre des intérêts de l'appelante—Appel rejeté—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 332(5).

CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) C. MILLER (T-798-90, juge Pinard, jugement en date du 22-1-91, 5 p.)

Requête en vue de la radiation de la déclaration ou de la radiation de John Corbiere à titre de partie pour le motif qu'il n'a pas qualité pour agir—Action collective pour le compte des membres non résidents de la bande indienne—Allégation selon laquelle les non-résidents constituent la majorité de la bande, mais ne peuvent pas voter, et que le conseil de la bande refuse de créer de nouveaux logements de façon à leur permettre d'habiter dans la réserve—John Corbiere est un résident de la réserve—Requête rejetée—Les critères s'appliquant aux actions collectives sont satisfaits—John Corbiere a un intérêt commun dans les questions communales—En sa qualité d'ancien chef, sa participation à titre de demandeur montre qu'il a un intérêt commun pour obtenir une franchise égale—Si l'action est accueillie, il aura l'appui des codemandeurs.

BANDE BATCHEWANA V. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD) (T-3038-90, juge Joyal, ordonnance en date du 18-2-91, 4 p.)

**PLAIDOIRIES***Requête en radiation*

Le défendeur allègue que la procédure est vexatoire et demande les dépens jusqu'à concurrence de 300 % du montant prévu par le tarif—Le demandeur allègue dans l'action principale que la saisie effectuée par le défendeur excède le montant dû—Trois actions ont déjà été intentées et ont abouti à la réduction des cotisations—Une autre action est en instance—Le demandeur allègue que, sans la présente action, le défendeur n'aurait pas réexaminé les cotisations—Requête accueillie en partie—La déclaration est radiée sous réserve du droit du demandeur de produire plus tard un nouvel avis de requête se rapportant à la situation existant à ce moment-là—Les dépens habituels sont adjugés au défendeur.

STROMOTICH C. CANADA (T-1627-90, juge suppléant Walsh, ordonnance en date du 6-3-91, 4 p.)

**PRATIQUE—Suite**

Déclaration—La demande est radiée sous tous ses aspects—La demande entière est caduque—Action rejetée—Dépens fixés à 300 \$.

ECCLESTON C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-3182-90, protonotaire-chef adjoint Giles, ordonnance en date du 6-2-91, 2 p.)

Appel de l'ordonnance dans laquelle la Section de première instance a rejeté la demande visant à faire trancher la requête sans comparution en personne en vertu de la Règle 324—La demanderesse a avisé le défendeur et le greffe de la Cour de son intention de demander la tenue d'une audience, mais n'a pas déposé de demande—Appel accueilli—Rien dans la Règle 324 n'exclut son application dans le cas d'une requête en radiation—La question soulevée par la requête en radiation est celle de savoir s'il est évident que la plaidoirie ne révèle aucune cause raisonnable d'action, tous les faits étant réputés être avérés aux fins de la requête—Le juge des requêtes exige la tenue d'une audience s'il n'est pas convaincu que la question puisse être adéquatement étudiée à l'aide des observations écrites—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 324.

OLYMPIA JANITORIAL SUPPLIES (136971 CANADA LTD.) C. CANADA (MINISTRE DES TRAVAUX PUBLICS) (A-115-90, juge Stone, J.C.A., ordonnance en date du 19-2-91, 5 p.)

**SUSPENSION D'INSTANCE**

Requête en suspension des procédures et en radiation de l'avis d'appel d'une décision du registraire des marques de commerce—Les Règles 1716, 419(1a),c) et f) et 474 sont inapplicables car il ne s'agit pas en l'espèce d'une «action» mais d'un appel—Les appelants auraient pu interjeter appel en vertu de l'art. 56 de la Loi sur les marques de commerce et se prévaloir de la procédure sommaire prévue par les Règles 704 et 705—Question en litige véritablement sérieuse—La suspension des procédures en vertu de l'art. 50(1b) de la Loi sur la Cour fédérale n'est pas justifiée car il n'y a aucune preuve que «l'intérêt de la justice l'exige»—Requête rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 50(1b)—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13, art. 56, 59—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 2, 419, 474, 702, 704, 705, 1716.

RENAUD COINTREAU & CIE C. CORDON BLEU INTERNATIONAL LTÉE (T-2314-90, juge Pinard, ordonnance en date du 21-1-91, 8 p.)

Des actions similaires étaient en instance devant la Cour suprême de l'Ontario—Le contrat prévoyait que l'entrepreneur qui entendait contester la décision du SJSDD «devait» soumettre le litige à la Cour fédérale en vue d'une décision—L'entrepreneur ne peut pas contraindre la demanderesse à soumettre le litige à un autre tribunal qui serait autrement compétent—Le pouvoir discrétionnaire d'accorder la suspension de procédure ne doit être exercé qu'avec modération et dans les cas les plus clairs—Pour justifier la suspension, la défenderesse doit convaincre la Cour (1) que la poursuite de l'action entraînerait une

**PRATIQUE—Suite**

injustice parce qu'elle serait abusive ou vexatoire ou constituerait un emploi abusif des procédures et (2) que la suspension ne causerait pas de préjudice à la demanderesse—La défenderesse ne s'est pas acquittée de la charge de la preuve—La demanderesse pourrait subir un grave préjudice si on l'empêchait de

**PRATIQUE—Fin**

poursuivre la demande devant le tribunal stipulé dans le contrat—Requête rejetée.

MIL VICKERS INC. C. SAINT JOHN SHIPBUILDING LTD.  
(T-2387-90, juge Pinard, ordonnance en date du 5-2-91,  
4 p.)



# FICHES ANALYTIQUES

On peut demander une copie des motifs de jugement au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Halifax, Montréal, Toronto et Vancouver.

Les fiches analytiques sont les résumés des motifs de jugement qui n'ont pas été choisis pour publication intégrale ou publication sous forme abrégée dans les Recueils des arrêts de la Cour fédérale du Canada.

## ANCIENS COMBATTANTS

Requête en prorogation du délai impartit pour interjeter appel d'une décision du protonotaire-chef [T-887-89, ordonnance datée du 9-8-89] à la suite du refus de la Commission des pensions d'accorder au requérant une pension d'invalidité par suite de sa libération des Forces armées canadiennes en 1962—Le requérant n'avait pas droit à une pension parce que son incapacité mentale avait existé avant son enrôlement dans les forces régulières—Le requérant a toujours agi pour son propre compte devant la Cour—Les fonctionnaires du greffe de la Cour n'ont pas le droit de lui donner des conseils juridiques—La requête fondée sur l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale par laquelle le requérant a réclamé 18 ans de pension rétroactive et des dommages-intérêts punitifs a été rejetée au motif qu'il ne pouvait obtenir la réparation demandée—L'appel n'est pas fondé et la demande est en conséquence rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.

DILWORTH C. CANADA (ANCIENS COMBATTANTS)  
(T-887-89, juge Joyal, ordonnance datée du 10-4-91, 5 p.)

## ASSURANCE-CHÔMAGE

Demande fondée sur l'art. 28 concernant la répartition pour les fins de la Loi sur l'assurance-chômage de certaines rémunérations reçues par la requérante—C'est à juste titre que les sommes en question ont été réparties conformément à l'art. 58(9) et (10) du Règlement sur l'assurance-chômage et à l'arrêt de cette Cour *Nicolich c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1989), 97 N.R. 355—Demande accueillie—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., chap. 1576, art. 58(9), (10).

CHABOT-LAVALLÉE C. CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-689-90, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 20-2-91, 2 pp.)

## BREVETS

### PRATIQUE

Appel d'une décision par laquelle le commissaire aux brevets a délivré une licence obligatoire à l'intimée—L'appelante cherche à faire renvoyer la licence devant le commissaire pour qu'il réexamine le montant de la redevance au motif que la demande n'est pas appuyée par des éléments de preuve—Elle demande également la tenue d'une audience pour présenter la preuve—

## BREVETS—Fin

Le commissaire ne disposait pas d'éléments de preuve de faits pertinents qui lui auraient permis de fixer le montant d'une redevance, en tenant compte d'une juste rémunération pour les recherches qui ont conduit à l'invention—Il doit réexaminer le montant de la redevance—Il n'a aucune obligation de tenir une audience dans le but de permettre à l'intimée de remédier à son défaut de faire signifier son contre-mémoire en temps voulu—Il s'agit là d'une question qui relève entièrement de son pouvoir discrétionnaire—L'appel est accueilli et l'affaire est renvoyée au commissaire.

IMPERIAL CHEMICAL INDUSTRIES PLC C. NOVOPHARM LTD. (A-151-87, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 27-3-91, 4 p.)

## CIToyENNETÉ

### CONDITIONS DE RÉSIDENCE

Appel formé contre le rejet de la demande de citoyenneté parce que la requérante n'a pas établi que la résidence avait été maintenue et que le lien résidentiel n'avait pas été rompu lorsqu'elle est retournée à Hong Kong en novembre 1985—La requérante a-t-elle accumulé trois ans de résidence au cours de la période de quatre ans précédant sa demande présentée le 20 juin 1988?—Elle a établi sa résidence au Canada le 6 février 1985—La requérante nouait de bonnes relations avec des collectivités canadiennes et chinoises et devait passer un temps considérable en Chine—Elle est très travailleuse et polyvalente dans le domaine des relations publiques—Pour la période en cause allant du 6 février 1985 au 20 juin 1988, la requérante a été à l'extérieur du Canada pendant 1 063 jours, soit à Hong Kong, en Angleterre, en Australie et à New York—Elle a passé moins de temps au Canada entre 1985 et sa demande de citoyenneté en juin 1988 qu'au cours de la période précédant 1985—Absence volontaire du Canada au cours de la période en cause—Elle deviendra une citoyenne remarquable mais elle n'a pas rempli les exigences de résidence prévues à l'art. 5(1) de la Loi sur la citoyenneté—Elle doit cesser d'avoir une relation ambivalente à l'égard du Canada—Appel rejeté—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), chap. C-29, art. 5(1).

LEUNG (RE) (T-458-90, juge suppléant Walsh, jugement en date du 19-2-91, 13 p.)

**CITOYENNETÉ—Fin**

## CONNAISSANCES REQUISES

Bien que l'appelant n'ait pas convaincu le juge de la citoyenneté qu'il avait une connaissance suffisante du Canada, de ses droits et des privilèges qu'il possédait à titre de citoyen, l'appel interjeté conformément à l'art. 14(5) de la Loi sur la citoyenneté à l'encontre du refus de lui accorder la citoyenneté constitue un nouveau procès—L'appelant a répondu à toutes les questions qui lui ont été posées en appel—L'appel est accueilli—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), chap. C-29, art. 14(5).

AHMED (RE) (T-1424-90, juge Cullen, jugement en date du 28-3-91, 2 p.)

**COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE**

## SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE

Requête en radiation de la déclaration du demandeur au motif que cette Cour n'a pas compétence pour prononcer les conclusions recherchées contre le défendeur Michel Guy—Ce dernier, membre de la GRC, a agi comme dénonciateur dans sept chefs d'accusation de fraude, tentative de fraude, contrefaçon et supercherie portés contre le demandeur en vertu du Code criminel—Accusations retirées—Action en dommages-intérêts au montant d'un million intentée contre la Couronne, la GRC et le défendeur Guy qui aurait agi de mauvaise foi, avec incompétence et négligence dans son enquête des faits—Le demandeur s'est désisté de son action contre la GRC—Seule question à trancher: la Cour a-t-elle compétence pour entendre la cause contre le défendeur Guy?—La jurisprudence a clairement répondu par la négative—L'arrêt de la Cour suprême, *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.S.C. 752, a posé trois conditions essentielles pour pouvoir conclure à la compétence de la Cour fédérale—Le demandeur satisfait à la première condition, soit l'attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral, mais il ne satisfait pas aux deux autres—Action fondée non pas sur une loi fédérale mais sur une loi provinciale, soit l'art. 1053 du Code civil—Selon la jurisprudence, à moins qu'une loi fédérale puisse constituer le fondement du litige ou crée le droit du demandeur au redressement, la Cour fédérale n'a pas compétence pour connaître de la réclamation contre les préposés individuels—Requête accueillie.

HEAFEY C. CANADA (T-1131-90, juge Joyal, ordonnance en date du 28-2-91, 10 p.)

**CONTRÔLE JUDICIAIRE**

## BREFS DE PRÉROGATIVE

*Mandamus*

La demande fondée sur l'art. 18 tend à l'obtention d'un bref de *certiorari* qui annulerait la décision par laquelle un arbitre de l'immigration a obligé le requérant à quitter le Canada, et d'un bref de *mandamus* obligeant l'intimé à accorder au requérant une entrevue complète et équitable en vue de déterminer s'il existe des raisons d'ordre humanitaire, conformément

**CONTRÔLE JUDICIAIRE—Suite**

à la loi—La revendication du statut de réfugié au sens de la Convention faite par le requérant a été rejetée—L'arbitre n'était pas tenu de retarder l'enquête ni de tenir compte des considérations d'intérêt public et d'ordre humanitaire—Ces questions n'ont même pas été soulevées devant lui—Il a mené une enquête équitable au sujet des questions dont il était saisi—C'est à juste titre que la Section de première instance a été saisie de la demande fondée sur l'art. 18—La demande de bref de *certiorari* est rejetée, mais étant donné le caractère trop expéditif de l'examen de la question des raisons d'ordre humanitaire, la demande de bref de *mandamus* est accueillie—L'ordonnance du renvoi est suspendue jusqu'à l'audition de la question des raisons d'ordre humanitaire.

CHHOKAR C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-1635-90, juge suppléant Walsh, ordonnance en date du 15-2-91, 6 p.)

Requête en *mandamus* visant à forcer l'ACDI à verser au requérant la bourse d'études à laquelle il prétend avoir droit et dont les paiements ont été interrompus en mars 1990—Entente signée entre le requérant et l'intimé concernant un programme d'études en opération forestière à l'université Laval de Québec—En vertu de cette entente, le requérant devait obtenir 112 crédits sur une durée de 7 trimestres ou 56 crédits après 4 trimestres—Condition non remplie—Un *mandamus* n'est possible contre une autorité publique que lorsque celle-ci refuse d'exécuter une obligation que la loi lui impose—Aucune obligation légale pour l'ACDI envers le requérant—Entente signée à certaines conditions qui n'ont pas été respectées par le requérant—Pouvoir discrétionnaire de l'ACDI de continuer ou non à verser une bourse d'études au requérant—L'intimée a respecté les principes de justice naturelle et agi équitablement—Requête rejetée.

MOKAKA C. AGENCE CANADIENNE DE DÉVELOPPEMENT INTERNATIONAL (T-209-91, juge Denault, ordonnance en date du 19-4-91, 5 p.)

## DEMANDES DE RÉVISION

Une objection à la preuve qui n'a même pas été formulée devant le juge de première instance ne peut être accueillie en appel—Aucune erreur manifeste de nature à permettre l'intervention de la Cour—Appel rejeté.

NAVIGATION HARVEY & FRÈRES INC. C. SOCIÉTÉ D'HABITATION DU QUÉBEC (A-442-87, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 29-4-91, 2 p.)

Appel d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié qui a refusé d'octroyer un redressement spécial à l'appelante—La Commission n'a pas précisé toutes les circonstances pertinentes lorsqu'elle a refusé de conclure qu'il existait des raisons d'ordre humanitaire justifiant l'octroi d'un redressement—Appel accueilli.

AUJLA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-520-89, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 4-3-91, 2 p.)

**CONTRÔLE JUDICIAIRE—Fin**

Le juge-arbitre devait décider si le conseil arbitral avait commis une erreur de droit en jugeant que le requérant avait perdu son emploi le 15 octobre 1987 en raison du lock-out décidé ce jour-là par son employeur—Le requérant travaillait de façon irrégulière sur appels seulement—Il n'a pas perdu son emploi en raison du lock-out puisqu'il n'était pas employé par Exposer-vice Standard Inc. mais avait seulement l'espoir de l'être—Décision annulée et affaire renvoyée au juge-arbitre.

MORISSETTE C. CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-692-90, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 21-3-91, 2 p.)

Le requérant demande l'annulation de la décision d'un arbitre et d'un membre de la section du statut de réfugié au motif que les art. 46.01(1)c) et 46.01(5) de la Loi sur l'immigration sont inconstitutionnels parce qu'ils sont contraires à l'art. 7 de la Charte—Il avait revendiqué le statut de réfugié pour la première fois en 1989 et sa demande avait été rejetée—Il est revenu au Canada en 1990 avant l'expiration du délai de 90 jours prévu par l'art. 46.01(5) et il a revendiqué une fois de plus le statut de réfugié—L'arbitre a jugé qu'il n'était pas admissible parce qu'il ne s'était pas conformé au délai de 90 jours—Il avait compétence pour se prononcer sur la question constitutionnelle soulevée par le requérant—La notion de recevabilité d'une revendication du statut de réfugié dans l'optique de la Loi sur l'immigration ne contrevient pas à l'art. 7 de la Charte—Distinction établie avec l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177: Singh n'a pas eu toutes les chances de démontrer qu'il remplissait les conditions pour obtenir le statut de réfugié alors que le requérant en l'espèce est un revendicateur non admissible à qui on reconnaît le droit de réclamer un tel statut—En limitant le droit de réclamer le statut de réfugié de façon objective et nullement discriminatoire, le Parlement n'a pas violé l'art. 7—L'arbitre et le membre du statut de réfugié ont eu raison de conclure que l'argument constitutionnel avancé par le procureur du requérant n'était pas valide—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 46.01(1)c), 46.01(5) (édictés par L.R.C., (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 14)—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.

BERRAHMA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-759-90, juge Marceau, jugement en date du 21-2-91, 11 p.)

**COURONNE****CONTRATS**

Appel d'un jugement de la Section de 1<sup>re</sup> instance ([1983] 2 C.F. 932 (fiche analytique)) portant que le congédiement de l'appelant était justifié mais lui accordant néanmoins la somme de 1 083 \$ parce que celui-ci avait continué de fournir certains services à l'ACDI après la résiliation de son engagement—Le juge de première instance a conclu que l'appelant n'a pas accompli comme il aurait dû la tâche qu'on lui avait confiée—Ce dernier ne saurait prétendre qu'il n'avait pas été informé des

**COURONNE—Fin**

exigences de l'ACDI relatives à la tenue des livres de comptabilité et qu'on ne l'avait jamais prévenu qu'il risquait le congédiement s'il ne se conformait pas à ces exigences—Appel rejeté.

CLAVER C. CANADA (A-1892-83, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 21-2-91, 3 p.)

**DOUANES ET ACCISE****LOI SUR LES DOUANES**

Appel d'une décision par laquelle le ministre a statué qu'il y avait eu infraction à la Loi—La partie demanderesse s'est rendue en Extrême-Orient pour acheter des vêtements pour un détaillant—La valeur déclarée des vêtements se chiffrait à 5 000 \$—Contradiction entre le nombre d'articles facturés et la quantité effectivement obtenue—On a trouvé des formules en blanc dans la mallette de la partie demanderesse—Les agents des douanes ont fixé la valeur des vêtements à 19 210,80 \$—Les marchandises ont été saisies—La somme de 10 160,28 \$, qui a été payée à titre de droits et d'amende en échange de la restitution des marchandises, a été confisquée—Les explications de la partie demanderesse sont invraisemblables—La partie demanderesse ne s'est pas acquittée du fardeau qui lui incombait de démontrer qu'elle avait respecté la Loi—L'action est rejetée—Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), chap. 1, art. 12, 13, 110, 131, 152(3), 153c), 156, 159, 160.

PODGURSKI C. M.R.N. (T-2095-89, juge suppléant Walsh, jugement en date du 13-3-91, 16 p.)

**TARIF DES DOUANES**

Appel d'une décision par laquelle la Commission du tarif a statué que des cartouches jetables contenant des rubans préencrés ainsi que des parties mobiles conçues pour être utilisées exclusivement avec certaines machines à écrire électroniques n'étaient pas régulièrement classifiées comme des «pièces de dactylographes»-numéro tarifaire 41405-1—La Cour n'est pas convaincue que la Commission du tarif ne pouvait pas, à la lumière des éléments de preuve, tirer les conclusions de fait auxquelles elle est parvenue, ni qu'elle a, par ailleurs, commis une erreur de droit—Tarif des douanes, S.R.C. 1970, chap. C-41, n° 41405-1.

XEROX CANADA INC. C. SOUS-MINISTRE M.R.N., DOUANES ET ACCISE (A-945-88, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 17-4-91, 2 p.)

**DRIT MARITIME****PRATIQUE**

Référence sur les dommages-intérêts—Les demandeurs ont obtenu un jugement à la suite d'une action ayant trait à des sommes dues sur une hypothèque grevant un navire—Les Règles 500(4) et 503 prescrivent la manière de conduire une référence et les pouvoirs de l'arbitre—Les Règles 478 et 494 prévoient des pouvoirs pour la réception d'éléments de preuve—

**DROIT MARITIME—Fin**

Les demandeurs se sont fondés sur des preuves par affidavit produisant l'hypothèque grevant le navire et exposant les méthodes de calcul des sommes exigibles—La personne physique défenderesse soutient que les méthodes employées constituaient une forme de pénalité pour paiements tardifs en dépit de la preuve démontrant qu'il avait effectué les paiements en temps opportun et parfois de façon anticipée—La preuve de la comptable ne révèle aucun calcul de pénalité, sous quelque forme que ce soit—L'encours de la dette s'établissait à 30 731,20 \$ au 1<sup>er</sup> novembre 1990—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 478, 494, 500(4), 503.

BONNIEMAN C. CLAIRE ANNE II (LE) (T-2491-89, officier taxateur Stinson, référence en date du 22-3-91, 5 p.)

Demande visant à obtenir d'urgence une ordonnance portant mainlevée de la saisie du navire défendeur—Il incombe au requérant de présenter à la Cour une bonne proposition lui permettant de rendre l'ordonnance sollicitée—La demanderesse et l'avocat ont déposé une opposition à la mainlevée de la saisie du navire—Les parties ne se sont pas entendues sur les conditions de la mainlevée—Question des priorités si on autorise le navire à être remorqué à un autre endroit—Le propriétaire du navire n'a jamais assuré le navire mais a déclaré que la couverture serait assurée par le navire remorqueur, même s'il n'a déposé aucun affidavit à cet égard—Le requérant ne s'est pas acquitté de l'obligation qui lui incombait pour obtenir la mainlevée de la saisie.

FALSE CREEK TUGBOATS LTD. C. MARY MACKIN (LE) (T-508-91, juge Cullen, ordonnance en date du 22-4-91, ordonnance modifiée en date du 24-4-91, 4 p.)

**IMMIGRATION**

Demande de *certiorari* annulant le refus d'agréer les demandes de résidence au Canada pour des raisons d'ordre humanitaire—Sept citoyennes espagnoles sont arrivées au Canada avec des enfants nés en Espagne—Elles ont revendiqué le statut de réfugié—Elles ont au total 29 enfants, dont 24 du même père—Quatorze enfants sont nés au Canada—Trois femmes sont maintenant mariées à des citoyens canadiens et une autre à un résident permanent—Elles ont établi une communauté en Colombie-Britannique pour élever leurs enfants ensemble—L'entrevue avec certaines requérantes, au bureau d'immigration de Vancouver, a pris fin par suite de la conduite perturbatrice d'un des maris—Trois conseillers ont été envoyés à la commune pour mener les entrevues—Le directeur du centre d'immigration a rencontré ces conseillers et a examiné les renseignements recueillis—Le directeur a déclaré que les agents d'immigration prendraient la décision, mais il a signé une lettre dans laquelle il refusait de faire une recommandation fondée sur des raisons d'ordre humanitaire pour le motif que les liens conjugaux de certains membres étaient incompatibles avec le mode de vie peu conventionnel de sorte que la séparation des époux n'entraînerait pas des difficultés suffisamment importantes—Demande accueillie—Deux principes fondamentaux sont appliqués: (1) chaque requérant doit être évalué individuellement, malgré la volonté expresse de faire traiter les demandes collectivement; (2) la décision devrait être prise par l'agent qui a mené l'enquête, bien qu'il ait le droit de consulter

**IMMIGRATION—Suite**

d'autres personnes et de leur demander conseil—En l'espèce, beaucoup trop de gens sont en cause dans la prise de décision—Un bon nombre des requérantes n'ont fait l'objet d'aucune entrevue individuelle.

HERNANDEZ C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-2449-90, juge suppléant Walsh, ordonnance en date du 1-2-91, 14 p.)

**PRATIQUE**

Demande d'autorisation de présenter des observations orales à l'occasion d'une requête en autorisation d'interjeter appel en vertu de l'art. 82.1 de la Loi sur l'immigration—Normalement, les actes de procédure doivent être par écrit en application de la Règle 324—Il existe en l'espèce des circonstances spéciales qui justifient d'accueillir la demande—Les motifs invoqués pour obtenir l'autorisation d'interjeter appel en l'espèce sont presque identiques à ceux invoqués dans la demande d'autorisation d'interjeter appel présentée par le mari—Le mari a obtenu l'autorisation d'interjeter appel—Comme il s'agit d'un cas très particulier, on ne doit pas le considérer comme un précédent—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 324—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 82.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 19).

AGUIAR C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (90-T-744, juge Collier, jugement en date du 18-2-91, 3 p.)

Requête visant à empêcher la Commission d'appel de l'immigration mise en cause de statuer sur la demande de réexamen de l'intimé sur son statut de réfugié et à obtenir un bref de *certiorari* annulant la décision de ladite Commission en date du 31 octobre 1989—L'intimé, de nationalité salvadorienne, est arrivé au Canada au mois de février 1986—En juin 88, le requérant a décidé que l'intimé n'était pas un réfugié au sens de la Convention et a ordonné son expulsion—Le 19 octobre 1989, l'intimé a demandé à la Commission une prorogation de délai en vue du réexamen de son statut de réfugié—La Commission a fait droit à sa demande le 31 octobre 1989—A-t-elle compétence pour réexaminer le statut de réfugié de l'intimé ?—La nouvelle Loi sur l'immigration est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1989—L'ancienne Commission d'appel de l'immigration est révoquée depuis cette date et remplacée par un nouveau tribunal—Elle n'avait donc pas compétence pour entendre la cause de l'intimé le 31 octobre 1989—Distinction établie avec l'arrêt *Bains c. Canada* (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1989] 3 C.F. 487 (C.A.), dans lequel les demandes de prorogation de délai avaient été présentées bien avant l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi sur l'immigration—L'intimé ne satisfait pas aux conditions transitoires de la nouvelle Loi—Requête accueillie et décision de la mise en cause annulée.

CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) C. GUEVARA-PALACIOS (T-2464-90, juge Joyal, ordonnance en date du 4-3-91, 11 p.)

Autorisation de demander une ordonnance provisoire interdisant à l'arbitre de poursuivre l'enquête—Aucune cause défendable n'a été présentée pour établir la partialité ou une crainte



**IMMIGRATION—Suite**

de partialité de la part de l'arbitre—L'arbitre est disposé à statuer sur la question constitutionnelle de la délivrance d'une attestation par le ministre en vertu de l'art. 46.01(1)e(ii) de la Loi sur l'immigration—Il n'est pas nécessaire d'intervenir pour empêcher la poursuite de l'audience—Demande d'autorisation rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. T-13, art. 46.01(1)e(ii) (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 14).

BEMBENEK C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (91-T-30, juge Strayer, ordonnance en date du 26-2-91, 3 p.)

**STATUT DE RÉFUGIÉ**

La Section du statut de réfugié a conclu que la partie appelante n'était pas un réfugié au sens de la Convention en raison de l'absence de preuves dignes de foi permettant d'établir qu'elle avait raison de craindre d'être persécutée—Aucune conclusion explicite n'a été tirée au sujet de l'absence de crédibilité—L'appel est accueilli—L'absence de crédibilité doit être explicitement constatée en termes non équivoques.

SEBARATNAM C. CANADA (A-555-89, juge MacGuigan, J.C.A., Hugessen, J.C.A. dissident, jugement en date du 15-4-91, 3 p.)

Demande visant à faire annuler le refus d'un membre de la Section du statut de réfugié d'évaluer si la revendication de la partie intimée avait un minimum de fondement au moment de l'audience—Il s'en est tenu aux éléments de preuve relatifs à la situation qui existait dans le pays d'origine de la partie intimée lorsqu'elle a revendiqué pour la première fois le statut de réfugié—La demande est accueillie—Le tribunal de première instance qui est constitué en vertu de l'art. 46 de la Loi sur l'immigration et la Section du statut de réfugié sont obligés d'évaluer les éléments de preuve relatifs à la situation qui existait dans le pays d'origine du revendicateur au moment de leur audience respective: *Mileva c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, A-726-90, Pratte, Marceau, Desjardins, J.C.A., encore inédit—La situation qui existait au moment où le revendicateur s'est enfié de son pays n'est pertinente que dans la mesure où d'autres éléments de preuve dignes de foi ne démontrent pas que le revendicateur n'a plus de raisons valables de craindre d'être persécuté dans le pays en question en raison des changements qui y sont survenus, auquel cas le tribunal de première instance ne peut plus conclure que la revendication a un minimum de fondement et, à plus forte raison, la Section du statut de réfugié ne peut plus reconnaître le statut de réfugié au revendicateur—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 2(3) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 1), 46 (mod., idem, art. 14).

CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) C. PASZKOWSKA (A-724-90, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 16-4-91, 2 p.)

**IMMIGRATION—Fin**

Enquête sur le minimum de fondement—Non-respect des règles de la justice naturelle—Appel accueilli et affaire renvoyée devant un autre arbitre et un autre membre de la section du statut de réfugié.

KONADU C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-1063-90, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 17-4-91, 1 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU****CALCUL DU REVENU***Allocation du coût en capital*

Appel d'un jugement par lequel la Section de première instance a statué ([1988] 2 C.F. 3) que Speedy Muffler ne faisait pas, entre 1975 et 1978, «la fabrication ou la transformation au Canada d'articles destinés à la vente» selon l'art. 125.1(3)c) de la Loi de l'impôt sur le revenu—L'appelante assemble et installe des systèmes d'échappement ou des parties de ceux-ci sur des automobiles—Il faut parfois modifier les tuyaux existants pour que les anciennes pièces s'emboîtent avec les nouvelles—L'appelante ne fabrique pas les pièces—Elle soutient que l'assemblage des systèmes d'échappement complets constitue de la «fabrication» et que la modification des tuyaux pour l'installation des pièces constitue de la «transformation»—L'appel est rejeté—Le terme «fabrication» a été défini dans *The Queen v. York Marble, Tile and Terrazzo Limited*, [1968] R.C.S. 140—L'assemblage d'un produit peut être assimilé à de la fabrication, mais il n'en est pas toujours ainsi—Le juge de première instance a eu raison de conclure que la demanderesse ne crée pas de nouveaux articles destinés à la vente et qu'elle ne fait qu'installer sur des automobiles des articles déjà fabriqués ailleurs—L'appelante ne produit pas un article identifiable destiné au commerce en assemblant des pièces produites par d'autres, mais répare et remplace les pièces détériorées d'une automobile—L'automobile ne reçoit aucune forme, qualité, propriété ou combinaison nouvelles—Les ajustements et les modifications dont les pièces font l'objet afin qu'elles s'emboîtent bien et qu'elles soient bien fixées ne sont pas assimilables à de la «transformation»—Il faut répondre à deux critères pour qu'il y ait transformation: (1) les produits assujettis à l'opération ont-ils subi un changement de forme, d'apparence ou d'autre caractéristiques? (2) le produit est-il devenu plus commercialisable?—La transformation suppose que les matières premières ou naturelles deviennent vendables—Les services de la demanderesse ressemblent aux retouches que l'on fait à une tenue de confection—Seules les activités qui modifient d'une manière importante le caractère des marchandises peuvent être assimilées à de la «fabrication» ou à de la «transformation» au sens de l'art. 125.1—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 125.1 (édicte par S.C. 1973-74, chap. 29, art. 1).

TENNECO CANADA INC. C. CANADA (A-1165-87, juge Linden, J.C.A., jugement en date du 21-3-91, 9 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite***Déductions*

Il s'agit de savoir si les sommes de 500 000 \$ ont été versées par la partie demanderesse à chacun de ses actionnaires (Flanagan et Burroughs) pour s'acquitter de son obligation aux termes des contrats de travail authentiques conclus avec ces deux personnes pour la perte future de leur emploi ou de leur poste, ou si ces sommes faisaient partie de la contrepartie versée dans le cadre de la vente de leurs actions dans la compagnie demanderesse (Oriole) à Alberta Eastern Gas Ltd. (A.E.G.)—Oriole a été constituée en société par Flanagan en 1972 en vertu du droit albertain pour exercer des activités reliées au gaz naturel en Alberta—Un contrat identique, qui a été qualifié de bizarre et qui «sonnait faux», a été signé entre, d'une part, Flanagan et Burroughs en leur qualité d'employés et, d'autre part, la partie demanderesse en sa qualité d'employeur—Il n'y avait pas de raisons valables ou convaincantes de conclure ces contrats car ils n'étaient pas authentiques—Défaut de verser les salaires prévus aux contrats—Les parties n'avaient pas l'intention de créer des obligations exécutoires—Flanagan et Burroughs ont vendu en 1974 leurs actions de la société probablement en raison des avantages fiscaux—Les contrats étaient prévus seulement comme moyens de négociation pour amener les acheteurs éventuels à considérer une partie du prix d'achat comme un règlement des contrats de travail—A.E.G. a acheté les actions d'Oriole en juillet 1976—La somme de 1 000 000 \$ a été prêtée à Oriole qui a émis des chèques de 500 000 \$ chacun à Flanagan et à Burroughs en contrepartie de la quittance de toutes leurs revendications aux termes de leurs contrats de travail—Le paiement de 1 000 000 \$ constituait une contrepartie partielle pour le transfert par Flanagan et Burroughs à A.E.G. de leurs actions d'Oriole—Il ne s'agissait pas d'une dépense engagée pour tirer un revenu d'une entreprise au sens de l'art. 18(1*a*) de la Loi de l'impôt sur le revenu et cette somme n'était donc pas déductible du revenu imposable d'Oriole—La revendication est rejetée—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 18(1*a*).

ORIOLE OIL & GAS LTD. C. CANADA (T-2916-85, juge Martin, jugement en date du 22-2-91, 14 p.)

Les intérêts payés par la demanderesse au cours des années d'imposition 1983, 1984 et 1985 sont-ils déductibles d'impôt en vertu de l'art. 20(1*e*)(i) de la Loi de l'impôt sur le revenu?—Ces montants ont-ils été payés en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur de l'argent emprunté?—La demanderesse est une compagnie d'assurance constituée en vertu d'une loi du Québec en 1959—Elle est tenue de posséder en tout temps un fonds de réserve d'au moins 200 000 \$ qui peut être souscrit par l'Association d'hospitalisation du Québec—Intérêt annuel n'excédant pas cinq pour cent par année sur une telle souscription—Somme totale de 11 248 981 \$ versée par l'Association au fonds de réserve de la demanderesse—Celle-ci a remboursé partiellement l'Association en lui versant la somme de 560 000 \$ pour chacune des années d'imposition 1983, 1984 et 1985—L'intérêt versé par la demanderesse à l'Association n'a pas vraiment été payé en exécution d'une obligation légale—Obligation pour le contribuable d'établir une relation d'emprunteur et de prêteur pour bénéficier de l'exemption prévue à l'art. 20(1*e*)—Cette relation n'a pas été établie en l'espèce—Il faut examiner la substance et le caractère véritable de la transaction—Les sommes en question n'ont pas été

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

payées en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur de l'argent emprunté et ne sont donc pas déductibles en vertu des dispositions de l'art. 20(1*e*)(ii)—Action rejetée—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 20(1*e*)(ii).

CANASSURANCE, CIE D'ASSURANCE-VIE INC. C. CANADA (T-1684-88, juge Dubé, jugement en date du 6-3-91, 13 p.)

Appel d'une cotisation relative aux années 1987 et 1988—La partie demanderesse est un administrateur, un dirigeant et un actionnaire du Island Hall Hotel—Elle a touché des honoraires de gestion de 85 000 \$ en 1981 et de 75 000 \$ en 1982—À cause d'une carence du fonds de roulement, la partie demanderesse n'a reçu en réalité que 64 000 \$, laissant un solde impayé de 96 000 \$—La partie demanderesse a également prêté de l'argent à la société en contrepartie d'un billet à ordre—Les honoraires de gestion impayés ont été classés comme une avance d'actionnaire dans les notes jointes aux états financiers—L'hôtel a été placé sous administration judiciaire en 1985 et a été vendu en 1987—La partie demanderesse a inclus la totalité des honoraires de gestion dans son revenu en 1981 et en 1982—En 1987 et en 1988, elle a déduit les honoraires de gestion impayés à titre de créance irrécouvrable aux termes de l'art. 20(1*p*) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Les honoraires ont été traités comme une perte au titre d'un placement d'entreprise en vertu de l'art. 38*c*)—La Cour de l'impôt a confirmé la cotisation—L'appel est accueilli—Il ressort de la jurisprudence qu'il peut y avoir un prêt d'actionnaire consenti de bonne foi lorsqu'une société retient une somme due à un actionnaire qui est caractérisée de contrat de prêt écrit comme en l'espèce—Pour déterminer si une relation de prêteur et d'emprunteur existe, il est nécessaire d'établir la nature véritable de l'opération—L'analyse des documents de travail utilisés pour préparer les états financiers qui n'ont pas été présentés devant la Cour de l'impôt justifie l'affirmation de la partie demanderesse selon laquelle elle n'avait pas l'intention de prêter les honoraires non payés à la société—La partie demanderesse a accepté de renoncer au paiement immédiat parce qu'elle savait que la société n'était pas en mesure de payer—La partie demanderesse n'avait pas l'intention de consentir un prêt d'actionnaire—Les honoraires de gestion ne constituent pas un revenu tiré d'un emploi—La partie demanderesse n'agissait pas à titre d'employé—Elle ne s'occupait pas de la gestion quotidienne, mais agissait comme représentant du propriétaire—Elle n'a fait l'objet d'aucune retenue à la source et n'a été considérée comme un employé de l'hôtel sous aucun autre rapport—Même si pour les fins de la Loi de l'impôt sur le revenu, un dirigeant ou un administrateur est considéré comme un employé, les services de gestion de la partie demanderesse dépassaient ceux de l'administrateur d'une société—Il aurait fallu embaucher quelqu'un d'autre si la partie demanderesse n'avait pas fourni des services de gestion—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 20(1*p*), 38*c*) (mod. par S.C. 1977-78, art. 42, art. 2).

SUTHERLAND C. CANADA (T-1856-89, juge Joyal, jugement en date du 19-4-91, 23 p.)

Appel d'un jugement de première instance ((1988), 23 F.T.R. 140), qui a accueilli un appel formé contre la nouvelle

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

cotisation établie pour 1985—La contribuable particulière est devenue une résidente canadienne le 1<sup>er</sup> novembre 1983; avant cette date, le revenu qu'elle tirait de biens et d'une entreprise situés dans un pays autre que le Canada n'était pas assujéti à l'impôt sur le revenu canadien—Elle a payé 325 226 \$ à titre d'impôts étrangers sur le revenu ne provenant pas d'une entreprise sur le revenu tiré de sources étrangères qu'elle avait touché au cours des dix premiers mois de 1983—Elle a déduit ce montant du revenu de 8 600 \$ pour les deux derniers mois de 1983 en vertu de l'art. 20(12) de la Loi de l'impôt sur le revenu—L'art. 20(12) permet la déduction de l'impôt sur le revenu ne provenant pas d'une entreprise payé pour l'année à un pays autre que le Canada—En 1985, elle a déduit 84 774 \$ à titre de perte autre qu'une perte en capital d'autres années pour le motif que la déduction, faite de son revenu, des impôts étrangers sur le revenu ne provenant pas d'une entreprise pour les deux mois de 1983 pendant lesquels elle avait été résidente du Canada entraînait une perte autre qu'une perte en capital qu'elle pouvait reporter à l'année d'imposition 1985—Le ministre a rejeté la déduction fondée sur l'art. 20(12) et la perte en résultant—Le juge de première instance a statué que l'art. 20(12) se rapportait au calcul du revenu pour une «année d'imposition» qui, suivant l'art. 249, se définit comme étant, dans le cas d'un particulier, l'année civile—Le juge de première instance a commis une erreur en décidant que la contribuable avait le droit de se prévaloir de la déduction prévue à l'art. 20(12) à l'égard de son revenu pour l'année abrégée «comme par définition son année de taxation correspond à l'année civile»—Bien que l'art. 249 assimile l'année d'imposition d'un particulier à l'année civile, l'art. 114 prévoit expressément une exception à cette règle dans le cas d'un contribuable qui ne réside au Canada que pendant une partie de l'année—Pour la période de résidence au Canada d'un tel contribuable, son «revenu» doit être «calculé comme si cette période ... [constituait] l'année d'imposition tout entière»—Dans le cas des contribuables qui ne résident au Canada que pendant une partie de l'année, leurs périodes de résidence et de non-résidence doivent être calculées séparément comme si chacune constituait l'année d'imposition tout entière—L'année civile est en fait divisée en deux années d'imposition théoriques, dont l'une correspond à la période de résidence et l'autre, à la période de non-résidence—Si le calcul pour 1983 doit être fait «comme si» la période de résidence au Canada «constituait l'année d'imposition tout entière», la déduction prévue à l'art. 20(12) s'applique à l'impôt sur le revenu ne provenant pas d'une entreprise «pour l'année», c.-à-d. pour les mois de novembre et de décembre 1983—Puisque l'impôt étranger sur le revenu ne provenant pas d'une entreprise a été payé sur un revenu gagné au cours des dix premiers mois de l'année, cet impôt ne peut être déduit dans le calcul du revenu; une année d'imposition tout entière qui correspond aux mois de novembre et de décembre exclut nécessairement les mois de janvier à octobre—Appel accueilli—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 20(12) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 140, art. 12), 114 (mod. par S.C. 1984, chap. 1, art. 57), 249.

TAYLOR C. CANADA (A-922-88, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 21-2-91, 6 p.)

## IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

*Gains en capital*

Appel d'une nouvelle cotisation relative à 1982—Le demandeur a acheté au prix de 60 398,51 \$ 17,6 acres de terrain à Saltspring Island (C.-B.) en 1979—Il a désigné la propriété à titre de résidence principale—Il a vendu la propriété en 1982 au prix de 315 000 \$—La propriété était assujéti à une clause restrictive qui en interdisait le lotissement—Au moment de la vente, il y avait trois maisons mobiles sur la propriété, dont la plus petite a été laissée à l'acheteur, et la plus grande a été désignée à titre de résidence principale—Elles ont été vendues séparément de la propriété immobilière—Le ministre a établi un impôt sur les gains en capital réalisés à l'égard de propriétés excédant deux hectares—La définition de «résidence principale» à l'art. 54g) comprend le fonds de terre sous-jacent au logement et la partie de tout fonds de terre adjacent n'excédant pas 12 hectares, qu'il est raisonnable de considérer comme facilitant l'usage et la jouissance du logement à titre de résidence, à moins qu'il soit établi que l'excédent est nécessaire à cet usage et à cette jouissance—Le demandeur prétend que la superficie totale de 17,6 acres était nécessaire à l'usage et à la jouissance—L'appel est rejeté—Distinction faite avec l'arrêt *La Reine c. Yates*, [1983] 2 C.F. 730 (C.A.), dans lequel le règlement de zonage exigeait une superficie minimale de dix acres—Différence entre l'objet de la Loi sur l'expropriation et celui de la Loi de l'impôt sur le revenu—Sens du mot «jouissance»—Problème de l'identification du fonds de terre sous-jacent à une maison mobile qui est susceptible d'être déplacée n'importe où sur la propriété et même ailleurs—Le demandeur n'a pas établi que l'excédent était nécessaire à l'usage et à la jouissance de la maison mobile—Le fait qu'il a été forcé de vendre le terrain en bloc à cause de l'interdiction de lotissement n'est pas pertinent—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 38a), 54g) (mod. par S.C. 1973-74, chap. 14, art. 14; 1974-75-76, chap. 26, art. 15; 1976-77, chap. 4, art. 14; 1980-81-82-83, chap. 140, art. 23).

WINDRIM C. CANADA (T-1375-78, juge Muldoon, jugement en date du 13-3-91, 17 p.)

## INJONCTIONS

Requête en injonction interlocutoire visant à interdire à la défenderesse d'employer la marque de commerce Lone Star en liaison avec des services de restauration—La défenderesse exploite à Ottawa le Lone Star Café, qui offre des spécialités du Texas, alors que la défenderesse est la propriétaire du restaurant Lone Star de Vancouver—L'entreprise de la défenderesse est très prospère et on en prévoit l'expansion—Le propriétaire du restaurant de la défenderesse est de foi juive et a incorporé l'étoile de David dans un logo qui évoque le Texas—Son entreprise est beaucoup plus modeste et s'adresse à une clientèle ouvrière et non à une clientèle huppée comme celle de la défenderesse—Le fait qu'on emploie la même expression («Lone Star») en liaison avec un restaurant ou un café crée assurément de la confusion—Jusqu'à maintenant, il n'y a eu aucune preuve de confusion, mais une telle preuve n'est pas absolument nécessaire pour pouvoir obtenir une injonction interlocutoire—Il existe une question sérieuse à trancher qui n'est ni futile, ni vexatoire—La valeur de l'importante clientèle

**INJONCTIONS—Fin**

de la demanderesse risque d'être diminuée si un autre restaurant exploité sous un nom commercial semblable devait créer de la confusion avec sa marque—Il est douteux que la défenderesse perde un grand nombre de clients si elle maintient les mêmes normes élevées de qualité à l'égard de la nourriture et de l'ambiance du restaurant—Le préjudice irréparable et la prépondérance des inconvénients favorisent la demanderesse—La requête est accueillie.

688863 ONTARIO LTD. C. LANDOVER ENTERPRISES INC. (T-151-91, juge suppléant Walsh, ordonnance en date du 25-3-91, 11 p.)

**MARQUES DE COMMERCE**

Requête en injonction interlocutoire visant à obliger les défendeurs à se priver de leur numéro de téléphone, à changer d'emplacement et à ne pas accrocher l'enseigne d'un concurrent—Il existe des questions sérieuses à trancher, y compris la validité de la marque de commerce et la convention de non-concurrence—La demanderesse ne subit pas de préjudice irréparable étant donné qu'on peut mesurer en argent dans le cadre d'un renvoi le nombre de contrats qui ont été perdus par la franchise Nu-Vista en faveur de la franchise Home Life du fait de l'utilisation du numéro de téléphone et de l'utilisation continue de l'emplacement—La prépondérance des inconvénients favorise le statu quo—Le fait pour les défendeurs de se priver de leur numéro de téléphone pourrait leur causer un préjudice irréparable si la demanderesse échouait au procès—La requête est rejetée.

NU-VISTA INTERNATIONAL INC. C. NU-VISTA PROFESSIONALS INC. (T-537-90, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 22-5-90, 4 p.)

**CONTREFAÇON**

Les demandereses réclament une injonction et des dommages-intérêts pour contrefaçon de leur marque de commerce Opto-Vision—Les défenderesses ont produit une demande reconventionnelle en disant que l'enregistrement de ladite marque est invalide et devrait être radié—La marque «Opto-Vision» a été enregistrée pour la première fois à Montréal le 1<sup>er</sup> février 1982 par l'une des défenderesses, Les Services Optométriques Inc. (S.O.I.) qui est devenue Opto-Services—En juillet 1988, une nouvelle compagnie du nom de Optagest Sept-Îles Inc. a enregistré le nom «Opto-Vision» comme raison sociale—Le 6 décembre 1988, S.O.I. a envoyé une mise en demeure à Optagest lui interdisant d'utiliser la marque «Opto-Vision»—Qui est propriétaire de la marque de commerce Opto-Vision et qui l'a utilisée pour la première fois?—L'enregistrement accordé à Optagest est-il valide ou doit-il être radié?—Aucun droit de propriété ne peut être exercé sur une marque de commerce à moins que cette marque n'ait été employée dans le cours normal du commerce et portée à l'attention du public—L'enregistrement d'une raison sociale ou la formation d'une société ne constitue pas un emploi au sens de la Loi sur les marques de commerce—Les défenderesses n'ont jamais vraiment employé la

**MARQUES DE COMMERCE—Suite**

marque de commerce «Opto-Vision» ni ne l'ont portée à l'attention du public au sens des art. 4(1) et 4(2) de la Loi sur les marques de commerce—De 1982 à 1990, elles ont utilisé quatre marques différentes, «Opto-Services», «Opto-Plus», «Opto-Vision» et «Optosys»—Elles ont employé la marque «Opto-Vision» aux fins d'un programme de ventes et de services au public—Aucune preuve qu'elles l'ont employée conformément à la loi et à la jurisprudence ou qu'elles l'ont portée à la connaissance du public par voie de publicité dans les médias ou ailleurs—Action accueillie et demande reconventionnelle rejetée—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. 10, art. 2, 4(1), (2), 16, 30.

OPTAGEST CANADA INC. C. SERVICES OPTOMÉTRIQUES INC. (S.O.I.) (T-1976-89, juge Joyal, jugement en date du 18-4-91, 16 p.)

**ENREGISTREMENT**

Appel du rejet par le registraire d'une opposition contre la demande présentée par l'intimée pour l'enregistrement de la marque de commerce «Piattelli et Design»—En 1978, l'intimée a enregistré la marque de commerce «Piattelli» pour l'utiliser en liaison avec des chemises d'hommes et des blouses de femmes, se fondant sur l'emploi de la marque depuis 1975—En 1981, elle a demandé l'enregistrement de «Piattelli et Design» (signature sous forme stylisée et non pas signature réelle), en prétendant que le premier emploi remontait à avril 1981—L'appelant s'oppose à l'enregistrement pour le motif que la date du premier emploi est inexacte, que la marque n'est pas enregistrable en vertu des art. 37(2)b) et 9 de la Loi sur les marques de commerce, s'agissant de la signature de l'appelant, et que la marque n'est pas distinctive contrairement à l'art. 37(2)d), s'agissant du nom de famille et de la signature de l'appelant—La Commission des oppositions a décidé de rejeter l'opposition, vu la preuve qui lui a été présentée—En appel, l'appelant a soulevé pour la première fois que l'enregistrement était prohibé par l'art. 12(1)a) de la Loi sur les marques de commerce qui refuse l'enregistrement d'un mot qui n'est principalement que le nom ou le nom de famille d'un particulier vivant ou qui est décédé dans les trente années précédentes—Un tribunal est, *proprio motu*, judiciairement tenu d'examiner une question de droit, qu'elle soit soulevée au moyen de la preuve ou de plaidoiries écrites ou orales—Appel rejeté—Le débat sur le caractère distinctif est sans pertinence puisque l'art. 12(2) permet l'enregistrement d'une marque de commerce non enregistrable en raison de l'art. 12(1)a) si elle a été employée au Canada de façon à être devenue distinctive—Le débat sur l'invalidité est sans pertinence puisque l'art. 18(2) prévoit que l'enregistrement n'est pas invalide pour la seule raison que la preuve de l'absence de caractère distinctif n'a pas été soumise avant l'octroi de l'enregistrement—Les tribunaux ont tendance à donner un certain sens à l'expression «n'étant principalement que... le nom de famille d'un particulier», particulièrement lorsqu'il s'agit d'un mot qui n'est ni anglais ni français—Loi sur les marques de commerce, S.R.C. 1970, chap. T-10, art. 9, 12(1)a), (2), 18(2), 29b), 37(2)b), d).

PIATELLI C. GOLD & SONS LTD. (T-905-90, juge Joyal, jugement en date du 28-2-91, 9 p.)

## MARQUES DE COMMERCE—Suite

## PRATIQUE

Opposition à l'enregistrement d'une marque de commerce sous le régime de l'art. 38 de la Loi sur les marques de commerce—Requête introduite par l'intimée pour faire radier l'avis d'appel parce qu'il ne révèle aucune cause d'action—L'avocat de l'appelant a interrompu le contre-interrogatoire du témoin de l'intimée—L'avocat de l'intimée a refusé que l'on poursuive le contre-interrogatoire de sa cliente—Le refus par le registraire d'ordonner la poursuite du contre-interrogatoire a fait l'objet d'un appel en vertu de l'art. 56(1) de la Loi—La question se pose de savoir si le mot «décision» figurant à l'art. 56(1) de la Loi s'entend uniquement de décisions finales ou également de décisions interlocutoires—La jurisprudence de la Cour donne une interprétation étroite au mot «décision»—La décision du registraire de refuser la poursuite du contre-interrogatoire est une décision interlocutoire, et non une décision finale, et n'est pas susceptible d'appel—Requête accueillie—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13, art. 38, 56(1).

ÉTAT FRANÇAIS C. MINTEL COMMUNICATIONS CORP.  
(T-3482-90, juge Martin, ordonnance en date du 18-2-91, 9 p.)

Demande visant à obtenir la radiation de l'avis de requête introductif d'instance en vertu de la Règle 419, une ordonnance prorogeant le délai imparti pour déposer une réponse et des affidavits, ainsi qu'une ordonnance accordant l'autorisation de déposer et de signifier la présente requête et les affidavits à l'appui—La partie requérante est-elle une «personne intéressée» au sens des art. 57 et 2 de la Loi sur les marques de commerce?—La Règle 419 n'est pas applicable car il n'y a pas d'action—La Règle 419 autorise la radiation de toute plaidoirie écrite—La définition de l'expression «plaidoirie écrite» à la Règle 2 suppose aussi l'existence d'une action—L'application de la Règle 419 sans qu'il soit tenu compte des définitions prévues à la Règle 2 ne peut pas constituer une application «avec les modifications qui s'imposent» au sens de la Règle 705(3)—Une telle application de la Règle 419, dont l'objet est de régler certaines actions rapidement avant l'instruction, supposerait qu'on apporte à cette Règle une modification qui ne serait pas «raisonnablement appropriée» compte tenu du caractère sommaire de la procédure déjà prévue ailleurs relativement à l'examen et au règlement de la demande fondée sur l'art. 57—La partie intimée n'a pas établi que la partie requérante n'est pas une «personne intéressée» au sens des art. 2 et 57—Une requête en radiation ne devrait être accueillie que dans les cas patents—Il y a amplement matière à discussion—Il est préférable d'appliquer la procédure sommaire prévue aux Règles 704 et 705—La demande en vue d'obtenir une ordonnance aux termes de la Règle 419 est rejetée—La prorogation de délai est accordée car elle ne fait pas échec au caractère sommaire des procédures—L'autorisation demandée de déposer et de signifier la présente requête est accordée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, art. 2, 3(1)c), 321(2), 419, 702(6), 704(8), 705(3), 708(4)—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13, art. 2, 57, 58, 59.

UNITEL COMMUNICATIONS INC. C. BELL CANADA  
(T-718-91, juge Pinard, ordonnance en date du 3-5-91, 5 p.)

## MARQUES DE COMMERCE—Fin

## RADIATION

Demande de radiation de l'enregistrement par l'intimée de la marque de commerce Fibergrate se rapportant à des grillages de plastique renforcé—En 1968, l'intimée a conclu une entente avec la société américaine Fibergrate Corp., fabricant de FRP (grillages de plastique renforcé) et titulaire de la marque de commerce Fibergrate aux États-Unis, à condition que l'intimé fabrique et vende des grillages de plastique renforcé au Canada—La marque de commerce a été enregistrée au Canada par l'intimée le 1<sup>er</sup> octobre 1971—L'intimée annonce les grillages de plastique renforcé au Canada depuis 1968 et est désignée comme étant la source canadienne des grillages Fibergrate—Le mot Fibergrate désignait-il de façon distinctive au Canada les grillages de plastique renforcé vendus par l'intimée, conformément aux exigences de l'art. 18(1)b) de la Loi sur les marques de commerce?—Le mot Fibergrate donne-t-il une description claire de la nature et de la qualité des grillages de plastique renforcé, de façon à pouvoir être enregistré en application des art. 12(1)b) et 18(1)a) de la Loi?—Distinction entre le caractère distinctif à la date de l'enregistrement et à la date à laquelle les procédures ont été engagées—Le caractère distinctif n'est exigé que dans le dernier cas—La distribution au Canada de certaines revues et brochures produites par Fibergrate Corp. et dans lesquelles la marque de commerce Fibergrate était illustrée ne constitue pas un «emploi» qui porterait atteinte au caractère distinctif de l'«emploi» de la marque de commerce par l'intimée—La marque de commerce Fibergrate désigne de façon manifestement distincte les grillages de FRP de l'intimée par rapport à ceux des autres qui existent sur le marché, étant donné qu'il s'agit des seuls grillages de FRP vendus sur le marché canadien en liaison avec cette marque de commerce—La marque de commerce de l'intimée n'avait pas perdu son caractère distinctif à la date à laquelle les présentes procédures ont été engagées—Le mot Fibergrate ne donne pas une description claire de la nature des FRP car il s'agit d'un mot fabriqué qui comporte un renvoi elliptique à la nature et à la qualité des FRP—La demande est rejetée—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13, art. 12(1)b), 18(1)a), 57.

FIBERGRID INC. C. PRECISIONEERING LTD. (T-684-90, juge Cullen, jugement en date du 13-2-91, 14 p.)

## PÉNITENCIERS

Requête tendant à l'obtention d'une ordonnance qui annulerait le rejet de la demande de transfèrement à un établissement à sécurité minimale—Cette décision n'a pas été rendue en fonction de critères extérieurs, non pertinents ou indûment restrictifs—La preuve n'établit pas que l'évaluation psychologique du requérant est absolument positive—Il n'a pas été satisfait au critère qui exigeait l'achèvement avec succès d'absences temporaires avec escorte ou le succès d'autres programmes dans des situations semblables de sécurité minimale—Il n'a pas été satisfait à certains autres des six critères—Il n'y a pas eu violation de l'art. 13 du Règlement sur le service des pénitenciers—

**PÉNITENCIERS—Fin**

Demande rejetée—Règlement sur le service des pénitenciers, C.R.C., chap. 1251, art. 13.

COMEAU C. CANADA (SERVICE CORRECTIONNEL) (T-3348-90, juge Reed, ordonnance en date du 12-3-91, 5 p.)

**PEUPLES AUTOCHTONES****ÉLECTIONS**

Action visant à obtenir un jugement déclarant injuste, arbitraire et illégal un référendum que veut tenir le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien—Mode de nomination du Conseil de bande de Kanesatake établi suivant la coutume depuis 1969—Coutume contestée par certains membres de la bande—Décision rendue par la Cour le 7 janvier 1983 portant que la coutume serait en vigueur à Oka suivant le choix de la majorité des Mohawks—Après avoir refusé d'intervenir pendant plusieurs années, le Ministère a proposé puis ordonné la tenue d'un référendum portant sur le mode de nomination du Conseil de bande de Kanesatake—Demande d'injonction interlocutoire suspendue jusqu'à ce qu'il soit décidé si ce référendum est conforme aux exigences de la Loi—Le premier argument des demandeurs selon lequel aucune loi fédérale ne confère le droit au gouvernement de tenir un référendum est irrecevable vu les pouvoirs discrétionnaires accordés au ministre par l'art. 4 de la Loi sur le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien—L'intervention du ministre vise à connaître la volonté des Mohawks quant au mode d'élection qu'ils préfèrent pour leur Conseil de bande—Le deuxième argument portant que ledit référendum est une forme de délégation de pouvoir illégale parce qu'il représente l'opinion exprimée par des tiers, soit les voteurs, n'est pas convaincant—Le but ultime du référendum est de renseigner le ministre sur la volonté des Mohawks d'Oka—Il s'agit d'une source d'information et non d'une forme de délégation de pouvoir illégale—La troisième prétention des demandeurs porte sur la décision de la Cour rendue le 7 janvier 1983—Cette décision ne saurait empêcher le ministre de modifier la procédure d'élection lorsqu'il le juge utile conformément à l'art. 74 de la Loi sur les Indiens—Le dernier argument des demandeurs soulève la question de savoir si la tenue d'un référendum porte atteinte aux droits ancestraux des autochtones—Cette question est prématurée puisque le résultat d'un référendum n'est qu'une opinion exprimée par les autochtones et non une atteinte à leurs droits ancestraux—Obligation pour le ministre en vertu de son obligation de fiduciaire de voir au bon fonctionnement de la réserve de Kanesatake et de répondre aux différentes plaintes qui lui sont adressées—Aucune preuve que la coutume serait violée si un référendum avait lieu—Action rejetée—Loi sur le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, L.R.C. (1985), chap. I-6, art. 4—Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), chap. I-5, art. 3, 74.

CHEFS HÉRÉDITAIRES TRADITIONNELS DES SIX NATIONS C. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN) (T-1144-88, juge Rouleau, jugement en date du 20-2-91, 13 p.)

**POSTES**

Demande de *certiorari* pour faire annuler la décision de la Société canadienne des postes de fermer quatre bureaux de postes, et de *mandamus* enjoignant leur réouverture—Les requérants ont eu tort de dire que la politique de remplacement des bureaux de poste locaux par des comptoirs postaux contractuels visait exclusivement les bureaux de poste en milieu rural—Les mêmes critères sont appliqués en matière de fermeture de bureaux de poste en milieu rural et urbain—Habituellement, il y a changement lorsque se présente une «occasion naturelle», à savoir le décès du maître de poste ou la destruction du bureau de poste—Les quatre bureaux ont été fermés en raison des difficultés financières et remplacés par des comptoirs postaux—Un comptoir postal a été ouvert seulement dans l'une des quatre collectivités en raison des pressions exercées par la population et les menaces de boycottage qui ont découragé les détaillants de poser leur candidature pour l'exploitation de ces comptoirs—Dignité rurale du Canada n'a pas qualité pour saisir la Cour d'une requête, puisqu'elle soulève les mêmes questions que celles que posent les personnes physiques requérantes—Il n'y a pas lieu au décernement d'un bref de *mandamus* contre le ministre puisque Postes Canada n'est responsable que si elle agit illégalement, et le ministre n'est pas tenu de donner des directives à Postes Canada pour l'objet précis invoqué par les requérants—La Société fait partie de l'appareil décisionnel gouvernemental qui tombe sous le coup de l'art. 2 de la Loi, et ses décisions de fermer les bureaux de poste sont susceptibles d'un contrôle judiciaire en vertu de l'art. 18 de la Loi—La doctrine des attentes légitimes invoquée par les requérants ne s'applique pas puisque les lettres que la Société a destinées au public n'équivalent pas à une promesse de consulter la population avant de décider de fermer des bureaux de poste—La décision a été prise avant l'envoi de ces lettres—La Société fait partie de la fonction exécutive ou administrative du gouvernement du Canada et est assujettie à la Charte dans certaines de ses activités—La décision de fermer des bureaux de poste est assujettie au contrôle judiciaire aux fins de vérifier sa compatibilité avec la Charte—Il n'y a pas eu violation de l'art. 15 de la Charte—Le programme de remplacement des bureaux de poste locaux par des comptoirs postaux s'applique tant aux régions urbaines qu'aux régions rurales du Canada, et les mêmes critères sont appliqués lorsqu'on décide de fermer un bureau de poste—La Société n'a pas manqué à son obligation légale, sous le régime de l'art. 5(2)b) de la Loi sur la Société canadienne des postes, de respecter des normes de services qui sont comparables pour des collectivités de même importance—La Loi n'impose pas à la Société l'obligation d'assurer la livraison à domicile et la présence d'un bureau de poste dans chaque collectivité: *Re City of Nepean and Canada Post Corporation* (1986), 57 O.R. (2d) 297 (H.C.)—La Société n'est nullement tenue d'assurer le service postal par l'intermédiaire d'un bureau de poste exploité par la Société plutôt que par un comptoir postal—Le service postal fourni par un comptoir postal est le même et même meilleur que celui que fournissaient les anciens bureaux de poste locaux—Les inconvénients subis par les résidents locaux leur sont imputables parce qu'ils ont bloqué l'établissement de nouveaux comptoirs postaux—Demande rejetée avec dépens—Loi sur la Société canadienne des postes, L.R.C. (1985), chap. C-10, art. 5(2)—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982,

**POSTES—Fin**

annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 15, 32(1)a).

DIGNITÉ RURALE DU CANADA C. SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES (T-2427-90, juge Martin, ordonnance en date du 22-1-91, 30 p.)

**PRATIQUE**

## COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE

*Interrogatoire préalable*

La défenderesse Venture Graphics Inc. a le droit d'interroger au préalable le témoin des parties demandesses en vertu de la Règle 465(3)—Rien ne prouve que les parties demandesses subiront un préjudice—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 465(3).

JOHN LABATT LTD. C. STARLINE AGENCIES INC. (T-87-89, juge Dubé, ordonnance en date du 19-2-91, 2 p.)

*Production de documents*

Requête tendant à l'obtention d'une ordonnance qui enjoindrait au demandeur de transmettre à l'avocat de la défenderesse les documents et les renseignements demandés lors d'un interrogatoire préalable—Le demandeur a intenté une action en restitution de dix boîtes contenant des objets personnels, y compris 28 carnets et en paiement des heures supplémentaires avec intérêt—La défenderesse n'était pas en mesure de retrouver les carnets—Le demandeur est disposé à fournir les renseignements demandés, mais il s'oppose à la production des déclarations d'impôt sur le revenu—La défenderesse a le droit de prendre connaissance de documents si le demandeur en fait un fondement de son action—Requête accueillie.

WEBER C. CANADA (T-2527-87, juge suppléant Walsh, ordonnance en date du 7-3-91, 5 p.)

## FRAIS ET DÉPENS

Taxation des frais du requérant conformément à une ordonnance (T-1731-85, juge Dubé, ordonnance en date du 22-11-90) faisant droit à la requête en rectification de l'enregistrement de son droit d'auteur sur l'œuvre littéraire et dramatique intitulée «Les Batteux, a Scenario»—Le requérant a toujours agi pour son propre compte—Il réclame des débours au montant de 1 005,45 \$ selon l'art. 1(2)a) et b) du tarif B—L'avocat de l'intimé conteste les frais d'avocat au montant de 786,25 \$ en invoquant l'art. 2 du tarif B—Les deux requêtes ne constituent pas deux causes distinctes—Nécessité pour le requérant de faire appel à des avocats à titre de personnes ressources—Les frais d'avocats constituent des débours prévus à l'art. 1(2)b) du tarif B—Mémoire de frais taxé et alloué intégralement—Règles de

**PRATIQUE—Suite**

la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, tarif B, art. 1(2)a), b), 2 (mod. par DORS/87-221, art. 8).

FERLAND C. LEMIEUX (T-1731-85, officier taxateur Daoust, taxation en date du 11-2-91, 6 p.)

Taxation des frais entre parties—Rien ne permettait la présence d'un avocat en second à deux jours d'audience en vertu de l'art. 1(1)i) du tarif B—L'issue favorable décollait des services rendus avec compétence par l'avocat des requérants antérieurement à l'audience—Inexistence de «raisons particulières» mentionnées à l'art. 1(1)i)—Les honoraires du cabinet d'avocats d'Ottawa, dont les services professionnels ont été retenus pour rédiger des affidavits, préparer des contre-interrogatoires et la demande d'accès à l'information, ont été réclamés comme débours—Bien qu'il s'agisse d'une économie de frais, une telle efficacité ne crée pas le droit à la taxation des frais lorsque rien de tel n'existait auparavant en droit—Au niveau des parties, le principe de l'indemnisation partielle prévaut—Le paiement fait au mandataire constitue un débours, mais le service rendu est un travail professionnel et juridique au sens de la Règle 346(1) et de l'art. 1(1) du tarif B—La partie des honoraires versée au mandataire n'est pas taxable—Les débours figurant dans la facture du mandataire sont accueillis, sauf les frais de taxi—Les frais engagés avant l'engagement de l'action mais qui se rapportent à l'issue sont taxables—Le critère applicable aux débours comprend l'évaluation des circonstances telles qu'elles existaient au moment où la décision a été prise de faire des débours—Les intervenants ne sont pas responsables des frais engagés avant qu'ils ne soient constitués parties—Les intervenants et les intimés doivent partager les débours engagés après la constitution des parties intervenantes—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 346 (mod. par DORS/87-221, art. 3), tarif B (mod., idem, art. 8), art. 1(1)a), (2) b).

FLORENCE C. CANADA (COMITÉ DES TRANSPORTS AÉRIENS) (T-1080-88, juge Strayer, ordonnance en date du 7-3-90, 7 p.)

L'intervenante, qui est une profane, a présenté son mémoire de frais à l'officier taxateur en vertu de la Règle 344 contre les demandesses—Les officiers taxateurs n'ont pas compétence en vertu de la Règle 344—Les demandesses se sont désistées de l'affaire—L'intervenante s'est opposée au désistement et au fait qu'aucune disposition n'avait été prise à l'égard des frais—Elle ne peut pas invoquer le pouvoir discrétionnaire requis et visible qui est conféré à la Cour en vertu de la Règle 344(1)—La Règle 406 ne s'applique pas car il ne s'agit pas d'une action—La Règle 406 ne s'applique pas aux intervenants de la même manière qu'aux défendeurs—Le mémoire de frais est taxé, la somme accordée étant nulle—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, art. 344 (mod. par DORS/87-211, art. 2), 406.

I.C.I. AMERICAS INC. C. CANADA (T-1116-88, officier taxateur Stinson, taxation en date du 27-3-91, 6 p.)

Ordonnance condamnant les demandeurs à payer à la défenderesse les frais supplémentaires engagés pour préparer les interrogatoires préalables décollant de l'annulation unilatérale par les demandeurs de l'interrogatoire préalable qui avait été prévu à l'origine—Les frais supplémentaires devront être taxés sur une base procureur-client—La défenderesse sollicite 4 166 \$

**PRATIQUE—Suite**

à titre de dépens supplémentaires—L'ordonnance ne fait pas de distinction entre la préparation en première instance et le travail de révision—Lorsque des éléments de preuve incontestables permettent de conclure que des travaux exécutés sont visés par l'ordonnance, les frais y afférents seront taxés à moins qu'ils ne soient manifestement absurdes ou inutiles—La preuve amène à conclure que la conduite des demandeurs, lesquels ont tardé à comparaître à l'interrogatoire préalable après la date fixée à l'origine, a contribué à l'importance imprévue du compte—Le mémoire de frais de la défenderesse, établi à 4 516 \$, est taxé et accueilli tel quel.

ANDERSON C. NASCOR INC. (T-405-90, officier taxateur Stinson, taxation en date du 20-3-91, 10 p.)

Les défendeurs ont été radiés de l'action et les dépens ont été adjugés en leur faveur—Dans leurs observations écrites, les défendeurs laissent entendre que chaque mémoire devrait être adjugé jusqu'à concurrence de 50 %—Bien qu'il refuse de renoncer à sa neutralité en l'absence d'un opposant qui conteste des postes du mémoire de frais, l'arbitre ne peut admettre les postes non fondés—Les mémoires comprennent 125 \$ pour la taxation des dépens—L'expression «pour chaque demi-journée» figurant à l'art. 1(1)c) du tarif B s'applique dans le cas d'une comparution personnelle—L'arbitre n'a pas compétence, selon la Règle 346(1), pour exercer son pouvoir discrétionnaire sur ce point et il rejette ces sommes—Le mémoire de frais de 450 \$ est taxé et la somme de 162,50 \$ est adjugée dans chaque cas—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, art. 346 (mod. par DORS/87-221, art. 3), tarif B, art. 1(1)c) (mod., idem, art. 8).

SALAMON C. CANADA (T-626-90, officier taxateur Stinson, taxation en date du 26-3-91, 3 p.)

**JUGEMENTS ET ORDONNANCES***Annulation ou modification*

La partie demanderesse a rédigé un jugement officiel—L'avocat des parties défenderesses a suggéré plusieurs modifications—La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel interjeté du jugement officiel—L'évaluation des dommages devait être faite au moyen d'une référence après le procès—Les parties défenderesses demandent des modifications au jugement officiel—Elles ont contesté sans succès les conclusions relatives à la validité du brevet—La Règle 1733 qu'invoque les parties défenderesses est inapplicable car il n'existe pas de nouveau point qu'elles n'auraient pas pu connaître au procès—La Cour estime bien fondée la demande par laquelle les parties défenderesses requièrent que le jugement soit reformulé pour dire clairement que doit être tranchée au cours de la référence la question de savoir si les profits sont payables seulement en ce qui concerne la vente de certaines pièces de cathéters mentionnés au paragraphe 3—Il y a tout à fait lieu de proroger le délai en application de la Règle 337(5)—Bien qu'il soit inhabituel de modifier un jugement après sa confirmation en appel, ceci n'est pas nouveau—La correction porte sur un aspect qui n'était pas en litige ni au procès, ni en appel—À la suite de la modification, il sera évident que ni les motifs ni le jugement ne visaient à déterminer

**PRATIQUE—Suite**

que la vente des éléments des cathéters qui n'étaient pas en contrefaçon ouvrirait droit à une réclamation de bénéfices—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 337(5), 1733.

MAHURKAR C. VAS-CATH OF CANADA LTD. (T-1128-86, juge Strayer, ordonnance en date du 25-4-91, 6 p.)

**MODIFICATION DES DÉLAIS**

Requête en prorogation de délai en vertu de la Règle 5(2) des Règles de la Cour fédérale pour intenter une action, sous le régime de l'art. 18 de la Loi, contre la décision du ministre de refuser au requérant le statut d'immigrant admis pour des considérations humanitaires—L'autorisation d'introduire une requête en vertu de l'art. 18 a été accordée, mais la demande de sursis à l'exécution de l'ordonnance d'expulsion a été rejetée—L'instance doit être introduite dans les 15 jours suivant l'ordonnance portant autorisation—L'instance aux termes de l'art. 18 n'a jamais été introduite—La preuve ne justifie pas une prorogation du délai en vertu de la Règle 5(2)—Le requérant est tenu de communiquer avec son avocat—La longueur du retard est considérable—Une ordonnance de prorogation de délai est un recours discrétionnaire—Le requérant disposait d'autres solutions que l'intimé lui avait offertes—La demande de prorogation de délai pour introduire une instance aux termes de l'art. 18 est rejetée—La requête en prorogation de délai pour demander que soit réexaminée la décision rendue par le juge MacKay en vertu de la Règle 337(5) est également rejetée—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration, DORS/89-26, Règle 5(2).

CAPELOS C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (89-T-657, juge Reed, ordonnance en date du 7-3-91, 6 p.)

**PARTIES***Jonction*

La Cour a compétence pour constituer intimées des parties autres qu'un «office fédéral», lorsque «une ordonnance comme celle en l'espèce risque d'être défavorable» à toute personne—Puisque Alcan Aluminium Limited risque d'être lésée de cette façon, elle doit être constituée partie intimée en l'espèce.

SAVE THE BULKLEY SOCIETY C. CANADA (MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT) (T-2687-90, juge Dubé, ordonnance en date du 11-2-91, 1 p.)

*Qualité pour agir*

Recours subrogatoire exercé par la demanderesse au nom de son agent de correction qui a subi des dommages lors d'une altercation à l'Institut Leclerc—La preuve indique clairement que l'agent en question a subi une perte de salaire et encouru des frais médicaux imputables à la faute du défendeur qui a refusé de se soumettre à un ordre de fouille et l'a bousculé dans l'exercice de ses fonctions—L'agent a choisi d'être indemnisé par son employeur—Subrogation légale opérant en faveur de ce



**PRATIQUE—Suite**

dernier en vertu de l'art. 9(3) de la Loi sur l'indemnisation des agents de l'État—La demanderesse a également le droit de réclamer un montant pour souffrances et douleurs—Action accueillie—Loi sur l'indemnisation des agents de l'État, L.R.C. (1985), chap. G-5, art. 9(3).

CANADA C. VAUGHAN (T-2208-88, juge Denault, jugement en date du 23-4-91, 4 p.)

**PLAIDOIRIES**

Requête en radiation de la déclaration fondée sur la Règle 419(1)a)—Action en dommages-intérêts pour détention illégale du demandeur, atteinte à sa réputation et dommages moraux, souffrances, perte de jouissance de la vie—Jugement rendu par la Cour d'appel fédérale déclarant illégale la détention du demandeur dans l'Unité spéciale de détention après son acquittement le 30 mai 1981—La réclamation du demandeur est fondée sur les art. 3 et 32 de la Loi sur la responsabilité de la Couronne et soumise aux règles du Code civil de la province de Québec en matière de prescription, soit l'art. 2261 qui prévoit une prescription de 2 ans pour détention illégale et atteinte à la réputation et l'art. 2262 qui prévoit une prescription d'un an pour dommages moraux, souffrances, perte de jouissance de la vie—Le point de départ de la prescription est-il le début de la détention illégale ou la date du jugement de la Cour d'appel fédérale?—Le demandeur a intenté son action après l'expiration des délais susmentionnés—Action du demandeur rejetée—Requête accueillie—Loi sur la responsabilité de la Couronne, L.R.C. (1985), chap. C-50, art. 3, 32—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 419(1)a)—Code civil du Bas-Canada, art. 2261, 2262.

MORIN C. CANADA (T-1129-86, juge Pinard, ordonnance en date du 1-3-91, 5 p.)

**Modifications**

Les défenderesses interjettent appel de la décision du protonotaire-chef, qui a permis à la demanderesse de modifier sa deuxième déclaration modifiée pour demander des dommages-intérêts calculés d'après le coût estimatif des réparations à faire à une barge—Elles s'opposent à ce qu'on permette à la demanderesse de faire revivre une demande qu'elle avait abandonnée—L'abandon d'une réclamation ne constitue pas un aveu qu'il n'y a pas de fondement à la réclamation—Il n'y a pas de doute que les défenderesses subissent des inconvénients en raison de l'indécision de la demanderesse—Autoriser la modification ne constituerait pas une injustice—Les inconvénients causés par l'autorisation de modifier la déclaration peuvent être compensés par les dépens—On n'a pas présenté de preuves convaincantes que le protonotaire-chef a rendu une décision erronée en droit—La requête est rejetée et l'adjudication des dépens est laissée à la décision du juge de première instance.

MCALLISTER TOWING & SALVAGE INC. C. NOVA MARINE LTD. (T-2014-86, juge Martin, ordonnance en date du 4-4-91, 7 p.)

**PRATIQUE—Suite***Requête en radiation*

Défense et défense amendée—Il n'est pas évident que les paragraphes en question ne soient pas applicables ou puissent causer préjudice, gêner ou retarder l'instruction équitable de l'action, aux termes de la Règle 419(1)d)—La partie défenderesse peut produire une défense amendée sans permission, conformément à la Règle 421(1), la présente requête en radiation ne constituant pas une plaidoirie—La requête est rejetée et les dépens suivront l'issue de la cause—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 419(1)d), 421.

CORMIER C. CANADA (T-399-87, juge Dubé, ordonnance en date du 12-2-91, 2 p.)

Déclaration—À la demande d'un supérieur de l'ordre religieux auquel il appartient, Van Hee s'est désisté de l'action qu'il avait intentée en vue d'obtenir des dommages-intérêts pour arrestation et détention illégales ainsi qu'un jugement déclaratoire au sujet de certaines dispositions du Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics—Nolan a déposé une déclaration identique—Dans l'intitulé de cause, la partie demanderesse est désignée comme «Anthony Van Hee, S.J., cédant le 30 octobre 1990 et Gerald Holmes OMI Foundation, cessionnaire»—Nolan a rempli la déclaration en tant que partie demanderesse—Rien ne prouve que le droit d'action a été cédé à la Gerald Holmes OMI Foundation—La preuve révèle que Foundation est une entreprise individuelle et qu'elle n'a pas été constituée en société—Il est de jurisprudence constante qu'on ne peut céder une action en dommages-intérêts pour arrestation et détention illégales—Malgré sa formation juridique et son statut d'ancien avocat, Nolan ne fait plus partie du Barreau de l'Ontario—Il n'a pas qualité pour représenter des parties devant la Cour, mais rien ne l'empêcherait d'intenter une action en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que les mêmes dispositions du règlement sont inconstitutionnelles—Le droit d'action pourrait être fondé sur des motifs d'intérêt public—La requête est accueillie sans préjudice du droit de Nolan d'intenter une action en jugement déclaratoire ou du droit de Van Hee d'intenter à nouveau une action en vue d'obtenir un jugement déclaratoire et des dommages-intérêts.

VAN HEE C. CANADA (T-3230-90, juge Joyal, ordonnance en date du 19-4-91, 4 p.)

**SUSPENSION D'INSTANCE**

Requête en suspension les procédures jusqu'à ce que jugement final soit rendu dans une cause de la Cour supérieure du Québec—Les défenderesses allèguent que la poursuite de l'instance constitue un abus de procédure, qu'elle fera encourir des frais inutiles et que les procédures elles-mêmes sont inutiles—Les demandeurs ont isolé leur maison avec de l'urée formaldéhyde en 1980 et poursuivi les défenderesses en dommages-intérêts pour la perte de leur maison, pour atteinte à leur santé, perte de jouissance de la vie, etc.—Quelque 2 000 autres poursuites de même nature ont été intentées devant la Cour fédérale—L'affaire *Varnam c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1987), 12 F.T.R. 34 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) résume les principes régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire dans une requête en suspension d'instance: a) la

**PRATIQUE—Fin**

partie défenderesse doit convaincre la Cour que la poursuite de l'action lui causerait une injustice et constituerait un abus de procédure et b) la suspension ne doit pas causer une injustice à la partie demanderesse—Les défenderesses n'ont pas réussi à prouver qu'il est dans l'intérêt de la justice d'empêcher les demandeurs de faire progresser leur action devant cette Cour—Requête rejetée.

BASTIEN C. CANADA (T-5302-82, juge Pinard, ordonnance en date du 25-2-91, 6 p.)

**RELATIONS DU TRAVAIL**

Demandes fondées sur l'art. 28 à l'encontre d'une décision du Conseil rejetant les deux plaintes déposées par le requérant qui allègue la mauvaise foi du syndicat ou sa conduite arbitraire au sens de l'art. 37 du Code canadien du travail et une mutation illégale par l'employeur—Le requérant s'oppose au rejet initial des plaintes qu'il a déposées et non au rejet des demandes de réexamen elles-mêmes—Motifs déjà donnés—Aucun déni de justice naturelle ou erreur portant sur la compétence—Les deux demandes fondées sur l'art. 28 sont rejetées—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), chap. L-2, art. 18, 37, 98(2),(3).

AGER C. TRAVAILLEURS UNIS DES TRANSPORTS, SECTION LOCALE 701 (A-185-89, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 6-3-91, 5 p.)

Demande d'annulation d'une décision prononcée par un agent régional de sécurité en vertu de l'art. 146 du Code canadien du travail—Refus par les intimés d'effectuer leur travail au motif que la pluie abondante qui tombait créait une situation dangereuse en rendant glissante la surface des ponts du navire—Ils ont aussi allégué que leurs vêtements ne les protégeaient pas assez de la pluie—Un agent de sécurité s'est rendu sur les lieux et a constaté que la pluie diminuait la visibilité au point de constituer un risque—Il a ordonné à l'employeur de prendre immédiatement des mesures propres à parer au danger—Instructions confirmées par l'agent régional—Les moyens invoqués par la requérante sont tous irrecevables—La Loi n'oblige pas l'agent de sécurité, dans tous les cas, à inspecter les lieux censément dangereux où l'employé refuse de travailler—Aucune obligation pour l'agent de sécurité de donner des instructions précises même si cela était préférable—La requérante ne peut se plaindre du laconisme de la décision attaquée—Demande rejetée—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), chap. L-2, art. 146.

ASSOC. DES EMPLOYEURS MARITIMES C. HARVEY (A-553-90, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 22-4-91, 8 p.)

**RELATIONS DU TRAVAIL—Fin**

Demande d'annulation d'une décision prononcée par un agent régional de sécurité en vertu de l'art. 146 du Code canadien du travail—Refus des intimés de travailler au motif que les deux chariots élévateurs qu'ils devaient conduire étaient si bruyants qu'ils constituaient un danger—L'agent de sécurité désigné conclut que le danger était réel et donna à l'employeur les instructions appropriées—Instructions modifiées par l'agent régional—Affaire renvoyée à l'agent de sécurité pour qu'il vérifie si l'employeur avait remédié à la situation—L'agent régional n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que l'agent de sécurité avait eu tort de donner à l'employeur des instructions qui l'autorisaient implicitement à contrevenir au Règlement du Canada sur l'hygiène et la sécurité au travail—Il n'avait cependant pas le pouvoir de retourner l'affaire à l'agent de sécurité pour qu'il vérifie si l'employeur s'est conformé au Code et à ses règlements—Demande accueillie—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), chap. L-2, art. 146.

ASSOC. DES EMPLOYEURS MARITIMES C. MURRAY (A-728-90, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 22-4-91, 4 p.)

**RESTITUTION**

Action en réclamation d'une somme de 24 975,46 \$ à titre de remboursement d'impôt—La société demanderesse soutient que l'effet de commerce en litige a été négocié et encaissé sans son autorisation au profit personnel de son président—Action fondée sur l'art. 48(1) de la Loi sur les lettres de change—Selon l'art. 17 de la Loi d'interprétation, la Loi sur les lettres de change ne s'applique pas à la Couronne—L'envoi par la défenderesse de l'effet de commerce au siège social de la demanderesse et la réception dudit effet de commerce par le président de cette dernière constituent un paiement valide libérant la défenderesse de toute responsabilité envers la demanderesse—Aucune obligation pour la défenderesse de s'assurer que le président de la demanderesse ne s'approprie pas l'effet de commerce qu'il avait par ailleurs le pouvoir, seul, de recevoir et de déposer au compte bancaire de la demanderesse—Action rejetée—Loi sur les lettres de change, L.R.C. (1985), chap. B-4, art. 48(1)—Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), chap. I-23, art. 17.

HOSKING DIAMOND DRILLING CO. LTD. C. CANADA (T-1705-88, juge Pinard, jugement en date du 23-4-91, 8 p.)

# FICHES ANALYTIQUES

On peut demander une copie des motifs de jugement au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Halifax, Montréal, Toronto et Vancouver.

Les fiches analytiques sont les résumés des motifs de jugement qui n'ont pas été choisis pour publication intégrale ou publication sous forme abrégée dans les Recueils des arrêts de la Cour fédérale du Canada.

## BREVETS

### PRATIQUE

Requête en radiation du paragraphe de la défense dans lequel il est allégué que les demanderesse ne peuvent pas nier que certains éléments sont essentiels à l'invention parce qu'elles ont déclaré au public, pendant la procédure d'examen du brevet, que ceux-ci faisaient partie intégrante de l'invention—Demande accueillie—*Amfac Foods Inc. et autres c. Irving Pulp & Paper Ltd.* (1984), 80 C.F.R. (2d) 59 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) appliqué: le breveté et les éventuels contrefacteurs sont liés par les termes du brevet qui a été délivré—On ne saurait justifier la contrefaçon du brevet en s'appuyant sur d'autres termes employés par le breveté pendant la procédure d'examen de la demande de brevet—En droit, le contrefacteur ne peut pas se fonder sur ces «observations» plutôt que sur les termes mêmes du brevet—Dans *Samsonite Corp. c. Holiday Luggage Inc.* (1988), 20 C.P.R. (3d) 291 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), dans lequel des dossiers complets américains et canadiens ont été admis non pas pour établir la portée du brevet, mais pour savoir quelle technique antérieure avait été soumise aux examinateurs, il a été jugé que cette preuve n'avait qu'une faible valeur probante—En droit canadien, on ne peut opposer une fin de non-recevoir au breveté à cause de déclarations qu'il a faites pendant la procédure d'examen de la demande de brevet.

P.L.G. RESEARCH LTD. C. JANNOCK STEEL FABRICATING CO. (T-91-90, juge Strayer, ordonnance en date du 2-5-91, 6 p.)

Appel d'une décision par laquelle le commissaire aux brevets a délivré une licence obligatoire à l'intimée—L'appelante cherche à faire renvoyer la licence devant le commissaire pour qu'il réexamine le montant de la redevance au motif que la demande n'est pas appuyée par des éléments de preuve—Elle demande également la tenue d'une audience pour présenter la preuve—Le commissaire ne disposait pas d'éléments de preuve de faits pertinents qui lui auraient permis de fixer le montant d'une redevance, en tenant compte d'une juste rémunération pour les recherches qui ont conduit à l'invention—Il doit réexaminer le montant de la redevance—Il n'a aucune obligation de tenir une audience dans le but de permettre à l'intimée de remédier à son défaut de faire signifier son contre-mémoire en temps voulu—Il s'agit là d'une question qui relève entièrement de son pouvoir

## BREVETS—Fin

discrétionnaire—L'appel est accueilli et l'affaire est renvoyée au commissaire.

IMPERIAL CHEMICAL INDUSTRIES PLC C. NOVOPHARM LTD. (A-151-87, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 27-3-91, 4 p.)

## DROIT D'AUTEUR

Appel du jugement de première instance, [1988] 2 C.F. 243, où le juge a ordonné la radiation de deux enregistrements de droits d'auteur portant sur des étiquettes avec code de couleurs pour utilisation dans des systèmes de classement—Les étiquettes sont fixées par suite de couleurs pour trouver les dossiers facilement et récupérer toute erreur de classement—Le juge de première instance a conclu que les dessins ne pouvaient être protégés par un droit d'auteur parce qu'ils sont susceptibles d'être enregistrés en vertu de la Loi sur les dessins industriels—L'art. 46 de la Loi sur le droit d'auteur prévoit que la Loi ne s'applique pas aux dessins susceptibles d'être enregistrés en vertu de la Loi sur les dessins industriels—La modification à la Loi sur le droit d'auteur adoptée après le prononcé du jugement de première instance ne facilite pas l'interprétation de l'art. 46 puisque la preuve soumise ne permet pas de déterminer le contexte dans lequel la modification a été adoptée ou une intention d'en faire une loi déclaratoire—La modification prévoit expressément que l'art. 46 et la Loi sur les dessins industriels contiennent de s'appliquer aux dessins créés avant son entrée en vigueur—L'art. 45(2) et (3) de la Loi d'interprétation créent des présomptions selon lesquelles une modification d'un texte n'implique pas une modification du droit—Appel rejeté—Les dessins des étiquettes sont susceptibles d'être enregistrés en vertu de la Loi sur les dessins industriels—Pour être enregistrables, le dessin doit être «appliqué» à «l'ornementation» d'un article—Le juge de première instance a conclu à juste titre que «l'ornementation» ne signifie qu'une distinction de l'aspect extérieur d'un article—Elle n'a pas à embellir l'article—Lorsque l'impression d'ensemble qui ressort de dessins donnés permet de percevoir des différences qui laissent croire que les dessins ont la même origine, la même conception et la même fonction, il y a similitude du dessin et, par conséquent, il s'agit d'un «seul assortiment»—Loi sur le droit d'auteur, S.R.C. 1970, chap. C-30, art. 40(4)b), 46—Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), chap. C-42, art. 57(4)b), 64—Loi sur les dessins industriels, L.R.C. (1985), chap. I-9—Règles régissant les dessins

**DROIT D'AUTEUR—Fin**

industriels, C.R.C., chap. 964, Règle 11—Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), chap. I-21, art. 45.

DATAFILE LTD C. DRG INC. (A-1278-87, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 21-2-91, 15 p.)

**DROIT MARITIME**

Appel du jugement (1988), 49 D.L.R. (4th) 737 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) qui a rejeté une action en limitation de la responsabilité du propriétaire en vertu de l'art. 647(2) de la Loi sur la marine marchande du Canada quant aux avaries causées par suite d'une collision d'un remorqueur avec un pont—Remorqueur composé d'un chaland transportant une grue de 222 pieds—Le pont est à 200 pieds au-dessus de l'eau—Le directeur de la compagnie cliente liée a estimé la hauteur de la grue à 150 pieds—L'administrateur de la demanderesse a mentionné une hauteur de 200 pieds aux fins de facturation—Le chiffre de 200 pieds a été communiqué au capitaine du remorqueur—Le répartiteur a dit au capitaine de s'en remettre à sa discrétion pour décider si le chaland pouvait être remorqué en toute sécurité—Le capitaine a présumé que la grue avait une hauteur telle que le voyage pouvait être fait en sécurité—La question se pose de savoir si la demanderesse n'était pas fautive parce qu'elle avait placé le remorqueur sous le commandement d'un capitaine expérimenté et ayant une compétence attestée—Appel rejeté—En général, il appartient au capitaine de décider des questions qui relèvent exclusivement de la navigation—Pour bénéficier des avantages conférés par la loi qui accorde le droit de limiter sa responsabilité, le propriétaire de navire doit assurer l'efficacité de la gestion de ses navires—L'appelante n'avait prévu aucun mécanisme adéquat qui permettait de traiter le problème des hauteurs libres—La détermination de la hauteur ne relève pas de l'aptitude à naviguer—L'affaire *British Columbia Telephone Company et al. c. Marpole Towing Limited* ([1971] R.C.S. 321) se distingue de l'espèce puisque l'accident dans cette affaire avait été causé par la négligence du capitaine qui avait omis de suivre l'usage établi—Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1970, chap. S-9, art. 647(2).

CONTINENTAL BANK OF CANADA C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (A-497-88, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 21-2-91, 17 p.)

**ENVIRONNEMENT**

Demande tendant à l'obtention d'une ordonnance qui ferait respecter l'ordonnance de *mandamus* ((1989), 31 F.T.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) rendue antérieurement et exigeant la nomination d'une commission d'évaluation environnementale—Les travaux de construction étaient en cours avant la constitution de la commission—La commission a donné sa démission—Les travaux de construction se poursuivaient—L'intimé a tenté de trouver des membres pour la nouvelle commission alors que l'audience se déroulait, et il a annoncé la constitution de la commission deux jours avant le jugement—La demande est rejetée, mais les frais sur la base avocat-client sont adjugés au requérant—La Cour est toujours saisie de l'affaire—Le ministre est obligé de veiller

**ENVIRONNEMENT—Fin**

à ce qu'une commission soit constituée et qu'elle le demeure jusqu'à ce qu'elle termine son travail et ce, aussi longtemps que les travaux se poursuivent conformément au permis du ministre—La Cour va appliquer la loi même s'il ne reste plus grand-chose du processus d'examen—Il n'y a pas lieu de suspendre le projet en attendant le rapport de la commission, mais la constitution d'une commission est nécessaire à la validité du permis—Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467, art. 3, 12.

TETZLAFF C. CANADA (MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT) (T-2230-89, juge Muldoon, ordonnance en date du 8-2-91, 14 p.)

**IMMIGRATION****EXPULSION**

Demande visant à empêcher de donner suite à une mesure d'expulsion tant que la Section d'appel de l'immigration n'aura pas statué sur l'appel—La Cour a compétence pour suspendre une mesure d'expulsion dans les cas appropriés (*Padda c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1988] 3 C.F. 147 (1<sup>re</sup> inst.)), mais il faut démontrer qu'il existe une question sérieuse à trancher—Il est inapproprié d'accorder la suspension puisque l'appel interjeté par le requérant ne relève pas de la compétence de la Section d'appel—Le requérant ne cherche pas à entrer au Canada—Il cherche à obtenir l'autorisation d'interjeter appel de la validité de la mesure d'expulsion devant la Cour d'appel fédérale conformément à l'art. 82.1, c'est-à-dire à obtenir l'autorisation d'intenter une procédure fondée sur l'art. 28 en vue de contester la mesure d'expulsion—Abus du système si toute personne assujettie à une mesure d'expulsion pouvait obtenir une suspension automatique de cette mesure en s'adressant simplement à la Section d'appel, peu importe le bien-fondé de l'appel—Demande rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 17, 28—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 49(1)c) (mod. par L.R.C. (1985), 4<sup>e</sup> suppl.) chap. 28, art. 16) 69.4(2) (édicte, idem, art. 18), 70(2)b) (mod., idem), 82.1 (édicte, idem, art. 19).

HUSAIN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-467-91, juge Reed, ordonnance en date du 5-3-91, 3 p.)

**STATUT DE RÉFUGIÉ**

Le témoignage non contredit rendu devant le tribunal administratif faisait état de nombreux incidents de raclées, de vols, d'arrestations, de détentions, d'autres gestes de cruauté, ainsi que de l'agression sexuelle dont la femme du témoin a été victime—Le tribunal administratif n'a pas tiré de conclusions défavorables au sujet de la crédibilité—Le requérant a satisfait tant à l'élément subjectif qu'à l'élément objectif du critère posé dans *Rajudeen c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1984), 55 N.R. 129 (C.A.F.)—Conclusion appuyée par le témoignage non contredit du requérant selon lequel il avait signalé ces incidents aux autorités, qui avaient refusé de lui venir

**IMMIGRATION—Fin**

en aide et qui, dans certains cas, avaient participé à ces incidents—La Commission a commis une erreur de droit en ne décidant pas que le requérant était un réfugié au sens de la Convention—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

KUMAR C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-576-89, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 12-2-91, 2 p.)

**PRATIQUE****JUGEMENTS ET ORDONNANCES***Annulation ou modification*

Demande présentée en vertu de la Règle 469(5) afin de faire modifier les conditions de la garantie énoncée dans une ordonnance antérieure—Les co-inventeurs d'un procédé de remise en état de routes asphaltées étaient des actionnaires à parts égales de la société demanderesse—Le demandeur Rorison a racheté les actions du défendeur Wiley—Malgré la convention de rachat qui comprenait la propriété du brevet, le défendeur a attaqué la validité du brevet projeté—Après que les demandeurs eurent reçu leur brevet, ils ont intenté une action en contrefaçon de brevet et en injonction provisoire—La demande d'injonction a été rejetée, mais les défendeurs étaient tenus de déposer, jusqu'à ce qu'un jugement définitif fût rendu et dans un compte de fiducie spécial portant intérêt, 12 ½ % de toutes leurs recettes provenant d'un pavage et 25 % du prix de toute machine qu'ils auraient vendue—La Cour peut modifier les conditions d'une injonction lorsque les faits et les circonstances sont tellement différents et que ces conditions ne sont plus valables: *Canadian Tire Corp. v. Pit Row Services Ltd.* (1987), 19 C.P.R. (3d) 230 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—Les défendeurs prétendent que les recettes réduites provenant du pavage et le retard dans l'instruction constituent un changement de circonstances—Il est peu probable que les défendeurs survivent financièrement pour pouvoir se défendre devant la Cour si les conditions ne sont pas modifiées—Puisque les demandeurs ont une cause défendable et non un jugement contre les défendeurs, il est permis à ceux-ci d'avoir un plein accès au profit provenant de la vente récente du matériel de pavage—La garantie des demandeurs est protégée par le fait de refuser aux défendeurs le droit d'avoir accès au fonds de fiducie de 200 000 \$—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 469(5).

R.W. BLACKTOP LTD. C. ARTEC EQUIPMENT CO. (T-859-90, juge Dubé, ordonnance en date du 22-2-91, 7 p.)

*Jugement par défaut*

Il est allégué dans la déclaration qu'il y a eu renvoi injustifié—La Règle 433 permet de demander qu'un jugement soit rendu après l'expiration du délai de 30 jours fixé par la Règle 402 (à partir de la date de la signification de la déclaration)—La requête n'est pas prématurée, si l'on applique les règles portant sur le calcul du délai prévues à l'art. 25 de la Loi d'interprétation et adoptées dans la Règle 3—Bien que le gouvernement doive respecter les règles prescrites pour les citoyens, il ne convient pas d'exercer le pouvoir discrétionnaire pour accorder

**PRATIQUE —Fin**

un jugement par défaut pour les motifs suivants: 1) l'évaluation des dommages-intérêts nécessiterait une référence approfondie, presque comparable à un procès; 2) le délai de 30 jours comprenait les jours fériés de Noël et du Jour de l'an; 3) comme la déclaration a été rédigée par le demandeur lui-même, il est difficile de lui opposer une réponse—Il ne convient pas non plus de radier la déclaration à ce stade—Il se peut que la requête en radiation convienne mieux après les interrogatoires, selon les faits révélés—La défenderesse a sept jours pour déposer une défense—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. F-7, Règles 3, 402(2), 433(1)—Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. 1-23, art. 25.

HODSON C. CANADA (T-3267-90, juge Reed, ordonnances en date du 13-3-91, 6 p.)

**REPRÉSENTATION PAR PROCUREUR OU SOLICITOR**

Requête présentée par les demandresses pour que l'avocat cesse d'occuper pour les défenderesses—Requête rejetée—Il y a conflit d'intérêts de nature à rendre l'avocat inhabile à agir seulement lorsqu'il existe un rapport avocat-client ou lorsque des renseignements confidentiels sont transmis à la condition de ne pas être utilisés contre la partie—Les demandresses ont consenti à ce que l'avocat représente les défenderesses.

TITAN LINKBIT CORP. C. S.E.E. SEE ELECTRONIC ENGINEERING INC. (T-129-91, juge Pinard, ordonnance en date du 22-4-91, 3 p.)

**TÉLÉCOMMUNICATIONS**

Requête en radiation de la déclaration pour les motifs qu'en vertu de l'art. 29 de la Loi sur la Cour fédérale, la Cour est incompétente, et que, par son action, le demandeur recourt abusivement aux procédures—Les «revendeurs» de services de télécommunications sont-ils des «compagnies» au sens de la Loi sur les chemins de fer et à ce titre sont-ils soumis aux règlements que prescrit le Conseil—Le procureur général soutient que le Conseil a déjà tranché la question—Le demandeur cherche à obtenir qu'il soit déclaré que les revendeurs sont des «compagnies» en vertu de la Loi sur les chemins de fer—Le Conseil a conclu que son mandat légal n'incluait pas la réglementation des fournisseurs de services améliorés et que les revendeurs n'étaient pas des «compagnies» au sens de l'art. 334 de la Loi sur les chemins de fer—Le demandeur ne s'est pas prévalu des dispositions de la Loi sur les attributions en matière de télécommunications pour faire réviser la décision du Conseil—Le Conseil a déjà tranché la question—Il ressort de la jurisprudence que la question ne peut être tranchée par voie d'action—La Cour n'est pas compétente—Requête accueillie—Loi sur les chemins de fer, L.R.C., 1985, chap. R-3, art. 334, 335(1), (2)—Loi sur les attributions en matière de télécommunications, L.R.C. (1985), chap. N-20, art. 49(1), (3), 66, 67, 68(1)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 29.

SYNDICAT DES TRAVAILLEURS EN TÉLÉCOMMUNICATIONS C. CANADA (CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS) (T-2911-90, juge Dubé, ordonnance en date du 8-3-91, 7 p.)