



**Canada
Federal Court
Reports**

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

1996, Vol 1, Part 3

1996, Vol. 1, 3^e fascicule

Cited as [1996] 1 F.C., 451-684

Renvoi [1996] 1 C.F., 451-684

**25th Anniversary:
120 Continuous Years**

**FEDERAL COURT
ANNIVERSARY**



**25^e anniversaire:
120 ans de continuité**

**ANNIVERSAIRE DE
LA COUR FÉDÉRALE**

June 1, 1996 is the twenty-fifth anniversary of the establishment of the Federal Court of Canada. It was created by Parliament in 1971 as a continuation of the Exchequer Court which had been in existence since 1876.

A major reason for the Court's creation as part of the "Just Society", which the federal government was at that time attempting to bring about, was the necessity for a national court responsible for the judicial review of federal administrative action. As reported in the Debates of the House of Commons for March 25, 1970, Justice Minister John N. Turner stated that the Federal Court would be a "step toward balancing the rights between the citizen and the state, providing some sort of recourse against bigness, remoteness, alienation, distance from the decision making power". That objective has been achieved in that the Judges of both the Appeal and Trial Divisions of the Court regularly travel throughout Canada in order to hear cases in the litigants' communities.

As a statutory court, the Federal Court lacks the inherent powers of the provincial superior courts but its jurisdiction is nevertheless very broad, extending to embrace such areas of law as: actions by or against the Crown, appeal and judicial review of administrative decisions, maritime law, intellectual property law, taxation appeals and immigration law.

Even though the Court was not well-known to the public and indeed to many members of the legal profession during its early years, it has

Le 1^{er} juin 1996, la Cour fédérale du Canada célébrera le vingt-cinquième anniversaire de sa création. Instituée par une loi du Parlement en 1971, elle devait prolonger la Cour de l'Échiquier dont l'existence remontait à 1876.

Le besoin d'un tribunal national chargé du contrôle judiciaire des agissements de l'administration fédérale fut l'une des principales raisons pour la création de la Cour fédérale par le gouvernement fédéral qui, à cette époque, avait entrepris d'établir une «société juste». Comme il en est fait mention dans les Débats de la Chambre des communes du 25 mars 1970, le ministre de la Justice John N. Turner déclarait que la Cour fédérale serait un autre pas «vers un équilibre entre les droits du citoyen et ceux de l'État en permettant un recours contre un pouvoir décisionnel si énorme, si loin et si distant des citoyens». Cet objectif a été atteint en ce sens que tant les juges de la Section d'appel que ceux de la Section de première instance de la Cour se déplacent régulièrement à travers le Canada pour entendre les causes dans la localité des plaideurs.

Créée par la loi, la Cour fédérale ne dispose pas des pouvoirs inhérents aux cours supérieures des provinces; sa compétence est néanmoins très vaste puisqu'elle comprend les domaines du droit suivants: les actions intentées par ou contre la Couronne, les appels et le contrôle judiciaire des décisions administratives, le droit maritime, le droit de la propriété intellectuelle, les appels en matière d'impôt et le droit de l'immigration.

Même si la Cour n'était pas très connue du public et des membres de la profession juridique à ses débuts, elle n'en a pas moins acquis la

earned the reputation of being a hard-working and competent institution. Many eminent lawyers have accepted appointments to the Court. The Federal Court bench has included not only a number of distinguished formerly practising lawyers but also jurists who, prior to donning their judicial robes, held such positions as: federal cabinet minister (including Minister of Justice), provincial Attorney General, provincial ombudsman, university president, law school professor and dean, chairperson of the National Parole Board and Law Reform Commission of Canada and Crown counsel.

At a Special Sitting of the new Federal Court of Canada held on June 1, 1971, Chief Justice Jackett declared that "the overriding objective of the Court is to give service to the litigants ... in either of the official languages". That has remained its goal to the present day.

The mission of the Federal Court was once described by MacGuigan J.A. as "nothing short of civilizing the exercise of government power". Professor J.M. Evans wrote of the Federal Court: "Having survived that most dangerous life-phase — adolescence — the Court is now better equipped to come into its own as a special public law Court, second in importance only to the Supreme Court of Canada".

Over the next few months, we anticipate publishing certain scholarly papers prepared in commemoration of the Court's twenty-fifth anniversary. We publish in this issue, in addition to the names of the current members of the Court, those of all former Court members as well as those who served as Chief Justice of the Exchequer Court of Canada.

**William J. Rankin
Executive Editor
Federal Court Reports**

réputation d'une institution compétente et productive. De nombreux éminents avocats ont accepté d'être nommés à la Cour. La Cour fédérale a compté et compte parmi ses membres non seulement d'anciens distingués avocats de pratique mais aussi des juristes qui, avant de revêtir la toge, exerçaient des fonctions telles que ministre au Cabinet fédéral (notamment ministre de la Justice), procureur général d'une province, ombudsman provincial, président d'université, professeur de droit, doyen de faculté de droit, président de la Commission des libérations conditionnelles, président de la Commission de réforme du droit du Canada ou encore conseiller de la Reine.

À une séance spéciale de la nouvelle Cour fédérale du Canada, tenue le 1^{er} juin 1971, le juge en chef Jackett déclarait que l'objectif de la Cour était de donner le service aux plaideurs dans la langue officielle de leur choix. Cela est encore vrai aujourd'hui.

La mission de la Cour fédérale a déjà été décrite par le juge MacGuigan, de la Cour d'appel, comme étant ni plus ni moins que civiliser l'exercice du pouvoir gouvernemental. Le professeur J.M. Evans a écrit de la Cour fédérale que, celle-ci ayant survécu à la phase la plus difficile de son existence — l'adolescence —, elle était désormais mieux équipée pour jouer pleinement son rôle de tribunal spécial de droit public, deuxième en importance après la Cour suprême.

Au cours des prochains mois, nous prévoyons publier un certain nombre d'études savantes pour commémorer le vingt-cinquième anniversaire de la Cour. Nous publions dans ce numéro, en plus du nom des membres actuels de la Cour, celui de tous ses anciens membres ainsi que ceux des juges en chef de la Cour de l'Échiquier du Canada.

**William J. Rankin
Directeur général
Recueil des arrêts
de la Cour fédérale**

Chief Justices—Exchequer Court of Canada

W.B. Richards	October 8, 1875
W.J. Ritchie	January 11, 1879
G.W. Burbidge	October 1, 1887
W.G.P. Cassels	March 2, 1908
A.K. Maclean	November 2, 1923
J.T. Thorson	October 6, 1942
Wilbur Roy Jackett	May 4, 1964

Chief Justices—Federal Court of Canada

Wilbur Roy Jackett	June 1, 1971
Arthur Louis Thurlow	January 4, 1980
Frank Iacobucci <i>(later appointed to the Supreme Court of Canada)</i>	September 2, 1988
Julius Alexander Isaac <i>(current)</i>	December 24, 1991

Associate Chief Justices—Federal Court of Canada

Camilien Noël	June 1, 1971
Arthur Louis Thurlow	December 4, 1975
James Alexander Jerome <i>(current)</i>	February 18, 1980

Federal Court of Canada—Appeal Division

Jacques Dumoulin	June 1, 1971
Arthur Louis Thurlow <i>(later appointed Chief Justice of the Federal Court of Canada)</i>	June 1, 1971
Louis Pratte	January 25, 1973
John James Urie	April 29, 1973
William Francis Ryan	April 11, 1974
Gerald Eric Willoughby Le Dain <i>(later appointed to the Supreme Court of Canada)</i>	September 1, 1975

Juges en chef—Cour de l'Échiquier du Canada

W.B. Richards	8 octobre 1875
W.J. Ritchie	11 janvier 1879
G.W. Burbidge	1 ^{er} octobre 1887
W.G.P. Cassels	2 mars 1908
A.K. Maclean	2 novembre 1923
J.T. Thorson	6 octobre 1942
Wilbur Roy Jackett	4 mai 1964

Juges en chef—Cour fédérale du Canada

Wilbur Roy Jackett	1 ^{er} juin 1971
Arthur Louis Thurlow	4 janvier 1980
Frank Iacobucci <i>(plus tard nommé à la Cour suprême du Canada)</i>	2 septembre 1988
Julius Alexander Isaac <i>(actuel)</i>	24 décembre 1991

Juges en chef adjoints—Cour fédérale du Canada

Camilien Noël	1 ^{er} juin 1971
Arthur Louis Thurlow	4 décembre 1975
James Alexander Jerome <i>(actuel)</i>	18 février 1980

Cour fédérale du Canada—Section d'appel

Jacques Dumoulin	1 ^{er} juin 1971
Arthur Louis Thurlow <i>(plus tard nommé juge en chef de la Cour fédérale du Canada)</i>	1 ^{er} juin 1971
Louis Pratte	25 janvier 1973
John James Urie	29 avril 1973
William Francis Ryan	11 avril 1974
Gerald Eric Willoughby Le Dain <i>(plus tard nommé à la Cour suprême du Canada)</i>	1 ^{er} septembre 1975

Darrel Verner Heald	December 4, 1975	Darrel Verner Heald	4 décembre 1975
Patrick Morgan Mahoney	July 18, 1983	Patrick Morgan Mahoney	18 juillet 1983
Joseph Augustin Louis Marceau	July 18, 1983	Joseph Augustin Louis Marceau	18 juillet 1983
James Knatchbull Hugessen	July 18, 1983	James Knatchbull Hugessen	18 juillet 1983
Arthur J. Stone	July 18, 1983	Arthur J. Stone	18 juillet 1983
Mark Rudolph MacGuigan	June 29, 1984	Mark Rudolph MacGuigan	29 juin 1984
Bertrand Lacombe	October 29, 1985	Bertrand Lacombe	29 octobre 1985
Alice Desjardins	June 29, 1987	Alice Desjardins	29 juin 1987
Robert Décary	March 14, 1990	Robert Décary	14 mars 1990
Allen Martin Linden	July 5, 1990	Allen Martin Linden	5 juillet 1990
Gilles Létourneau	May 13, 1992	Gilles Létourneau	13 mai 1992
Joseph Theodore Robertson	May 13, 1992	Joseph Theodore Robertson	13 mai 1992
Francis Joseph McDonald	April 1, 1993	Francis Joseph McDonald	1 ^{er} avril 1993
Barry L. Strayer	August 30, 1994	Barry L. Strayer	30 août 1994

Federal Court of Canada—Trial Division

Cour fédérale du Canada—Section de première instance

Angus Alexander Cattanach	June 1, 1971	Angus Alexander Cattanach	1 ^{er} juin 1971
Hugh Francis Gibson	June 1, 1971	Hugh Francis Gibson	1 ^{er} juin 1971
Allison Arthur Mariotti Walsh	June 1, 1971	Allison Arthur Mariotti Walsh	1 ^{er} juin 1971
Roderick Kerr	June 1, 1971	Roderick Kerr	1 ^{er} juin 1971
Louis Pratte <i>(later appointed to the Appeal Division)</i>	June 10, 1971	Louis Pratte <i>(plus tard nommé à la Section d'appel)</i>	10 juin 1971
Darrel Verner Heald <i>(later appointed to the Appeal Division)</i>	June 30, 1971	Darrel Verner Heald <i>(plus tard nommé à la Section d'appel)</i>	30 juin 1971
Francis Urquart Collier	September 16, 1971	Francis Urquart Collier	16 septembre 1971
Patrick Morgan Mahoney <i>(later appointed to the Appeal Division)</i>	September 13, 1973	Patrick Morgan Mahoney <i>(plus tard nommé à la Section d'appel)</i>	13 septembre 1973
Raymond G. Décary	September 13, 1973	Raymond G. Décary	13 septembre 1973
George Arthur Addy	September 17, 1973	George Arthur Addy	17 septembre 1973
Jean-Eudes Dubé	April 9, 1975	Jean-Eudes Dubé	9 avril 1975

Joseph Augustin Louis Marceau <i>(later appointed to the Appeal Division)</i>	December 23, 1975	Joseph Augustin Louis Marceau <i>(plus tard nommé à la Section d'appel)</i>	23 décembre 1975
Paul U.C. Rouleau	August 5, 1982	Paul U.C. Rouleau	5 août 1982
Francis C. Muldoon	July 18, 1983	Francis C. Muldoon	18 juillet 1983
Barry L. Strayer <i>(later appointed to the Appeal Division)</i>	July 18, 1983	Barry L. Strayer <i>(plus tard nommé à la Section d'appel)</i>	18 juillet 1983
John C. McNair	July 18, 1983	John C. McNair	18 juillet 1983
Barbara Joan Reed	November 17, 1983	Barbary Joan Reed	17 novembre 1983
Pierre Denault	June 29, 1984	Pierre Denault	29 juin 1984
Yvon Pinard	June 29, 1984	Yvon Pinard	29 juin 1984
L. Marcel Joyal	June 29, 1984	L. Marcel Joyal	29 juin 1984
Jack Sydney Bud Cullen	July 26, 1984	Jack Sydney Bud Cullen	26 juillet 1984
Leonard Ayngé Martin	October 29, 1985	Leonard Ayngé Martin	29 octobre 1985
Max Mortimer Teitelbaum	October 29, 1985	Max Mortimer Teitelbaum	29 octobre 1985
W. Andrew MacKay	September 2, 1988	W. Andrew Mackay	2 septembre 1988
Donna Catherine McGillis	May 13, 1992	Donna Catherine McGillis	13 mai 1992
Marc Noël	June 24, 1992	Marc Noël	24 juin 1992
Marshall Earl Rothstein	June 24, 1992	Marshall Earl Rothstein	24 juin 1992
William Philip McKeown	April 1, 1993	William Philip Mckeown	1 ^{er} avril 1993
Frederick Edward Gibson	April 1, 1993	Frederick Edward Gibson	1 ^{er} avril 1993
Sandra Jean Simpson	June 10, 1993	Sandra Jean Simpson	10 juin 1993
Joseph Yves Marc Nadon	June 10, 1993	Joseph Yves Marc Nadon	10 juin 1993
Howard I. Wetston	June 16, 1993	Howard I. Wetston	16 juin 1993
Marie Laurette Danièle Tremblay-Lamer	June 16, 1993	Marie Laurette Danièle Tremblay-Lamer	16 juin 1993
John David Richard	August 30, 1994	John David Richard	30 août 1994
Douglas Robert Campbell	December 8, 1995	Douglas Robert Campbell	8 décembre 1995

Published by
GUY Y. GOULARD, Q.C., B.A., LL.B.
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.
Legal Editors
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

Legal Research Editors
LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Production Staff

Production and Publication Officer
LAURA VANIER
Publications Specialist
JEAN-PIERRE LEBLANC
Editorial Assistants
PIERRE LANDRIAULT
LISE LEPAGE-PELLETIER

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

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

Subscribers who receive the Federal Court Reports pursuant to the Canada Federal Court Reports Distribution Order should address any inquiries and change of address notifications to: Laura Vanier, Production and Publication Officer, Federal Court Reports, 110 O'Connor Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3.

CONTENTS

Digests D-33
Bellingham v. Canada (C.A.) 613

Income tax—Income calculation—Income or capital gain—
Where property acquired as adventure in nature of trade,
proceeds from expropriation taxable as income—Additional

Continued on next page

Publié par
GUY Y. GOULARD, c.r., B.A., LL.B.
Commissaire à la magistrature fédérale

Bureau des arrêtistes

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

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

Services techniques

Préposée à la production et aux publications
LAURA VANIER
Spécialiste des publications
JEAN-PIERRE LEBLANC
Adjoints à l'édition
PIERRE LANDRIAULT
LISE LEPAGE-PELLETIER

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

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

Les abonnés qui reçoivent le Recueil des arrêts de la Cour fédérale en vertu du Décret sur la distribution du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada sont priés d'adresser leurs demandes de renseignements et leurs avis de changements d'adresse à: Laura Vanier, Préposée à la production et aux publications, Recueil des arrêts de la Cour fédérale, 110, rue O'Connor, Ottawa, Canada, K1A 1E3.

SOMMAIRE

Fiches analytiques F-43
Bellingham c. Canada (C.A.) 613

Impôt sur le revenu—Calcul du revenu—Revenu ou gain en
capital—Lorsque des terrains sont acquis dans le cadre d'un
projet comportant un risque ou d'une affaire de caractère

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

interest punitive, not compensatory or restructurary—
Windfall gain, not income under Income Tax Act, s. 3(a).

Beothuk Data Systems Ltd., Seawatch Division v. Dean (T.D.) 451

Labour relations—Judicial review of Adjudicator's finding of unjust dismissal—Complainants employed as river guardians three months each year for many years—Canada Labour Code, s. 240(1), permitting person who has completed twelve consecutive months of continuous employment and not subject to collective agreement to make complaint of unjust dismissal—As conditions in both ss. 240(1) and 242(3.1) must be present before adjudicator satisfied complaint properly before him, both inquiries open to Adjudicator—Adjudicator erred in holding pattern of employment giving rise to right of recall "employment" within s. 240(1)—Adjudicators' decisions seasonal employment meeting twelve consecutive months of continuous employment test offends s. 240(1)—Essential feature of employment, i.e. performance of work for salary, wages, cannot be ignored—Use of "consecutive", "continuous" suggesting provision intended to measure employment characterized by performance of work, not right of recall—Adjudicator lacking jurisdiction.

Constitutional law—Distribution of powers—Judicial review of Adjudicator's finding of unjust dismissal—Complainants employed as river guardians three months each year for many years by provincially incorporated company—Canada Labour Code, s. 167 providing for appointment of adjudicator to determine unjust dismissal complaints applies to employment in or in connection with operation of "federal work, undertaking or business"—"Federal work, undertaking or business" defined as within legislative authority of Parliament—Federal power under Constitution Act, 1867, s. 91(12) (Sea Coast and Inland Fisheries) concerned with protection, preservation of fisheries as public resource—Fisheries Act describing guardians' powers, scope of work—Parliament choosing guardians as agents to supervise, enforce legislative scheme of Fisheries Act without which objectives of protection, preservation of fisheries not achieved—Work of river guardians "vital",

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

commercial, tout bénéfice provenant de leur disposition est imposable en tant que revenu—Les intérêts supplémentaires ont été accordés à titre de dommages-intérêts punitifs et non à titre d'indemnisation ou de dédommagement—Les gains fortuits ne sont pas considérés comme un revenu en vertu de l'art. 3a) de la Loi de l'impôt sur le revenu.

Beothuk Data Systems Ltd., Seawatch Division c. Dean (1^{re} inst.) 451

Relations du travail—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un arbitre a conclu que les plaignants avaient été congédiés injustement—Les plaignants travaillaient trois mois par année comme gardes-pêche depuis de nombreuses années—L'art. 240(1) du Code canadien du travail permet à toute personne qui travaille sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur et qui n'est pas régie par une convention collective de déposer une plainte de congédiement injuste—Comme les conditions des art. 240(1) et 242(3.1) doivent être réunies avant qu'un arbitre puisse être convaincu qu'il est régulièrement saisi d'une plainte, il était loisible à l'arbitre de vérifier si ces deux éléments étaient présents—L'arbitre a commis une erreur en statuant que les requérants «travaillaient» au sens de l'art. 240(1) dans le cadre d'un cycle de travail qui leur donnait le droit d'être rappelés au travail—La décision de l'arbitre suivant laquelle les emplois saisonniers en cause satisfont au critère du travail ininterrompu de douze mois va à l'encontre de l'art. 240(1)—On ne peut faire fi de la caractéristique essentielle de l'emploi, c'est-à-dire l'exécution d'un travail en contrepartie d'un salaire ou d'une rémunération—L'emploi des mots «travaille sans interruption» donne à penser que le législateur voulait que cette disposition mesure les emplois en fonction de l'exécution d'un travail, et non en fonction du droit de rappel—L'arbitre n'avait pas compétence.

Droit constitutionnel—Partage des pouvoirs—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un arbitre a conclu que les plaignants avaient été congédiés injustement—Les plaignants ont été employés comme gardes-pêche pour une période de trois mois chaque année pendant de nombreuses années par une compagnie constituée en vertu d'une loi provinciale—L'art. 167 du Code canadien du travail, qui prévoit la désignation d'un arbitre chargé d'entendre et de trancher les plaintes de congédiement injuste, s'applique aux emplois dans le cadre d'une «entreprise fédérale»—Les «entreprises fédérales» sont définies comme relevant de la compétence législative du parlement fédéral—Le pouvoir que l'art. 91(12) de la Loi constitutionnelle de 1867 (pêches des côtes de la mer et de l'intérieur) confère au parlement fédéral vise la protection et la conservation des pêches, à titre de richesse pour le public—La Loi sur les pêches énumère les pouvoirs et l'étendue des fonctions des gardes-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

“essential”, “integral” to core federal undertaking—Sufficient to import federal jurisdiction over their labour relations.

Construction of statutes—Whether employment three months each year for many years within Canada Labour Code, s. 240(1)(a) permitting person who has completed twelve consecutive months of continuous employment to file unjust dismissal complaint—If words of English text can bear several meanings, French only one, shared meaning presumed to be true meaning in absence of reasons to reject it—Use of “travailler” (to work) in French text indicating not intending “employment relationships”—French text requiring person to have “completed” twelve months of uninterrupted work.

Canada (Attorney General) v. Purcell (C.A.) 644

Unemployment insurance—Judicial review of Umpire’s dismissal of appeal from Board’s finding claimant not knowingly making false or misleading statements—Applicant driving taxi while receiving U.I. benefits—Answering “No” to question “Did you work during period of report?” on report cards—Commission determining not unemployed, imposing penalty pursuant to Act, s. 33 which gives Commission discretion to impose penalty when “in its opinion” claimant making statements “knew” to be false or misleading—“In its opinion” not insulating from review Commission’s decision—Discretionary power not of administrative nature—Once appearing from evidence claimant wrongly answering simple question on report card, burden shifting to claimant to explain why incorrect answers given—Umpire erred in requiring Commission to establish intention to deceive.

Administrative law—Judicial review—*Certiorari*—Unemployment Insurance Act, s. 33 giving Commission discretion to impose penalty where “in its opinion” made statements

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

pêche—Les gardes-pêche sont les mandataires que le législateur fédéral a choisis pour veiller à l’application et au respect du régime législatif prévu par la Loi sur les pêches et sans lesquels les objectifs de protection et de conservation des pêches en tant que ressource publique ne pourraient être atteints—Le travail des gardes-pêche est «fondamental», «essentiel» ou «vital» à l’exploitation principale de l’entreprise fédérale—Cette qualification suffit pour faire relever leurs relations employeur-employé de la compétence fédérale.

Interprétation des lois—Il s’agit de savoir si un emploi saisonnier d’une durée de trois mois par année qui a été exercé pendant de nombreuses années tombe sous le coup de l’art. 240(1)a), qui permet à toute personne qui travaille sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur de déposer une plainte de congédiement injuste—Si les termes du texte anglais ont une portée incertaine et se prêtent à plusieurs sens, alors que le texte français ne peut recevoir qu’un seul de ces sens, celui-ci est considéré comme le sens commun aux deux versions et est présumé en être le véritable sens, s’il n’existe pas de raison de l’écarter—L’emploi du verbe «travailler» dans la version française amène à conclure que le législateur ne voulait pas que la loi se rapporte à des «relations de travail»—Le texte français exige que l’intéressé ait travaillé «sans interruption» depuis au moins douze mois.

Canada (Procureur général) c. Purcell (C.A.) 644

Assurance-chômage—Contrôle judiciaire du rejet par le juge-arbitre d’un appel d’une décision du Conseil concluant que le prestataire n’avait pas fait sciemment de déclarations fausses ou trompeuses—Le requérant était chauffeur de taxi pendant qu’il recevait des prestations d’assurance-chômage—A répondu «Non» à la question «Avez-vous travaillé au cours de la période en question?» sur les cartes de déclaration—La Commission a décidé qu’il n’était pas chômeur et lui a imposé une pénalité conformément à l’art. 33 de la Loi qui lui donne le pouvoir discrétionnaire d’imposer une pénalité lorsque «à son avis» un prestataire fait «sciemment» des déclarations fausses ou trompeuses—L’expression «à son avis» ne met pas la décision de la Commission à l’abri d’un contrôle judiciaire—Ce pouvoir discrétionnaire n’est pas de nature administrative—À partir du moment où la preuve démontre que le prestataire a donné une réponse inexacte à une question très simple sur la carte de déclaration, il incombe à ce dernier d’expliquer pourquoi il a fourni des réponses inexactes—Le juge-arbitre a commis une erreur en imposant à la Commission d’établir l’intention de tromper.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—*Certiorari*—L’art. 33 de la Loi sur l’assurance-chômage donne à la Commission le pouvoir discrétionnaire d’imposer une pénalité

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

“knew” to be false or misleading—Determination of whether claimant knowingly made false, misleading statements not of administrative nature—Parliament not intending such findings be final, conclusive because: (1) relating to finding of fact for which no particular expertise required; (2) Board empowered to engage in *de novo* review with respect to factual matters; (3) Board in better position to make objective findings of fact—Conclusion reinforced by reference to punitive nature of financial consequences flowing from decision to impose penalty.

Canada v. Fording Coal Ltd. (C.A.) 518

Income tax—Income calculation—Deductions—Successor rules—Applying Income Tax Act, s. 245, seeding transaction (successor mining corporation (Fording) transferring nominal interest (.001%) in productive resource property to predecessor mining corporation (Elco) before acquisition by successor corporation of all or substantially all of predecessor’s Canadian resource properties) not permitting deduction (over \$13,000,000 in cumulative Canadian exploration expense (CCEE) and cumulative Canadian development expense (CCDE)), from successor’s future income from property already owned by it, of expenses incurred by predecessor prior to sale on other property subject of sale—Deduction of CCEE and CDEE amounts serving to artificially and unduly reduce Fording’s income.

Canadian Airlines International Ltd. v. Canada (Human Rights Commission) (C.A.) 638

Administrative law—Judicial review—Prohibition—Appeal from order prohibiting proceeding with complaint before CHRC—Fifty months’ delay between filing complaint, appointment of Tribunal to investigate—Respondent not responsible for delay—Appeal allowed—Delay in proceedings of administrative tribunal not caused by applicant giving rise to prohibition only where delay preventing tribunal from adequately fulfilling legislative mandate in accordance with requirements of natural justice—Emphasis on nature of prejudice suffered rather than on cause or length of delay—Prejudice to respondent not attaining high degree of magnitude required before prohibition can issue—Reference to “unreasonable” delay when Charter rights involved, “unacceptable” delay when rules of natural justice involved.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

lorsque «à son avis» des déclarations fausses ou trompeuses ont été faites «sciemment»—La question de savoir si le prestataire a fait «sciemment» des déclarations fausses ou trompeuses n'est pas de nature administrative—Le législateur n'a pas souhaité que de telles conclusions soient finales et définitives parce que: 1) l'opinion porte sur une conclusion de fait qui n'exige aucune connaissance technique particulière; 2) le Conseil a la compétence nécessaire pour procéder à un examen *de novo* des questions de fait; 3) le Conseil est en meilleure position pour trancher de manière objective les questions de fait—La conclusion est confortée par le caractère punitif des conséquences pécuniaires découlant de toute décision d'imposer une pénalité.

Canada c. Fording Coal Ltd. (C.A.) 518

Impôt sur le revenu—Calcul du revenu—Déductions—Règles concernant les corporations remplaçantes—Par application de l'art. 245 de la Loi de l'impôt sur le revenu, l'opération d'amorçage (par laquelle la compagnie minière remplaçante a cédé une participation nominale (0,001 %) dans un avoir minier au prédécesseur (Elco) avant de racheter à celui-ci la totalité ou quasi-totalité de ses avoirs miniers canadiens) ne permet pas la déduction (plus de 13 000 000 \$ en frais cumulatifs d'exploration au Canada (FCEC) et frais cumulatifs d'aménagement au Canada (FCAC)) du revenu que la corporation remplaçante tire à l'avenir d'avoirs qui lui appartenaient déjà, de dépenses engagées avant la vente par le prédécesseur sur les autres biens faisant l'objet de l'achat—La déduction des FCEC et FCAC sert à réduire le revenu de Fording indûment et de façon factice.

Lignes aériennes Canadien International Ltée c. Canada (Commission des droits de la personne) (C.A.) 638

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Prohibition—Appel interjeté contre une ordonnance interdisant que la CCDP donne suite à la plainte—Retard de cinquante mois entre le dépôt de la plainte et la nomination des membres du tribunal chargé de faire enquête—Intimé non responsable du retard—Appel accueilli—Un retard de procédure du tribunal administratif qui n'est pas causé par le requérant ne donnera lieu à une interdiction que s'il est tel qu'il empêche le tribunal de remplir correctement son mandat législatif conformément aux exigences de la justice naturelle—Accent mis sur la nature du préjudice subi et non sur la cause ou la durée du retard—Le préjudice subi par l'intimé n'a pas atteint des proportions telles qu'une ordonnance d'interdiction puisse être justifiée—On parle de retard «excessif» lorsqu'il est question des droits selon la Charte des droits et de retard «inadmissible» lorsqu'il s'agit des règles de justice naturelle.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Human rights—Appeal from order prohibiting proceeding with complaint before CHRC—Fifty months' delay between filing complaint, appointment of Tribunal to investigate—Prejudice to respondent not attaining high degree of magnitude required before prohibition order can issue—Fading of recollection of witnesses prejudice inherent in legal system, not recognized as relevant even in most criminal cases—Delay not exceptional—As issue revolving around BFOR, circumstances of complaint of secondary importance—Inability to obtain potential witnesses not demonstrated—Increased exposure to liability not prejudice relating to fairness of proceedings.

Constitutional law—Charter of Rights—Life, liberty and security—Appeal from order prohibiting CHRC from proceeding with complaint on grounds fifty months' delay unreasonable, causing prejudice to respondent—Appeal allowed—Charter, s. 7 not applicable to non-penal proceedings under human rights legislation.

Descôteaux v. Canada (T.D.) 667

Crown—Contracts—Plaintiffs heirs of Thibault who entered into contract with Crown purporting to give him ownership of water supply system on Indian reserve—No surrender, as required by Indian Act, obtained—Thibault not consenting to contract amendment—Band Council refusing to recognize ownership by Thibault's estate—Heirs suing Crown for declaration owners, replacement cost of system—Validity of clause in contract giving Thibault ownership of replaced mains—Crown could not transfer ownership of system failing compliance with Indian Act, s. 37—Crown not forced to repurchase system.

Native peoples—Lands—Water supply system on reserve forming part thereof—Immovable by nature within meaning of Civil Code, art. 376—Contract between Crown, plaintiff purporting to give latter ownership of system—In absence of surrender, as required by Indian Act, s. 37, ownership of system could not be transferred to plaintiffs.

Civil Code—Immovables—Water supply system situated on Indian reserve immovable by nature within Civil Code, s. 376 and forming part thereof.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Droits de la personne—Appel interjeté contre une ordonnance interdisant que la CCDP soit saisie d'une plainte—Retard de cinquante mois entre le dépôt de la plainte et la nomination des membres du tribunal chargé de faire enquête—Le préjudice subi par l'intimée n'a pas atteint des proportions telles qu'une ordonnance d'interdiction puisse être justifiée—La moindre acuité des souvenirs des témoins est un préjudice inhérent au système judiciaire, dont on ne tient pas compte même dans la plupart des affaires criminelles—Retard nullement exceptionnel—Question de l'exigence professionnelle justifiée; circonstances de la plainte sont reléguées au second plan—Impossibilité de faire comparaître des témoins possibles n'a pas été prouvée—Le risque accru de responsabilité n'est pas un préjudice ayant trait à l'équité de la procédure.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—Appel interjeté contre une ordonnance interdisant que la CCDP soit saisie de la plainte au motif qu'un retard de cinquante mois est déraisonnable et cause un préjudice à l'intimée—Appel accueilli—Art. 7 de la Charte non applicable aux procédures à caractère non pénal relevant de la législation relative aux droits de la personne.

Descôteaux c. Canada (1^{re} inst.) 667

Couronne—Contrats—Les demandeurs sont les héritiers de Thibault, qui a conclu avec la Couronne un contrat en vue d'obtenir la propriété d'un réseau d'aqueduc dans une réserve indienne—Il n'y a pas eu de cession, comme l'exigeait la Loi sur les Indiens—Thibault n'a pas consenti à une modification du contrat—Le conseil de bande a refusé de reconnaître le droit de propriété de la succession de Thibault—Les héritiers ont poursuivi la Couronne pour se faire déclarer propriétaires et rembourser les frais de remplacement du réseau d'aqueduc—La clause figurant dans le contrat et donnant à Thibault la propriété des conduites principales remplacées était-elle valide?—La Couronne ne pouvait pas transférer la propriété du réseau d'aqueduc en cas de non-respect de l'art. 37 de la Loi sur les Indiens—La Couronne n'est pas tenue de racheter le réseau d'aqueduc.

Peuples autochtones—Terres—Réseau d'aqueduc situé dans une réserve et en faisant partie—Immeubles par nature au sens de l'art. 376 du Code civil—Contrat conclu entre la Couronne et le demandeur en vue de donner à celui-ci la propriété du réseau d'aqueduc—À défaut de cession, comme l'exige l'art. 37 de la Loi sur les Indiens, la propriété du réseau d'aqueduc ne pouvait pas être transférée aux demandeurs.

Code civil—Immeubles—Un réseau d'aqueduc situé dans une réserve indienne, étant un immeuble par nature au sens de l'art. 376 du Code civil, fait partie de la réserve.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Halm v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) 547

Citizenship and Immigration—Exclusion and removal—Inadmissible persons—Judicial review of deportation order under Immigration Act, s. 19(2)(a.1) (ii)—Applicant convicted of sodomy, endangering welfare of child, bail jumping in U.S.A.—Ordered deported after continuing detention—Deportation not disguised extradition—No improper purpose in deportation, detention proceedings—Minister not “gating” applicant—No delay in judicial review proceedings—*Prima facie* case of bail jumping—Misrepresentations by applicant material, valid ground for deportation order—Minister’s consent required for applicant to return to Canada.

Constitutional law—Charter of Rights—Life, liberty and security—Whether deportation order contrary to Charter, s. 7—Previous order in same case set aside as Criminal Code, s. 159 (sodomy) found unconstitutional—Public interest in continued detention under Immigration Act, s. 103 weighed against liberty interest of individual—Decisions to detain applicant not improper—Timely judicial review only relief necessary to meet fundamental justice requirements.

Morrisonn v. Canada (T.D.) 600

Practice—Dismissal of proceedings—Want of prosecution—No steps taken in action since defence filed in 1990—Stay of execution of order to sell land in related proceeding in provincial superior court based on statement in affidavit plaintiff instructing counsel to proceed with this action in 1993—Motion allowed—(1) Delay inordinate, particularly as stay of execution granted based on affidavit—(2) No reasonable explanation for delay—That defendant’s counsel not answering letter from plaintiff’s counsel in 1993 no excuse—Financial difficulties, unemployment possible excuse, but for 1993 affidavit—(3) Defendant likely seriously prejudiced by delay—Witness whose statement 7 1/2 years ago could prove defendant’s defence now unable to give relevant evidence.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Halm c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration) (1^{re} inst.) 547

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes non admissibles—Contrôle judiciaire d’une mesure d’expulsion prise en vertu de l’art. 19(2)a.1(ii) de la Loi sur l’immigration—Le requérant a été reconnu coupable aux États-Unis de sodomie, de mise en péril du bien-être d’un enfant et de violation de cautionnement—Une mesure d’expulsion a été prise contre lui au terme de sa détention prolongée—L’expulsion ne constitue pas une extradition déguisée—Le ministre ne poursuivait pas de fins illégitimes en expulsant et en détenant le requérant—Il n’a pas «bloqué» le requérant—Il n’y a pas eu de retard dans le déroulement de l’instance en contrôle judiciaire—Preuve *prima facie* de violation de cautionnement—Les fausses indications données par le requérant portaient sur des faits importants et justifiaient la mesure d’expulsion—Le requérant doit obtenir le consentement du ministre pour pouvoir revenir au Canada.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—Il s’agit de savoir si la mesure d’expulsion était contraire à l’art. 7 de la Charte—Une mesure déjà prise dans la même affaire a été annulée au motif que l’art. 159 du Code criminel (sodomie) a été jugé inconstitutionnel—L’intérêt du public à ce que le requérant continue d’être détenu en vertu de l’art. 103 de la Loi sur l’immigration doit être évalué par rapport au droit à la liberté de l’individu concerné—Les décisions de détenir le requérant n’étaient pas irrégulières—Seul un contrôle judiciaire rapide est nécessaire pour satisfaire aux exigences de la justice fondamentale.

Morrisonn c. Canada (1^{re} inst.) 600

Pratique—Rejet des procédures—Défaut de poursuivre—Aucune mesure prise dans l’action depuis le dépôt de la défense en 1990—Sursis à l’exécution d’une ordonnance de vendre des terrains accordé dans une procédure connexe intentée devant une cour supérieure provinciale par suite de la déclaration par affidavit du demandeur selon laquelle il avait donné instruction à son avocat de poursuivre l’action en 1993—Requête accueillie—(1) Retard excessif, compte tenu surtout qu’un sursis à l’exécution d’une ordonnance a été accordé sur la base d’un affidavit—(2) Aucune explication raisonnable pour justifier le retard—Le fait que l’avocat de la défenderesse n’a pas répondu à une lettre de l’avocat du demandeur en 1993 n’est pas une excuse valable—Les difficultés financières et l’état de chômeur du demandeur auraient pu être des excuses valables, n’eût été de l’affidavit de 1993—(3) Le retard causera vraisemblablement un préjudice grave à la défenderesse—Le témoin, dont la déclaration, remontant à 7 1/2 ans, pourrait établir le bien-fondé de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Evidence—Statement concerning activities of former employer relating to illegal importation of jewellery prepared by RCMP, signed by witness 18 months after event—Witness now unable to recall specifics—Requirement of contemporaneity more strictly enforced when witness having no independent recollection of events—Probable statement would be rejected as evidence as not contemporaneous, witness having no independent recollection of events, unable to say if allegations true.

Nagra v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) 497

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent residents—Citizen of India entering Canada, marrying Canadian—Granted visa exemption—Convicted of criminal offences—Adjudicator holding not permanent resident, issuing conditional removal order—I.R.B. Appeal Division holding not permanent resident, lacked jurisdiction to hear appeal from removal order—Admission to Canada two-stage proceeding: (1) obtaining visa overseas before presenting self at Canadian port of entry; (2) immigrant's self-presentation to immigration officer at port of entry for examination—Applicant exempted from first stage only—As not complying with second stage, not permanent resident.

Citizenship and Immigration—Exclusion and removal—Removal of visitors—Applicant entering Canada in 1986—Convicted of criminal offences in 1990—Conditional removal order issued on ground person described in Immigration Act, s. 27(2)(d)—S.C.C. subsequently setting aside criminal convictions—As ground therefor eliminated, removal order quashed.

Perrier Group of Canada Inc. v. Canada (C.A.) . . . 586

Customs and Excise—Excise Tax Act—Schedule III, Part V, s. 1(c) exempting from s. 50 tax “food and drink for human consumption . . . other than carbonated beverages”—Meaning of “beverages”—French version examined—Shared

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

la défense, est maintenant incapable de donner un témoignage fiable.

Preuve—Déclaration concernant les activités de son ancien employeur ayant trait à l'importation illégale de bijoux préparée par la GRC, et signée par le témoin quelque 18 mois après l'événement—Le témoin est maintenant incapable de se souvenir des détails—L'exigence de la contemporanéité est appliquée de façon plus stricte quand le témoin n'a aucun souvenir personnel des événements—La déclaration serait probablement rejetée par un tribunal étant donné qu'elle n'est pas contemporaine aux faits consignés, que le témoin n'a aucun souvenir personnel de ces événements et qu'il ne peut donc dire si les allégations sont véridiques.

Nagra c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1^{re} inst.) 497

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Le requérant est un citoyen de l'Inde qui a épousé une Canadienne après être entré au Canada—Il a obtenu une dispense de visa—Il a été déclaré coupable de crimes—L'arbitre a jugé que le requérant n'était pas un résident permanent et a pris une mesure de renvoi conditionnel contre lui—La section d'appel de la C.I.S.R. a statué que le requérant n'était pas un résident permanent et qu'elle n'avait pas compétence pour se prononcer sur l'appel interjeté de la mesure de renvoi—L'admission au Canada est un processus à deux étapes: (1) l'immigrant doit obtenir un visa à l'étranger avant de se présenter à un point d'entrée au Canada; (2) l'immigrant doit se présenter en personne devant un agent d'immigration à un point d'entrée pour y être interrogé—Le requérant a été exempté seulement de la première étape—Comme il n'a pas respecté la seconde étape, il n'est pas un résident permanent.

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Renvoi de visiteurs—Le requérant est entré au Canada en 1986—Il a été déclaré coupable de crimes en 1990—Une mesure de renvoi conditionnel a été prise contre lui au motif qu'il était visé à l'art. 27(2)d) de la Loi sur l'immigration—La C.S.C. a par la suite annulé les déclarations de culpabilité—Son fondement ayant été supprimé, la mesure de renvoi est annulée.

Perrier Group of Canada Inc. c. Canada (C.A.) . . . 586

Douanes et accise—Loi sur la taxe d'accise—L'art. 1(c), partie V, annexe III, exempte de la taxe prévue à l'art. 50 les «aliments et boissons destinés à la consommation humaine . . . sauf les boissons gazeuses»—Sens du mot

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

meaning of “beverage”, “*boisson*” any type of drink, including water—“Perrier” water (carbonated mineral water) carbonated beverage subject to tax.

Construction of statutes—Meaning of “beverage” in “carbonated beverage” in Excise Tax Act, Schedule III, Part V, s. 1(c)—French version using “*boisson*”—Although “beverage” ordinarily connoting more specialized sort of drink, “*boisson*” designating any kind of drink—“*Breuvage*” closest French equivalent to “beverage”—“*Breuvage*” specialized form of “*boisson*”, thus reinforcing observation French version deliberately choosing term with general rather than specific meaning—Since both versions equally authentic, and must adopt shared meaning, “beverage” and “*boisson*” both mean any type of drink including water.

SOMMAIRE (Fin)

«boissons»—Version française examinée—Signification commune aux termes «*beverage*» et «boisson», toute sorte de boisson, y compris l'eau—L'eau Perrier (eau minérale gazeuse) est une boisson gazeuse assujettie à la taxe.

Interprétation des lois—Signification du mot «boisson» dans l'expression «boisson gazeuse» employée à l'art. 1c), annexe III, partie V, de la Loi sur la taxe d'accise—La version française utilise le terme «boisson»—Bien que le mot anglais «*beverage*» désigne ordinairement une sorte de boisson plus spécialisée, le mot «boisson» renvoie à tout ce qui peut être bu—Le mot français qui se rapproche le plus du mot anglais «*beverage*» est le mot «breuvage»—Un «breuvage» est une forme spécialisée de «boisson», ce qui confirme l'observation selon laquelle, dans la version française, le législateur a délibérément choisi un terme dont la portée est générale, et non restreinte—Les deux versions de la disposition législative ayant même valeur et la Cour étant tenue d'adopter la signification commune aux deux versions, les mots «*beverage*» et «boisson», désignent toute sorte de boisson, y compris l'eau.

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

**Canada
Federal Court
Reports**

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

1996, Vol. 1, Part 3

1996, Vol. 1, 3^e fascicule

T-642-94	T-642-94
Beothuk Data Systems Limited, Seawatch Division (Applicant)	Beothuk Data Systems Limited, Seawatch Division (requérante)
v.	a c.
Douglas Dean and Ted A. Blanchard, an Adjudicator appointed pursuant to the provisions of the <i>Canada Labour Code</i> (Respondents)	Douglas Dean et Ted A. Blanchard, arbitre nommé conformément aux dispositions du <i>Code canadien</i> <i>du travail</i> (intimés)
T-644-94	T-644-94
Beothuk Data Systems Limited, Seawatch Division (Applicant)	Beothuk Data Systems Limited, Seawatch Division (requérante)
v.	b c.
Hugh Davis and Ted A. Blanchard, an Adjudicator appointed pursuant to the provisions of the <i>Canada</i> <i>Labour Code</i> (Respondents)	Hugh Davis et Ted A. Blanchard, arbitre nommé conformément aux dispositions du <i>Code canadien</i> <i>du travail</i> (intimés)
T-645-94	T-645-94
Beothuk Data Systems Limited, Seawatch Division (Applicant)	Beothuk Data Systems Limited, Seawatch Division (requérante)
v.	c e.
Michael Carew and Ted A. Blanchard, an Adjudicator appointed pursuant to the provisions of the <i>Canada</i> <i>Labour Code</i> (Respondents)	Michael Carew et Ted A. Blanchard, arbitre nommé conformément aux dispositions du <i>Code</i> <i>canadien du travail</i> (intimés)
INDEXED AS: BEOTHUK DATA SYSTEMS LTD., SEAWATCH DIVISION v. DEAN (T.D.)	RÉPERTORIÉ: BEOTHUK DATA SYSTEMS LTD., SEAWATCH DIVISION c. DEAN (1^{re} INST.)
Trial Division, Noël J.—St. John's, Newfoundland, September 19; Ottawa, October 20, 1995.	Section de première instance, juge Noël—St. John's (Terre-Neuve), 19 septembre; Ottawa, 20 octo- bre 1995.
<i>Labour relations — Judicial review of Adjudicator's</i> <i>finding of unjust dismissal — Complainants employed as</i> <i>river guardians three months each year for many years —</i> <i>Canada Labour Code, s. 240(1), permitting person who has</i> <i>completed twelve consecutive months of continuous employ-</i> <i>ment and not subject to collective agreement to make</i> <i>complaint of unjust dismissal — As conditions in both ss.</i> <i>240(1) and 242(3.1) must be present before adjudicator</i> <i>satisfied complaint properly before him, both inquiries open</i> <i>to Adjudicator — Adjudicator erred in holding pattern of</i> <i>employment giving rise to right of recall "employment"</i> <i>within s. 240(1) — Adjudicators' decisions seasonal employ-</i> <i>ment meeting twelve consecutive months of continuous</i>	h <i>Relations du travail — Contrôle judiciaire de la décision</i> <i>par laquelle un arbitre a conclu que les plaignants avaient</i> <i>été congédiés injustement — Les plaignants travaillaient</i> <i>trois mois par année comme gardes-pêche depuis de</i> <i>nombreuses années — L'art. 240(1) du Code canadien du</i> <i>travail permet à toute personne qui travaille sans interrup-</i> <i>tion depuis au moins douze mois pour le même employeur</i> <i>et qui n'est pas régie par une convention collective de</i> <i>déposer une plainte de congédiement injuste — Comme les</i> <i>conditions des art. 240(1) et 242(3.1) doivent être réunies</i> <i>avant qu'un arbitre puisse être convaincu qu'il est réguli-</i> <i>èrement saisi d'une plainte, il était loisible à l'arbitre de</i> <i>vérifier si ces deux éléments étaient présents — L'arbitre a</i>

employment test offends s. 240(1) — Essential feature of employment, i.e. performance of work for salary, wages, cannot be ignored — Use of “consecutive”, “continuous” suggesting provision intended to measure employment characterized by performance of work, not right of recall — Adjudicator lacking jurisdiction.

Constitutional law — Distribution of powers — Judicial review of Adjudicator’s finding of unjust dismissal — Complainants employed as river guardians three months each year for many years by provincially incorporated company — Canada Labour Code, s. 167 providing for appointment of adjudicator to determine unjust dismissal complaints applies to employment in or in connection with operation of “federal work, undertaking or business” — “Federal work, undertaking or business” defined as within legislative authority of Parliament — Federal power under Constitution Act, 1867, s. 91(12) (Sea Coast and Inland Fisheries) concerned with protection, preservation of fisheries as public resource — Fisheries Act describing guardians’ powers, scope of work — Parliament choosing guardians as agents to supervise, enforce legislative scheme of Fisheries Act without which objectives of protection, preservation of fisheries not achieved — Work of river guardians “vital”, “essential”, “integral” to core federal undertaking — Sufficient to import federal jurisdiction over their labour relations.

Construction of statutes — Whether employment three months each year for many years within Canada Labour Code, s. 240(1)(a) permitting person who has completed twelve consecutive months of continuous employment to file unjust dismissal complaint — If words of English text can bear several meanings, French only one, shared meaning presumed to be true meaning in absence of reasons to reject it — Use of “travailler” (to work) in French text indicating not intending “employment relationships” — French text requiring person to have “completed” twelve months of uninterrupted work.

commis une erreur en statuant que les requérants «travaillaient» au sens de l’art. 240(1) dans le cadre d’un cycle de travail qui leur donnait le droit d’être rappelés au travail — La décision de l’arbitre suivant laquelle les emplois saisonniers en cause satisfont au critère du travail ininterrompu de douze mois va à l’encontre de l’art. 240(1) — On ne peut faire fi de la caractéristique essentielle de l’emploi, c’est-à-dire l’exécution d’un travail en contrepartie d’un salaire ou d’une rémunération — L’emploi des mots «travaille sans interruption» donne à penser que le législateur voulait que cette disposition mesure les emplois en fonction de l’exécution d’un travail, et non en fonction du droit de rappel — L’arbitre n’avait pas compétence.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un arbitre a conclu que les plaignants avaient été congédiés injustement — Les plaignants ont été employés comme gardes-pêche pour une période de trois mois chaque année pendant de nombreuses années par une compagnie constituée en vertu d’une loi provinciale — L’art. 167 du Code canadien du travail, qui prévoit la désignation d’un arbitre chargé d’entendre et de trancher les plaintes de congédiement injuste, s’applique aux emplois dans le cadre d’une «entreprise fédérale» — Les «entreprises fédérales» sont définies comme relevant de la compétence législative du parlement fédéral — Le pouvoir que l’art. 91(12) de la Loi constitutionnelle de 1867 (pêches des côtes de la mer et de l’intérieur) confère au parlement fédéral vise la protection et la conservation des pêches, à titre de richesse pour le public — La Loi sur les pêches énumère les pouvoirs et l’étendue des fonctions des gardes-pêche — Les gardes-pêche sont les mandataires que le législateur fédéral a choisis pour veiller à l’application et au respect du régime législatif prévu par la Loi sur les pêches et sans lesquels les objectifs de protection et de conservation des pêches en tant que ressource publique ne pourraient être atteints — Le travail des gardes-pêche est «fondamental», «essentiel» ou «vital» à l’exploitation principale de l’entreprise fédérale — Cette qualification suffit pour faire relever leurs relations employeur-employé de la compétence fédérale.

Interprétation des lois — Il s’agit de savoir si un employé saisonnier d’une durée de trois mois par année qui a été exercé pendant de nombreuses années tombe sous le coup de l’art. 240(1)(a), qui permet à toute personne qui travaille sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur de déposer une plainte de congédiement injuste — Si les termes du texte anglais ont une portée incertaine et se prêtent à plusieurs sens, alors que le texte français ne peut recevoir qu’un seul de ces sens, celui-ci est considéré comme le sens commun aux deux versions et est présumé en être le véritable sens, s’il n’existe pas de raison de l’écarter — L’emploi du verbe «travailler» dans la version française amène à conclure que le législateur ne voulait pas que la loi se rapporte à des «relations de travail» — Le texte français exige que l’intéressé ait travaillé «sans interruption» depuis au moins douze mois.

This was an application for judicial review of an Adjudicator's decision that the respondents (Carew, Dean and Davis) had been unjustly dismissed from their employment as river guardians during the salmon angling season (usually ten to twelve weeks from June 15 to September 15). Originally employed by the Department of Fisheries and Oceans (DFO), in 1984 they began working for a provincially incorporated company, which had secured the contract to perform certain functions required to be carried out under the *Fisheries Act* and Regulations. Guardians are designated pursuant to the *Fisheries Act* and their powers are set out therein. At the end of each season the record of employment indicated that the reason for its issuance was "shortage of work" and that the expected date of recall was "unknown". The complainants expected that they would be recalled at the beginning of each angling season. They never declined an offer of recall. The Adjudicator held that the job of river guardian was an integral part of a federal fisheries program dealing with fishing in inland waters. He concluded that there was a consistent employment pattern and that since there was no interruption in their seasonal pattern of work over the entire period of their employment, all three complainants were employed on a continuous seasonal basis, in the same capacity, for a period of over ten years.

Canada Labour Code, section 167 provides that Part III, including those provisions allowing the appointment of an adjudicator to determine a complaint of unjust dismissal (sections 240 to 243), applies to employment in or in connection with the operation of any federal work, undertaking or business. "Federal work, undertaking or business" is defined in section 2 as any work, undertaking or business that is within the legislative authority of Parliament. Subsection 240(1) provides that, subject to subsections (2) and 242(3.1), any person (a) who has completed twelve consecutive months of continuous employment by an employer, and (b) who is not subject to a collective agreement, may complain in writing of unjust dismissal. Subsection 242(1) permits the Minister to refer the matter to an adjudicator. Subsection 242(3) provides that, subject to subsection (3.1), an adjudicator shall decide whether the dismissal was unjust. Subsection 242(3.1) provides that no complaint shall be considered by an adjudicator where a person has been laid off because of lack of work or a procedure for redress has been provided elsewhere.

As a preliminary objection, the respondents argued that objections based on jurisdictional grounds in subsection 240(1) could not be raised once the Minister accepted a complaint as validly filed and appointed an adjudicator.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un arbitre a conclu que les intimés (Carew, Dean et Davis) avaient été injustement congédiés de leur emploi de gardes-pêche durant la saison de pêche au saumon (qui dure habituellement de dix à douze semaines et qui se déroule entre le 15 juin et le 15 septembre). Ils avaient initialement été engagés par le ministère des Pêches et des Océans (MPO). En 1984, ils ont commencé à travailler pour une compagnie constituée en vertu d'une loi provinciale qui avait obtenu un marché portant sur l'exécution de certaines fonctions qui devaient être exécutées selon la *Loi sur les pêches* et ses règlements d'application. Les gardes-pêche sont désignés en vertu de la *Loi sur les pêches*, qui énonce leurs pouvoirs. Le relevé d'emploi que la compagnie remplissait à la fin de chaque saison indiquait que la raison de la délivrance du relevé était le «manque de travail» et que la date prévue de rappel était «inconnue». Les plaignants s'attendaient à être rappelés au travail à l'ouverture de chaque saison de pêche. Ils n'ont jamais refusé une offre de rappel au travail. L'arbitre a conclu que le travail de garde-pêche faisait partie intégrante du programme fédéral des pêches relatif à la pêche dans les eaux internes. Il a conclu qu'il existait un cycle de travail constant et que, comme il n'y avait pas eu d'interruption dans leur cycle de travail saisonnier pendant toute la durée de leur emploi, les plaignants avaient tous les trois été engagés chaque saison, au même titre, pendant plus d'une dizaine d'années.

L'article 167 du *Code canadien du travail* précise que la partie III, y compris les dispositions permettant la désignation d'un arbitre chargé d'entendre et de trancher une plainte de congédiement injuste (articles 240 à 243), s'applique à l'emploi dans le cadre d'une entreprise fédérale. Une «entreprise fédérale» est définie à l'article 2 comme étant tout installation, ouvrage, entreprise ou secteur d'activités qui relève de la compétence législative du Parlement. Le paragraphe 240(1) dispose que, sous réserve des paragraphes (2) et 242(3.1), toute personne qui se croit injustement congédiée peut déposer une plainte écrite si: a) d'une part, elle travaille sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur; b) d'autre part, elle ne fait pas partie d'un groupe d'employés régis par une convention collective. Le paragraphe 242(1) autorise le ministre à transmettre la plainte à un arbitre. Le paragraphe 242(3) dispose que, sous réserve du paragraphe (3.1), l'arbitre décide si le congédiement est injuste. Le paragraphe 242(3.1) prévoit que l'arbitre ne peut procéder à l'instruction de la plainte si le plaignant a été licencié en raison du manque de travail ou de la suppression d'un poste ou si un autre recours est prévu ailleurs.

À titre d'exception préliminaire, les intimés ont soutenu que les exceptions d'incompétence contenues au paragraphe 240(1) ne peuvent plus être soulevées dès que le ministre considère qu'une plainte a été régulièrement déposée et qu'il désigne un arbitre.

The issues were: (1) whether the applicant could question the Adjudicator's jurisdiction; (2) whether the respondents were employed in or in connection with any federal work, undertaking or business; and, (3) whether the respondents had completed twelve consecutive months of continuous employment.

Held, the application should be allowed.

(1) That an adjudicator is explicitly required to consider the grounds embodied in subsection 242(3.1), whereas no such obligation exists with respect to the grounds set out in subsection 240(1) does not suggest a legislative intent that an adjudicator be prevented from considering grounds of invalidity other than those prescribed by subsection 242(3.1). As the filing of a valid complaint is at the root of the Adjudicator's jurisdiction, and as the conditions embodied in both subsections 240(1) and 242(3.1) must be present before an adjudicator can be satisfied that a complaint is properly before him, both inquiries were open to the Adjudicator in ascertaining the existence of his jurisdiction.

(2) The Adjudicator properly concluded that the work of the river guardians is essential to the enforcement of the provisions of the *Fisheries Act* and it is carried out under the supervision of the Department of Fisheries. Federal power under *Constitution Act, 1867*, subsection 91(12) (Sea Coast and Inland Fisheries) is concerned with "the protection and preservation of fisheries as a public resource". The provisions in the *Fisheries Act* describing the powers of fishery guardians as well as the scope of their work provide ample evidence that fishery officers and guardians are the agents chosen by Parliament to supervise and enforce the legislative scheme of the *Fisheries Act*, and without which the objectives of protection and preservation of fisheries as a public resource could not be achieved. The work of the river guardians is "vital", "essential" or "integral" to the core federal undertaking. This is sufficient to import federal jurisdiction over the activities of the river guardians and over the regulation of their employer-employee relationships. That the work of the river guardians was contracted out to a provincially incorporated company did not mean that it fell under provincial jurisdiction, particularly given the supervision and control exercised by the Department of Fisheries and Oceans.

(3) The use of the verb "*travailler*" (to work) in the French text leaves little room for the claim that paragraph 240(1)(a) could relate to "employment relationships" of a duration of twelve months. In fact, the French text requires the person to have "completed" twelve months of uninterrupted work. If the words in the English text are uncertain in scope and may have several meanings while the French

Les questions en litige sont les suivantes: (1) la requérante peut-elle contester la compétence de l'arbitre; (2) les intimés travaillaient-ils dans une entreprise fédérale; (3) les intimés travaillaient-ils sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur.

a

Jugement: la demande doit être accueillie.

(1) Le fait que l'arbitre soit expressément tenu d'examiner les motifs prévus au paragraphe 242(3.1), alors que cette obligation n'existe pas en ce qui concerne les motifs contenus au paragraphe 240(1), ne permet pas de conclure que le législateur voulait empêcher l'arbitre d'examiner d'autres motifs d'irrégularité que ceux qui sont prévus au paragraphe 242(3.1). Comme la régularité du dépôt de la plainte est à la source de la compétence de l'arbitre, et comme les conditions que renferment les paragraphes 240(1) et 242(3.1) doivent être réunies avant qu'un arbitre puisse être convaincu qu'il est régulièrement saisi d'une plainte, il était loisible à l'arbitre de vérifier si ces deux éléments étaient présents pour s'assurer qu'il était compétent pour entendre la plainte.

d

(2) C'est à bon droit que l'arbitre a conclu que le travail des gardes-pêche est essentiel à l'application des dispositions de la *Loi sur les pêches* et que ce travail est exécuté sous la surveillance du ministère des Pêches. Le pouvoir que le paragraphe 91(12) (pêches des côtes de la mer et de l'intérieur) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au parlement fédéral vise «la protection et la conservation des pêcheries, à titre de richesse pour le public». Les dispositions de la *Loi sur les pêches* qui énumèrent les pouvoirs des gardes-pêche et la portée de leurs fonctions constituent des éléments de preuve amplement suffisants pour démontrer que les agents des pêches sont les mandataires que le législateur fédéral a choisis dans le but de veiller à l'application et au respect du régime législatif prévu par la *Loi sur les pêches* et sans lesquels les objectifs de protection de conservation des pêches en tant que ressource publique ne pourraient être atteints. Le travail des gardes-pêche est «fondamental», «essentiel» ou «vital» à l'exploitation principale de l'entreprise fédérale. Cette qualification suffit pour faire relever de la compétence fédérale les activités des gardes-pêche et la réglementation de leurs relations employeur-employé. Le fait que le travail des gardes-pêche ait été confié à une compagnie constituée sous le régime d'une loi provinciale ne signifie pas qu'il relève de la compétence provinciale, surtout si l'on tient compte de la surveillance et du contrôle exercés par le ministère des Pêches et des Océans.

i

(3) L'emploi du verbe «travailler» dans la version française affaiblit considérablement l'argument que l'alinéa 240(1)(a) pourrait se rapporter à des «relations de travail» d'une durée de douze mois. En fait, le texte français exige que l'intéressé ait travaillé «sans interruption» depuis au moins douze mois. Si les termes du texte anglais ont une portée incertaine et qu'ils se prêtent à plusieurs sens, tandis

text can bear only one of these meanings, this meaning is the shared meaning and is presumed to be the true meaning in the absence of any reasons to reject it. The shared meaning herein does not lead to an unacceptable result, repugnancy or a result which is contrary to the true intent. Instead, it provides a degree of precision not found in the English text. Applying the shared meaning rule herein, it was not open to the Adjudicator to conclude that the respondents had been working without interruption for the past twelve months as the French text of subsection 240(1) contemplates.

Pioneer Grain Co. Ltd. v. Kraus, [1981] 2 F.C. 815 (C.A.) stands for the limited proposition that a brief stoppage of work each year in the context of an otherwise ongoing and continuous employment does not necessarily bring that employment to an end. From that decision adjudicators gradually came to hold that performance of work for salary or wages was not contemplated or required by the words "twelve consecutive months of continuous employment". So long as a lingering right of recall stemming from a long-established pattern of temporary employment existed, the employment continued. Seasonal employment limited to a three-month period came to be considered as employment which could meet the twelve consecutive months of continuous employment test. This result offends the wording of subsection 240(1) and arises from a misapprehension of the ratio in *Pioneer Grain*. Nothing in subsection 240(1) suggests that the essential feature of "employment", namely the performance of work for a salary or wages, can be ignored in assessing its existence. Use of "consecutive" and "continuous" strongly suggests that it is employment characterized by the ongoing performance of work that is meant to be measured by the provision, and not a lingering right of recall stemming from a pattern of prior employment. A very clear expression of intent would be required to give to the word "employment" a meaning which excludes therefrom its fundamental constitutive feature. The purposive interpretation adopted by the Adjudicator is based on the continued existence of a right stemming from a pattern of prior employment rather than on the continued existence of the employment itself. As such it offends the wording of subsection 240(1). The Adjudicator erred when he assumed jurisdiction to hear the three complaints on that basis. Section 29 of the *Canada Labour Standards Regulations*, which was enacted after the period relevant to the present matter, provides that absence from employment by reason of a lay-off does not interrupt the continuity of an employment. That such a provision was considered necessary strongly suggests that such an absence did in fact interrupt the continuity of employment.

que le texte français ne peut recevoir qu'un seul de ces sens, celui-ci est considéré comme le sens commun aux deux versions et est présumé en être le véritable sens s'il n'existe pas de raison de l'écarter. En l'espèce, le sens commun aux deux versions ne conduit pas à un résultat inacceptable, à une incompatibilité ou à un résultat qui est contraire à la véritable intention du législateur. En fait, il permet d'obtenir un degré de précision qui ne ressort pas du texte anglais. Si l'on applique le principe du sens commun en l'espèce, il n'était pas loisible de l'arbitre de conclure que les intimés travaillaient sans interruption au cours des douze derniers mois pour le même employeur au sens de la version française du paragraphe 240(1).

L'arrêt *Pioneer Grain Co. Ltd. c. Kraus*, [1981] 2 C.F. 815 (C.A.) appuie le principe limité qu'un bref arrêt de travail annuel qui s'inscrit dans le cadre d'un emploi par ailleurs permanent et continu ne met pas nécessairement fin à cet emploi. Sur le fondement de cette décision, les arbitres en sont graduellement venus à considérer que l'exécution d'un travail en contrepartie du versement d'un salaire ou d'une rémunération n'était pas prévue ou exigée par les mots «douze mois consécutifs d'emploi continu». Tant et aussi longtemps qu'existe un droit latent de rappel découlant d'un cycle de travail temporaire établi depuis longtemps, le travail en question n'a pas été interrompu. Les arbitres en sont venus à considérer un travail saisonnier exercé pendant une période limitée de trois mois comme un travail pouvant satisfaire au critère exigeant que l'intéressé ait travaillé sans interruption pendant douze mois consécutifs pour le même employeur. Ce résultat va à l'encontre du libellé du paragraphe 240(1) et découle d'une compréhension erronée des motifs essentiels dans l'arrêt *Pioneer Grain*. Il n'y a rien dans le libellé du paragraphe 240(1) qui permette de penser qu'on puisse faire fi de la caractéristique fondamentale d'un «emploi», à savoir l'exécution d'un travail en contrepartie d'un salaire ou d'une rémunération, pour en vérifier l'existence. D'ailleurs, l'emploi des mots «consécutifs» et «continue» donne fortement à penser que ce sont les emplois caractérisés par l'exécution continue d'un travail qu'entend mesurer cette disposition, et non un droit latent de rappel découlant d'un cycle de travail antérieur. Il faudrait que le législateur exprime dans les termes les plus nets son intention pour qu'on puisse donner au mot «travailler» un sens qui en exclue la caractéristique constitutive fondamentale. L'interprétation en fonction de l'objet que l'arbitre a retenue repose sur l'existence continue d'un droit découlant d'un cycle de travail antérieur plutôt que de l'existence continue du travail lui-même. En tant que telle, cette interprétation va à l'encontre du libellé du paragraphe 240(1). L'arbitre a commis une erreur lorsqu'il s'est déclaré compétent pour entendre les trois plaintes sur ce fondement. L'article 29 du *Règlement du Canada sur les normes de travail*, qui a été édicté après la période en cause en l'espèce, prévoit que l'absence d'un employé attribuable à une mise à pied n'interrompt pas la continuité de l'emploi. Le fait que l'adoption de cette disposition ait été jugée néces-

saire donne fortement à penser qu'une telle absence interrompt effectivement la continuité de l'emploi.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- An Act to amend the Canada Labour Code*, S.C. 1977-78, c. 27.
- An Act to amend the Canada Labour Code and the Financial Administration Act*, R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9.
- Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 2 b
"federal work, undertaking or business" (as am. by S.C. 1990, c. 44, s. 17), 16, 60, 167 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 5; 1993, c. 38, s. 90), 240 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 15), 241, 242 (as am. *idem*, s. 16), 243.
- Canada Labour Standards Regulations*, C.R.C., c. 986, s. 29 (as am. by SOR/91-461, s. 29).
- 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. 91, 92.
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5).
- Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 5 (as am. by S.C. 1991, c. 1, s. 2), 43, 49 (as am. *idem*, s. 13), 50, 51 (as am. *idem*, s. 15), 52.
- Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 44.
- Statute Revision Act*, S.C. 1974-75-76, c. 20, s. 6

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Canada Post Corp. v. Pollard*, [1994] 1 F.C. 652; (1993), 109 D.L.R. (4th) 272; 18 Admin. L.R. (2d) 67; 1 C.C.E.L. (2d) 75; 94 CLLC 14,006; 161 N.R. 66 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941; (1993), 101 D.L.R. (4th) 673; 150 N.R. 161; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; (1988), 35 Admin. L.R. 153; 95 N.R. 161; *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115; (1979), 98 D.L.R. (3d) 1; 79 CLLC 14,211; 28 N.R. 107; *Letter Carrier's Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers et al.*, [1975] 1 S.C.R. 178; (1973), 40 D.L.R. (3d) 105; [1974] 1 W.W.R. 452; 73 CLLC 14,190; *Canada Labour Relations Board et al. v. Yellowknife*, [1977] 2 S.C.R. 729; (1977), 76 D.L.R. (3d) 85; 77 CLLC 14,073; 14 N.R. 72; *Caimaw v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; (1989), 62 D.L.R. (4th) 437; [1989] 6 W.W.R. 673; 40 B.C.L.R. (2d) 1; 40 Admin. L.R. 181; 89 CLLC 14,050; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*,

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 2 «entreprises fédérales» (mod. par L.C. 1990, ch. 44, art. 17), 16, 60, 167 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 5; 1993, ch. 38, art. 90), 240 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 15), 241, 242 (mod., *idem*, art. 16), 243.
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91, 92.
- Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 44.
- Loi modifiant le Code canadien du travail*, S.C. 1977-78, ch. 27.
- Loi modifiant le Code canadien du travail et la Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5).
- Loi sur la révision des lois*, S.C. 1974-75-76, ch. 20, art. 6.
- Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 5 (mod. par L.C. 1991, ch. 1, art. 2), 43, 49 (mod., *idem*, art. 13), 50, 51 (mod., *idem*, art. 15), 52.
- Règlement du Canada sur les normes de travail*, C.R.C., ch. 986, art. 29 (mod. par DORS/91-461, art. 29).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Société canadienne des postes c. Pollard*, [1994] 1 C.F. 652; (1993), 109 D.L.R. (4th) 272; 18 Admin. L.R. (2d) 67; 1 C.C.E.L. (2d) 75; 94 CLLC 14,006; 161 N.R. 66 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941; (1993), 101 D.L.R. (4th) 673; 150 N.R. 161; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; (1988), 35 Admin. L.R. 153; 95 N.R. 161; *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115; (1979), 98 D.L.R. (3d) 1; 79 CLLC 14,211; 28 N.R. 107; *Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada et autre*, [1975] 1 R.C.S. 178; (1973), 40 D.L.R. (3d) 105; [1974] 1 W.W.R. 452; 73 CLLC 14,190; *Conseil canadien des relations du travail et autre c. Yellowknife*, [1977] 2 R.C.S. 729; (1977), 76 D.L.R. (3d) 85; 77 CLLC 14,073; 14 N.R. 72; *Caimaw c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; (1989), 62 D.L.R. (4th) 437; [1989] 6 W.W.R. 673; 40 B.C.L.R. (2d) 1; 40 Admin. L.R. 181; 89 CLLC 14,050; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations*

[1991] 2 S.C.R. 5; (1991), 81 D.L.R. (4th) 121; 91 CLLC 14,024; 122 N.R. 361; [1991] OLRB Rep 790; *Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. v. Abraham*, [1994] 3 F.C. 449; (1994), 79 F.T.R. 53 (T.D.); *Norway House Indian Band v. Canada (Adjudicator, Labour Code)*, [1994] 3 F.C. 376; (1994), 75 F.T.R. 246 (T.D.); *Interprovincial Co-operatives Ltd. et al. v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 477; [1975] 5 W.W.R. 382; (1975), 53 D.L.R. (3d) 321; 4 N.R. 231; *Byers Transport Ltd. v. Kosanovich*, [1995] 3 F.C. 354; (1995), 185 N.R. 107 (C.A.).

de travail, [1991] 2 R.C.S. 5; (1991), 81 D.L.R. (4th) 121; 91 CLLC 14,024; 122 N.R. 361; [1991] OLRB Rep 790; *Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. c. Abraham*, [1994] 3 C.F. 449; (1994), 79 F.T.R. 53 (1^{re} inst.); *Bande indienne de Norway House c. Canada (Arbitre, Code du travail)*, [1994] 3 C.F. 376; (1994), 75 F.T.R. 246 (1^{re} inst.); *Interprovincial Co-operatives Ltd. et al. c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 477; [1975] 5 W.W.R. 382; (1975), 53 D.L.R. (3d) 321; 4 N.R. 231; *Byers Transport Ltd. c. Kosanovich*, [1995] 3 C.F. 354; (1995), 185 N.R. 107 (C.A.).

CONSIDERED:

Linda Webb and David Webb v. R.A. Howard Bus Service Limited, Adjudication No. 839-840, Adjudicator Willes, February 1988; *Eskasoni School Board et al. v. MacIsaac et al.* (1986), 86 CLLC 12,247; 69 N.R. 315 (F.C.A.); *Deltonic Trading Corp. v. Minister of National Revenue (Customs and Excise)* (1990), 113 N.R. 7; 3 T.C.T. 5173 (F.C.A.); *Canada (Attorney-General) v. Jouan* (1995), 122 D.L.R. (4th) 347; 179 N.R. 127 (F.C.A.); *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986; (1992), 91 D.L.R. (4th) 491; 40 C.C.E.L. 1; 92 CLLC 14,022; 136 N.R. 40; 53 O.A.C. 200; *Pioneer Grain Co. Ltd. v. Kraus*, [1981] 2 F.C. 815; (1981), 123 D.L.R. (3d) 48; 36 N.R. 395 (C.A.); *Pierre Mongrain v. Pelee Island Transportation*, Adjudicator Abramowitz, judgment dated 12/8/86; *Re Beaudril v. Preignitz*, Adjudicator J. W. Samuels, judgment dated 27/10/86; *Ghislain Simard v. Cablevision Baie St-Paul Inc.*, Adjudicator Tousignant, judgment dated 27/9/89.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Linda Webb and David Webb v. R.A. Howard Bus Service Limited, arbitrage n^o 839-840, arbitre Willes, février 1988; *Conseil scolaire d'Eskasoni et al. c. MacIsaac et al.* (1986), 86 CLLC 12,247; 69 N.R. 315 (C.A.F.); *Deltonic Trading Corp. c. Ministre du Revenu national (Douanes et Accise)* (1990), 113 N.R. 7; 3 T.C.T. 5173 (C.A.F.); *Canada (Procureur général) c. Jouan* (1995), 122 D.L.R. (4th) 347; 179 N.R. 127 (C.A.F.); *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986; (1992), 91 D.L.R. (4th) 491; 40 C.C.E.L. 1; 92 CLLC 14,022; 136 N.R. 40; 53 O.A.C. 200; *Pioneer Grain Co. Ltd. c. Kraus*, [1981] 2 C.F. 815; (1981), 123 D.L.R. (3d) 48; 36 N.R. 395 (C.A.); *Pierre Mongrain c. Pelee Island Transportation*, arbitre Abramowitz, jugement en date du 12-8-86; *Re Beaudril v. Preignitz*, arbitre J. W. Samuels, jugement en date du 27-10-86; *Ghislain Simard c. Cablevision Baie Saint-Paul Inc.*, arbitre Tousignant, jugement en date du 27-9-89.

REFERRED TO:

Fowler v. The Queen, [1980] 2 S.C.R. 213; [1980] 5 W.W.R. 511; (1980), 113 D.L.R. (3d) 513; 53 C.C.C. (2d) 97; 9 C.E.L.R. 115; 32 N.R. 230; *Food Machinery Corp. v. Registrar of Trade Marks*, [1946] Ex. C.R. 266; [1946] 2 D.L.R. 258; (1944), 5 C.P.R. 76; 5 Fox Pat.C. 150; *R. v. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 S.C.R. 865; [1979] C.T.C. 71; (1979), 79 DTC 5068; 25 N.R. 361.

DÉCISIONS CITÉES:

Fowler c. La Reine, [1980] 2 R.C.S. 213; [1980] 5 W.W.R. 511; (1980), 113 D.L.R. (3d) 513; 53 C.C.C. (2d) 97; 9 C.E.L.R. 115; 32 N.R. 230; *Food Machinery Corp. v. Registrar of Trade Marks*, [1946] R.C.É. 266; [1946] 2 D.L.R. 258; (1944), 5 C.P.R. 76; 5 Fox Pat.C. 150; *R. c. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 R.C.S. 865; [1979] C.T.C. 71; (1979), 79 DTC 5068; 25 N.R. 361.

AUTHORS CITED

Christie, Innis, *et al. Employment Law in Canada*, 2nd ed., Toronto: Butterworths, 1993.
Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed., Toronto: Butterworths, 1994.

DOCTRINE

Christie, Innis, *et al. Employment Law in Canada*, 2nd ed., Toronto: Butterworths, 1993.
Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed., Toronto: Butterworths, 1994.

APPLICATION for judicial review of the Adjudicator's finding of unjust dismissal of the respondents who had been employed as river guardians three

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un arbitre a conclu que les intimés, qui travaillaient comme gardes-pêche trois mois par année

months a year for many years. Application allowed. The Adjudicator lacked jurisdiction in that respondents had not “completed twelve consecutive months of continuous employment” within the meaning of *Canada Labour Code*, subsection 240(1).

depuis de nombreuses années, avaient été congédiés injustement. La demande est accueillie. L’arbitre n’avait pas compétence, étant donné que les intimés ne travaillaient pas « sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur » au sens du paragraphe 240(1) du *Code canadien du travail*.

COUNSEL:

Mark D. Murray for applicant.
Mark Kennedy for respondents.

AVOCATS:

Mark D. Murray pour la requérante.
Mark Kennedy pour les intimés.

SOLICITORS:

Martin, Whalen, Hennebury & Stamp, St. John’s, Newfoundland for applicant.
French Browne, St. John’s, Newfoundland for respondents.

PROCUREURS:

Martin, Whalen, Hennebury & Stamp, St. John’s (Terre-Neuve), pour la requérante.
French Browne, St. John’s (Terre-Neuve), pour les intimés.

The following are the reasons for order rendered in English by

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

NOËL J.: This is an application for judicial review under sections 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4] and 18.1 [as enacted *idem*, s. 5] of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] of the decision of an adjudicator (hereinafter, the Adjudicator) appointed pursuant to Part III of the *Canada Labour Code*.¹ In his decision dated April 26 1994, the Adjudicator found that Mr. Michael Carew, Mr. Douglas Dean, and Mr. Hugh Davis (hereinafter, the respondents) had been unjustly dismissed from their employment with the applicant, Beothuk Data Systems Limited, Seawatch Division (hereinafter, the applicant or BDS). The Adjudicator ordered BDS to reinstate the respondents to their employment with no loss of pay or benefits and also ordered BDS to pay the respondents’ reasonable legal expenses. The applicant now seeks an order quashing and setting aside the Adjudicator’s decision.

LE JUGE NOËL: La Cour est saisie, en vertu des articles 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4] et 18.1 [édicte, *idem*, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7], d’une demande de contrôle judiciaire d’une décision d’un arbitre (ci-après appelée l’arbitre) désigné conformément à la partie III du *Code canadien du travail*.¹ Dans sa décision datée du 26 avril 1994, l’arbitre a conclu que MM. Michael Carew, Douglas Dean et Hugh Davis (ci-après appelés les intimés) avaient été injustement congédiés par leur employeur, la requérante Beothuk Data Systems Limited, Division Seawatch (ci-après appelée la requérante ou la BDS). L’arbitre a ordonné à la BDS de réintégrer les intimés dans leur emploi sans perte de rémunération ou d’avantages et il a également ordonné à la BDS de payer les frais de justice raisonnables des intimés. La requérante sollicite maintenant une ordonnance annulant la décision de l’arbitre.

1. FACTS

A brief summary of events leading to the adjudication is found in the Adjudicator’s report.²

This adjudication arises out of three complaints of alleged unjust dismissal filed with Labour Canada under Section 240 of the *Canada Labour Code*, Part III, Div. XIV. The complaints were laid by Mr. Michael Carew, Mr. Douglas

1. LES FAITS

On trouve dans le rapport de l’arbitre un bref résumé des événements à l’origine de l’arbitrage²:

[TRADUCTION] Le présent arbitrage fait suite à trois plaintes de présumé congédiement injuste qui ont été déposées auprès de Travail Canada en vertu de l’article 240 du *Code canadien du travail*, partie III, section XIV. Les

Dean and Mr. Hugh Davis, each alleging unjust dismissal from employment with . . . B.D.S. Mr. Carew and Mr. Dean were dismissed on 27 July 1990. Mr. Davis was not rehired by B.D.S. at the beginning of the 1991 season when it opened on 22 June, 1991. Mr. Davis alleges he was thereby unjustly dismissed on 22 June, 1991.

All three complainants . . . had been employed with B.D.S. as River Guardians on a continuous seasonal basis since 1984. Prior to 1984 River Guardians were hired directly by the Department of Fisheries and Oceans (hereinafter referred to as D.F.O.), Mr. Davis and Mr. Dean began employment as River Guardians with the D.F.O. in 1978; Mr. Carew began in 1980.

In 1984 D.F.O. started contracting out certain functions required to be carried out under The Fisheries Act and Regulations which included the work performed by River Guardians. In accordance with the usual system of tendering and bidding, executed through Supply and Services Canada on behalf of D.F.O., Beothuk Data Systems Ltd. succeeded in securing the contract to perform these functions. Thus in 1984 Mr. Davis, Mr. Dean and Mr. Carew began employment as River Guardians with B.D.S. Since there was no interruption in their seasonal pattern of work over the entire period of their employment as River Guardians, first with the D.F.O. and then with B.D.S., all three complainants were employed on a continuous seasonal basis, in the same capacity, for a period of over ten years.

Seasonal employment of River Guardians coincides with the dates determined each year for the beginning of the salmon angling season, when salmon begin their annual migration through rivers into inland waters. Annual employment usually lasts ten to twelve weeks during the period 15 June to 15 September.

Legislative authority for appointment of River Guardians is contained in Section 5 of The Fisheries Act, R.S. c. F14. Administrative guidelines for the provision of services of trained guardians is contained in the contract between B.D.S. and Supply and Services Canada on behalf of D.F.O. Further elaboration on the requirement to appoint Guardians and an outline of their scope of work is contained in Appendix A, "Statement of Requirements" attached to and forming part of the contract, in particular paragraph 5 of that Appendix.

The complainants experienced difficulty and time delays in making their complaints. They went first to Labour Canada where they were advised that their employment was under Provincial Jurisdiction. They then filed their complaints with the Provincial Department of Employment and Labour Relations but were advised later by an official of that Department that their employment was under Federal

plaintes ont été portées par MM. Michael Carew, Douglas Dean et Hugh Davis, qui affirment tous les trois qu'ils ont été injustement congédiés par la B.D.S. MM. Carew et Dean ont été congédiés le 27 juillet 1990. Quant à M. Davis, il n'a pas été réengagé par la B.D.S. à l'ouverture de la saison 1991, le 22 juin 1991. M. Davis affirme qu'il a été congédié injustement le 22 juin 1991.

Les plaignants . . . travaillaient tous les trois chaque saison depuis 1984 pour la B.D.S. comme gardes-pêche. Avant 1984, les gardes-pêche étaient embauchés directement par le ministère des Pêches et des Océans (ci-après appelé le M.P.O.). MM. Davis et Dean ont commencé à travailler comme gardes-pêche au M.P.O. en 1978 et M. Carew, en 1980.

En 1984, le M.P.O. a commencé à confier à des entrepreneurs privés l'exécution de certaines tâches qui devaient être effectuées selon la Loi sur les pêches et ses règlements, notamment le travail effectué par les gardes-pêche. Conformément à la procédure habituelle d'appel d'offres et de soumissions suivie par Approvisionnement et Services Canada pour le compte du M.P.O., la Beothuk Data Systems Ltd. a réussi à obtenir un marché portant sur l'exécution de ces fonctions. Ainsi donc, en 1984, MM. Davis, Dean et Carew ont commencé à travailler comme gardes-pêche pour la B.D.S. Depuis lors, il n'y a pas eu d'interruption dans leur cycle de travail saisonnier de gardes-pêche d'abord au M.P.O., puis à la B.D.S. Les plaignants ont tous les trois été engagés chaque saison, au même titre, pendant plus d'une dizaine d'années.

Le travail saisonnier de garde-pêche coïncide avec les dates arrêtées chaque année pour l'ouverture de la saison de pêche au saumon, qui commence lorsque le saumon entreprend sa migration annuelle dans les cours d'eau qui le conduisent vers les eaux intérieures. Le travail annuel des gardes-pêche dure habituellement de dix à douze semaines et a lieu entre le 15 juin et le 15 septembre.

Le pouvoir législatif de nomination des gardes-pêche se trouve à l'article 5 de la Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14. Les directives administratives concernant la prestation des services des gardes-pêche qui ont reçu une formation sont contenues dans le marché signé entre la B.D.S. et Approvisionnement et Services Canada au nom du M.P.O. On trouve de plus amples détails au sujet de l'obligation de nommer des gardes-pêche ainsi qu'un résumé de leurs fonctions à l'annexe A (Énoncé des exigences) du marché et notamment à l'article 5 de cette annexe, laquelle fait également partie du marché.

Les plaignants ont éprouvé des difficultés et ont dû faire face à des retards en ce qui concerne le dépôt de leur plainte. Ils se sont d'abord adressés à Travail Canada, où on les a informés que leur emploi relevait de la compétence de la province. Ils ont ensuite déposé leur plainte devant le ministère provincial de l'emploi et des relations du travail, mais un fonctionnaire de ce ministère les a informés par la

Jurisdiction. The complainants then sought legal advice whereupon a solicitor acting for all three complainants advised Labour Canada that they intended to pursue remedies through Part III of the Canada Labour Code. By letter dated 9 July 1991 the complainants were notified that Labour Canada was assuming jurisdiction. An official of Labour Canada was appointed to assist them to settle their complaints. After the procedures provided under Section 241 of the Canada Labour Code, Part III, had been exhausted and they had not reached a settlement, the parties were informed by letter dated 4 June 1992 that the Minister of Labour had appointed an adjudicator to hear their complaints.

2. ISSUES

The applicant BDS had advanced a variety of grounds in support of its application for judicial review. However, during the course of the hearing before me, counsel for the applicant chose to proceed only with respect to the following two:

1. The Adjudicator acted without jurisdiction, beyond its jurisdiction and refused to exercise its jurisdiction, and erred in law by finding that each of the respondents was employed in or in connection with any federal work, undertaking or business or the operation thereof other than a work, undertaking or business of a local or private nature, in the Yukon Territory or the Northwest Territories, pursuant to section 167 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 5; 1993, c. 38, s. 90] of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2.

2. The Adjudicator acted without jurisdiction, beyond its jurisdiction and refused to exercise its jurisdiction, and erred in law by finding that each of the respondents had completed twelve consecutive months of continuous employment with the applicant pursuant to subsection 240(1) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 15] of the *Canada Labour Code*.

3. APPLICABLE LEGISLATION

Sections 240 to 242 [as am. *idem*, s. 16] of the *Canada Labour Code* set out the process by which a complaint for unjust dismissal may be referred to an adjudicator for determination. Section 243 is a finality

suite que leur emploi relevait de la compétence fédérale. Les plaignants ont alors consulté un avocat, qui a informé Travail Canada que les trois plaignants en question, qu'il représentait, avaient l'intention d'exercer les recours prévus à la partie III du Code canadien du travail. Par lettre datée du 9 juillet 1991, les plaignants ont été notifiés que Travail Canada se déclarait compétent pour entendre leur plainte. Un fonctionnaire de Travail Canada a été nommé pour s'efforcer de concilier les parties. Après que la procédure prévue à l'article 241 de la partie III du Code canadien du travail eut été suivie et que les tentatives de conciliation eurent échoué, les parties ont été informées par lettre datée du 4 juin 1992 que le ministre du Travail avait désigné un arbitre pour entendre leur plainte.

2. QUESTIONS EN LITIGE

La requérante BDS a invoqué divers moyens au soutien de sa demande de contrôle judiciaire. Toutefois, au cours de l'audience qui s'est déroulée devant moi, l'avocat de la requérante a choisi de ne conserver que les deux moyens suivants:

1. L'arbitre a agi sans compétence, outrepassé celle-ci et refusé de l'exercer, et a commis une erreur de droit en concluant que chacun des intimés travaillait dans une entreprise fédérale autre qu'une entreprise de nature locale ou privée exploitée dans le territoire du Yukon ou les Territoires du Nord-Ouest, au sens de l'article 167 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 5; 1993, ch. 38, art. 90] du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2.

2. L'arbitre a agi sans compétence, outrepassé celle-ci et refusé de l'exercer, et a commis une erreur de droit en concluant que chacun des intimés travaillait sans interruption depuis au moins douze mois pour la requérante au sens du paragraphe 240(1) [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 15] du *Code canadien du travail*.

3. DISPOSITIONS LÉGISLATIVES APPLICABLES

Les articles 240 à 242 [mod., *idem*, art. 16] du *Code canadien du travail* énoncent la procédure à suivre pour saisir un arbitre d'une plainte de congédiement injuste. L'article 243 porte sur le caractère

clause applying to the decision of the adjudicator. Section 167 sets out the classes of employment to which Part III of the *Canada Labour Code*, including sections 240 to 243, applies. These provisions as well as section 2 [as am. by S.C. 1990, c. 44, s. 17] of the Code are set out below.

2. In this Act,

“federal work, undertaking or business” means any work, undertaking or business that is within the legislative authority of Parliament, including, without restricting the generality of the foregoing,

(a) a work, undertaking or business operated or carried on for or in connection with navigation and shipping, whether inland or maritime, including the operation of ships and transportation by ship anywhere in Canada,

(b) a railway, canal, telegraph or other work or undertaking connecting any province with any other province, or extending beyond the limits of a province,

(c) a line of ships connecting a province with any other province, or extending beyond the limits of a province,

(d) a ferry between any province and any other province or between any province and any country other than Canada,

(e) aerodromes, aircraft, or a line of air transportation,

(f) a radio broadcasting station,

(g) a bank,

(h) a work or undertaking that, although wholly situated within a province, is before or after its execution declared by Parliament to be for the general advantage of Canada or for the advantage of two or more of the provinces,

(i) a work, undertaking or business outside the exclusive legislative authority of the legislatures of the provinces, and

(j) a work, undertaking or activity in respect of which federal laws within the meaning of the *Canadian Laws Offshore Application Act* apply pursuant to that Act and any regulations made under that Act.

...

167. (1) This Part applies

(a) to employment in or in connection with the operation of any federal work, undertaking or business, other than a work, undertaking or business of a local or private nature, in the Yukon Territory or the Northwest Territories;

définitif des décisions de l'arbitre. L'article 167 énumère les catégories d'emplois auxquelles la partie III du *Code canadien du travail*, dont les articles 240 à 243 font partie, s'applique. Ces dispositions, ainsi que l'article 2 [mod. par L.C. 1990, ch. 44, art. 17] du Code; sont reproduites ci-dessous.

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

«entreprises fédérales» Les installations, ouvrages, entreprises ou secteurs d'activités qui relèvent de la compétence législative du Parlement, notamment:

a) ceux qui se rapportent à la navigation et aux transports par eau, entre autres à ce qui touche l'exploitation de navires et le transport par navire partout au Canada;

b) les installations ou ouvrages, entre autres, chemins de fer, canaux ou liaisons télégraphiques, reliant une province à une ou plusieurs autres, ou débordant les limites d'une province, et les entreprises correspondantes;

c) les lignes de transport par bateaux à vapeur ou autres navires, reliant une province à une ou plusieurs autres, ou débordant les limites d'une province;

d) les passages par eaux entre deux provinces ou entre une province et un pays étranger;

e) les aéroports, aéronefs ou lignes de transport aérien;

f) les stations de radiodiffusion;

g) les banques;

h) les ouvrages ou entreprises qui, bien qu'entièrement situés dans une province, sont, avant ou après leur réalisation, déclarés par le Parlement être à l'avantage général du Canada ou de plusieurs provinces;

i) les installations, ouvrages, entreprises ou secteurs d'activité ne ressortissant pas au pouvoir législatif exclusif des législatures provinciales;

j) les entreprises auxquelles les lois fédérales au sens de la *Loi sur l'application extracôticière des lois canadiennes* s'appliquent en vertu de cette loi et à ses règlements d'application.

i

...

167. (1) La présente partie s'applique:

a) à l'emploi dans le cadre d'une entreprise fédérale, à l'exception d'une entreprise de nature locale ou privée dans le territoire du Yukon ou les Territoires du Nord-Ouest;

(b) to and in respect of employees who are employed in or in connection with any federal work, undertaking or business described in paragraph (a);

b) aux employés qui travaillent dans une telle entreprise;

...

...

240. (1) Subject to subsections (2) and 242(3.1), any person

^a **240.** (1) Sous réserve des paragraphes (2) et 242(3.1), toute personne qui se croit injustement congédiée peut déposer une plainte écrite auprès d'un inspecteur si:

(a) who has completed twelve consecutive months of continuous employment by an employer, and

a) d'une part, elle travaille sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur;

(b) who is not a member of a group of employees subject to a collective agreement,

b) d'autre part, elle ne fait pas partie d'un groupe d'employés régis par une convention collective.

may make a complaint in writing to an inspector if the employee has been dismissed and considers the dismissal to be unjust.

c

(2) Subject to subsection (3), a complaint under subsection (1) shall be made within ninety days from the date on which the person making the complaint was dismissed.

(2) Sous réserve du paragraphe (3), la plainte doit être déposée dans les quatre-vingt-dix jours qui suivent la date du congédiement.

(3) The Minister may extend the period of time referred to in subsection (2) where the Minister is satisfied that a complaint was made in that period to a government official who had no authority to deal with the complaint but that the person making the complaint believed the official had that authority.

d

(3) Le ministre peut proroger le délai fixé au paragraphe (2) dans les cas où il est convaincu que l'intéressé a déposé sa plainte à temps mais auprès d'un fonctionnaire qu'il croyait, à tort, habilité à la recevoir.

e

241. (1) Where an employer dismisses a person described in subsection 240(1), the person who was dismissed or any inspector may make a request in writing to the employer to provide a written statement giving the reasons for the dismissal, and any employer who receives such a request shall provide the person who made the request with such a statement within fifteen days after the request is made.

f

241. (1) La personne congédiée visée au paragraphe 240(1) ou tout inspecteur peut demander par écrit à l'employeur de lui faire connaître les motifs du congédiement; le cas échéant, l'employeur est tenu de lui fournir une déclaration écrite à cet effet dans les quinze jours qui suivent la demande.

(2) On receipt of a complaint made under subsection 240(1), an inspector shall endeavour to assist the parties to the complaint to settle the complaint or cause another inspector to do so.

g

(2) Dès réception de la plainte, l'inspecteur s'efforce de concilier les parties ou confie cette tâche à un autre inspecteur.

(3) Where a complaint is not settled under subsection (2) within such period as the inspector endeavouring to assist the parties pursuant to that subsection considers to be reasonable in the circumstances, the inspector shall, on the written request of the person who made the complaint that the complaint be referred to an adjudicator under subsection 242(1),

h

(3) Si la conciliation n'aboutit pas dans un délai qu'il estime raisonnable en l'occurrence, l'inspecteur, sur demande écrite du plaignant à l'effet de saisir un arbitre du cas:

(a) report to the Minister that the endeavour to assist the parties to settle the complaint has not succeeded; and

i

a) fait rapport au ministre de l'échec de son intervention;

(b) deliver to the Minister the complaint made under subsection 240(1), any written statement giving the reasons for the dismissal provided pursuant to subsection (1) and any other statements or documents the inspector has that relate to the complaint.

j

b) transmet au ministre la plainte, l'éventuelle déclaration de l'employeur sur les motifs du congédiement et tous autres déclarations ou documents relatifs à la plainte.

242. (1) The Minister may, on receipt of a report pursuant to subsection 241(3), appoint any person that the Minister considers appropriate as an adjudicator to hear and adjudicate on the complaint in respect of which the report was made, and refer the complaint to the adjudicator along with any statement provided pursuant to subsection 241(1).

(2) An adjudicator to whom a complaint has been referred under subsection (1)

(a) shall consider the complaint within such time as the Governor in Council may by regulation prescribe;

(b) shall determine the procedure to be followed, but shall give full opportunity to the parties to the complaint to present evidence and make submissions to the adjudicator and shall consider the information relating to the complaint; and

(c) has, in relation to any complaint before the adjudicator, the powers conferred on the Canada Labour Relations Board, in relation to any proceeding before the Board, under paragraphs 16(a), (b) and (c).

(3) Subject to subsection (3.1), an adjudicator to whom a complaint has been referred under subsection (1) shall

(a) consider whether the dismissal of the person who made the complaint was unjust and render a decision thereon; and

(b) send a copy of the decision with the reasons therefor to each party to the complaint and to the Minister.

(3.1) No complaint shall be considered by an adjudicator under subsection (3) in respect of a person where

(a) that person has been laid off because of lack of work or because of the discontinuance of a function; or

(b) a procedure for redress has been provided elsewhere in or under this or any other Act of Parliament.

(4) Where an adjudicator decides pursuant to subsection (3) that a person has been unjustly dismissed, the adjudicator may, by order, require the employer who dismissed the person to

(a) pay the person compensation not exceeding the amount of money that is equivalent to the remuneration that would, but for the dismissal, have been paid by the employer to the person;

(b) reinstate the person in his employ; and

(c) do any other like thing that it is equitable to require the employer to do in order to remedy or counteract any consequence of the dismissal.

243. (1) Every order of an adjudicator appointed under subsection 242(1) is final and shall not be questioned or reviewed in any court.

242. (1) Sur réception du rapport visé au paragraphe 241(3), le ministre peut désigner en qualité d'arbitre la personne qu'il juge qualifiée pour entendre et trancher l'affaire et lui transmettre la plainte ainsi que l'éventuelle déclaration de l'employeur sur les motifs du congédiement.

(2) Pour l'examen du cas dont il est saisi, l'arbitre:

a) dispose du délai fixé par règlement du gouverneur en conseil;

b) fixe lui-même sa procédure, sous réserve de la double obligation de donner à chaque partie toute possibilité de lui présenter des éléments de preuve et des observations, d'une part, et de tenir compte de l'information contenue dans le dossier, d'autre part;

c) est investi des pouvoirs conférés au Conseil canadien des relations du travail par les alinéas 16a), b) et c).

(3) Sous réserve du paragraphe (3.1), l'arbitre:

a) décide si le congédiement était injuste;

b) transmet une copie de sa décision, motifs à l'appui, à chaque partie ainsi qu'au ministre.

(3.1) L'arbitre ne peut procéder à l'instruction de la plainte dans l'un ou l'autre des cas suivants:

a) le plaignant a été licencié en raison du manque de travail ou de la suppression d'un poste;

b) la présente loi ou une autre loi fédérale prévoit un autre recours.

(4) S'il décide que le congédiement était injuste, l'arbitre peut, par ordonnance, enjoindre à l'employeur:

a) de payer au plaignant une indemnité équivalant, au maximum, au salaire qu'il aurait normalement gagné s'il n'avait pas été congédié;

b) de réintégrer le plaignant dans son emploi;

c) de prendre toute autre mesure qu'il juge équitable de lui imposer et de nature à contrebalancer les effets du congédiement ou à y remédier.

243. (1) Les ordonnances de l'arbitre désigné en vertu du paragraphe 242(1) sont définitives et non susceptibles de recours judiciaires.

(2) No order shall be made, process entered or proceeding taken in any court, whether by way of injunction, *certiorari*, prohibition, *quo warranto* or otherwise, to question, review, prohibit, or restrain an adjudicator in any proceedings of the adjudicator under section 242.

4. PRELIMINARY OBJECTION

At the hearing, the respondents argued for the first time that it was no longer open to the applicant to question the jurisdiction of the Adjudicator to hear the complaint on the two grounds which they have raised. Specifically it was argued that the only issues of jurisdiction which the Adjudicator is explicitly empowered to deal with are those embodied in subsection 242(3.1). Objections based on the other jurisdictional grounds, namely those embodied in subsection 240(1), were said to fall within the jurisdiction of the Minister and not that of the Adjudicator because they go to the validity of the complaint. The respondents argued that once the Minister accepts a complaint as having been validly filed and appoints an adjudicator, objections based on the propriety of the complaint can no longer be raised.

I disagree. First, I note that by the opening words of subsection 240(1), the grounds embodied in subsection 242(3.1) must also be present before a complaint can be said to have been validly filed. More importantly, a validly filed complaint is a condition precedent to the exercise of an adjudicator's jurisdiction under section 242. As such, it is always open to a party to question the legislative authority of the adjudicator by reference to the propriety of the complaint with respect to which he or she has been appointed. Because the matter goes to jurisdiction, it may be raised at any time, and I can see nothing in the statute which would prevent an adjudicator from declining jurisdiction on the ground that the complaint before him was not validly made. The fact that an adjudicator is explicitly required to consider the grounds embodied in subsection 242(3.1) whereas no such obligation exists with respect to the grounds embodied in subsection 240(1) is of interest. However, it does not suggest a legislative intent that an adjudicator be prevented from considering grounds of invalidity other than those prescribed by subsection 242(3.1).

(2) Il n'est admis aucun recours ou décision judiciaire—notamment par voie d'injonction, de *certiorari*, de prohibition ou de *quo warranto*—visant à contester, réviser, empêcher ou limiter l'action d'un arbitre exercée dans le cadre de l'article 242.

4. EXCEPTION PRÉLIMINAIRE

À l'audience, les intimés ont soutenu pour la première fois qu'il n'était plus loisible à la requérante de contester la compétence de l'arbitre pour entendre la plainte sur le fondement des deux moyens qu'ils avaient invoqués. Plus précisément, les intimés ont affirmé que les seules questions de compétence que l'arbitre est explicitement habilité à examiner sont celles qui sont contenues au paragraphe 242(3.1). Ils ont ajouté que les autres exceptions d'incompétence, c'est-à-dire les exceptions contenues au paragraphe 240(1), relèvent de la compétence du ministre et non de celle de l'arbitre, étant donné qu'elles portent sur le bien-fondé de la plainte. Les intimés ont soutenu que, dès que le ministre considère qu'une plainte a été régulièrement déposée et qu'il désigne un arbitre, on ne peut plus soulever d'exception portant sur le bien-fondé de la plainte.

Je ne suis pas de cet avis. Je fais tout d'abord remarquer qu'il ressort de la disposition liminaire du paragraphe 240(1) que les motifs prévus au paragraphe 242(3.1) doivent également être présents avant qu'on puisse dire qu'une plainte a été régulièrement déposée. Mais ce qui est plus important encore, c'est que la régularité du dépôt de la plainte constitue une condition préalable à l'exercice de la compétence que l'article 242 confère à l'arbitre. Il est toujours loisible à une partie de contester l'autorité législative de l'arbitre sur le plan du bien-fondé de la plainte qu'il a été désigné pour entendre. Comme elle met en cause la compétence, la question peut être soulevée en tout temps, et je ne vois rien dans la loi qui empêcherait l'arbitre de se déclarer incompétent au motif que la plainte dont il est saisi n'a pas été régulièrement déposée. Il est curieux de constater que l'arbitre est expressément tenu d'examiner les motifs prévus au paragraphe 242(3.1) alors que cette obligation n'existe pas en ce qui concerne les motifs contenus au paragraphe 240(1). Toutefois, on ne saurait en conclure que le législateur voulait empêcher l'arbitre d'exami-

I note as well that in *Canada Post Corp. v. Pollard*,³ a decision which is more extensively dealt with below, the Court of Appeal considered the grounds reflected in paragraphs 240(1)(b) and 242(3.1)(b) as both coming within the jurisdiction of the adjudicator. While the objection now raised was not before the Court of Appeal, the decision is premised on the proposition that an adjudicator may not hear a complaint unless it has been validly filed, and specifically contemplates that in assessing the validity of a complaint, the adjudicator may inquire into the existence or absence of the grounds embodied in subsection 240(1) as well as those embodied in subsection 242(3.1).

As the filing of a valid complaint is at the root of the Adjudicator's jurisdiction, and as the conditions embodied in both subsections 240(1) and 242(3.1) must be present before an adjudicator can be satisfied that a complaint is properly before him, I must conclude that both inquiries were open to the Adjudicator in ascertaining the existence of his jurisdiction. The preliminary objection of the respondents is accordingly dismissed.

5. THE STANDARD OF REVIEW

The procedure employed by courts in the judicial review of the decisions of administrative tribunals was set out by Cory J. in *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*:⁴

In undertaking the review courts must ensure first that the board has acted within its jurisdiction by following the rules of procedural fairness, second, that it acted within the bounds of the jurisdiction conferred upon it by its empowering statute, and third, that the decision it reached when acting within its jurisdiction was not patently unreasonable. On this last issue, courts should accord substantial deference to administrative tribunals, particularly when composed of experts operating in a sensitive area.

ner d'autres motifs d'irrégularité que ceux qui sont prévus au paragraphe 242(3.1).

Je constate également que, dans l'arrêt *Société canadienne des postes c. Pollard*³, un arrêt qui est examiné plus en détail plus loin, la Cour d'appel a jugé que les motifs prévus aux alinéas 240(1)b) et 242(3.1)b) relevaient tous les deux de la compétence de l'arbitre. Bien qu'elle n'ait pas traité de l'exception qui est soulevée en l'espèce, la Cour d'appel est partie du principe que l'arbitre ne peut connaître d'une plainte que si elle a été régulièrement déposée. La Cour a plus particulièrement déclaré que, pour apprécier le bien-fondé d'une plainte, l'arbitre peut s'enquérir de l'existence ou de l'absence des motifs prévus au paragraphe 240(1), ainsi que de ceux qui se trouvent au paragraphe 242(3.1).

Comme la régularité du dépôt d'une plainte est à la source de la compétence de l'arbitre, et comme les conditions que renferment les paragraphes 240(1) et 242(3.1) doivent être réunies avant qu'un arbitre puisse être convaincu qu'il est régulièrement saisi d'une plainte, je dois conclure qu'il était loisible à l'arbitre de vérifier si ces deux éléments étaient présents pour s'assurer qu'il était compétent pour entendre la plainte. L'exception préliminaire soulevée par les intimés est par conséquent rejetée.

5. LA NORME DE CONTRÔLE APPLICABLE

La procédure suivie par les cours de justice en matière de contrôle judiciaire des décisions des tribunaux administratifs a été énoncée par le juge Cory dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*⁴:

Quand elles procèdent au contrôle, les cours de justice doivent s'assurer, premièrement, que la commission a agi dans les limites de sa compétence en suivant les règles de l'équité procédurale, deuxièmement, qu'elle a agi dans les limites de la compétence que lui confère sa loi habilitante et, troisièmement, que la décision rendue dans les limites de sa compétence n'était pas manifestement déraisonnable. Sur ce dernier point, les cours de justice devraient faire preuve d'une grande retenue à l'égard des tribunaux administratifs, surtout lorsque ceux-ci se composent d'experts qui exercent leurs fonctions dans un domaine délicat.

In *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, Beetz J. set out the two circumstances in which an administrative tribunal would exceed its jurisdiction because of error:⁵

1. if the question of law at issue is within the tribunal's jurisdiction, it will only exceed its jurisdiction if it errs in a patently unreasonable manner; a tribunal which is competent to answer a question may make errors in so doing without being subject to judicial review;
2. if however the question at issue concerns a legislative provision limiting the tribunal's powers, a mere error will cause it to lose jurisdiction and subject the tribunal to judicial review.

In either of these two cases, the first stage in the pragmatic or functional analysis proposed by Beetz J. is to determine the tribunal's jurisdiction. This involves asking the question: "Did the legislator intend the question to be within the jurisdiction conferred on the tribunal?"⁶ In determining jurisdiction, the Court examines "not only the wording of the enactment conferring jurisdiction on the administrative tribunal, but the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for its existence, the area of expertise of its members and the nature of the problem before the tribunal".⁷

The decision of an adjudicator appointed under the *Canada Labour Code* is protected by a finality clause.⁸ The requirement that an administrative tribunal be correct in its interpretation of a jurisdiction-conferring statutory provision applies even in the presence of a privative clause.⁹

Ground 1: interpretation by the Adjudicator of section 167 of the *Canada Labour Code*

Section 167 specifies that Part III of the *Canada Labour Code*, including those provisions allowing the appointment of an adjudicator to determine a complaint of unjust dismissal, applies to employment in or in connection with the operation of any federal work, undertaking or business and in respect of employees who are employed in or in connection with any such

Dans l'arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, le juge Beetz expose les deux circonstances dans lesquelles un tribunal administratif excède sa compétence à cause d'une erreur⁵:

- a 1. Si la question de droit en cause relève de la compétence du tribunal, le tribunal n'exécède sa compétence que s'il erre d'une façon manifestement déraisonnable. Le tribunal qui est compétent pour trancher une question peut, ce faisant, commettre des erreurs sans donner ouverture à la révision judiciaire.
- b 2. Si, par contre, la question en cause porte sur une disposition législative qui limite les pouvoirs du tribunal, une simple erreur fait perdre compétence et donne ouverture à la révision judiciaire.

c Dans l'un et l'autre de ces deux arrêts, la première étape de l'analyse pragmatique ou fonctionnelle proposée par le juge Beetz consiste à déterminer la compétence du tribunal administratif. Pour ce faire, il faut se poser la question suivante: «Le législateur a-t-il voulu qu'une telle matière relève de la compétence conférée au tribunal?»⁶ Pour déterminer la compétence du tribunal administratif, la Cour examine «non seulement le libellé de la disposition législative qui confère la compétence au tribunal administratif, mais également l'objet de la loi qui crée le tribunal, la raison d'être de ce tribunal, le domaine d'expertise de ses membres et la nature du problème soumis au tribunal»⁷.

La décision de l'arbitre nommé en vertu du *Code canadien du travail* est protégée par une disposition législative qui en consacre le caractère définitif⁸. L'obligation faite aux tribunaux administratifs d'interpréter correctement les dispositions attributives de compétence s'applique même lorsqu'il existe une clause privative⁹.

Premier moyen: l'interprétation que l'arbitre a donnée de l'article 167 du *Code canadien du travail*

L'article 167 précise que la partie III du *Code canadien du travail*, y compris les dispositions permettant la désignation d'un arbitre chargé d'entendre et de trancher une plainte de congédiement injuste, s'applique à l'emploi dans le cadre d'une entreprise fédérale et aux employés qui travaillent dans une telle entreprise. Une entreprise fédérale est définie à l'article 2

who are employed in or in connection with any such federal work, undertaking or business. A federal work, undertaking or business is defined in section 2 as any work, undertaking or business that is within the legislative authority of Parliament. Section 2 includes a non-exhaustive enumeration of such works, similar to that found in section 91 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 applicant's contention is that the complainants are not employed in connection with a federal work in accordance with section 167, that this matter falls under the provincial jurisdiction over labour relations and that as a result, the Adjudicator was without jurisdiction to decide this matter.

The standard of review to be applied to decisions of tribunals on constitutional matters is discussed in the decision of the Supreme Court of Canada in *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*.¹⁰ The Court decided that the Ontario Labour Relations Board has the authority to rule on the constitutionality of provisions in its enabling statute. In commenting on the important role of tribunals in constitutional determinations, La Forest J. held that:¹¹

The informed view of the Board, as manifested in a sensitivity to relevant facts and an ability to compile a cogent record, is also of invaluable assistance. This is evidenced clearly by the weight which the judiciary has given the factual record provided by labour boards in division of powers cases . . .

That having been said, the jurisdiction of the Board is limited in at least one crucial respect: it can expect no curial deference with respect to constitutional decisions. [Emphasis is mine.]

Thus, the *Cuddy Chicks* decision indicates that the appropriate standard of judicial review of the determination by an adjudicator of constitutional questions is that of correctness. In *Sagkeeng Alcohol Rehab Centre*

se. Une entreprise fédérale est définie à l'article 2 comme étant toute installation, ouvrage, entreprise ou secteur d'activités qui relève de la compétence législative du Parlement. L'article 2 renferme une liste non exhaustive de ce type d'entreprises qui ressemble à celle que l'on trouve à l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.)*, annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982, n° 1*] [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]]. La requérante soutient que les plaignants ne travaillent pas dans une entreprise fédérale au sens de l'article 167, que la présente affaire relève de la compétence de la province sur les relations du travail et qu'en conséquence, l'arbitre n'avait pas compétence pour trancher la présente affaire.

La norme de contrôle à appliquer dans le cas des décisions rendues par les tribunaux administratifs sur des questions d'ordre constitutionnel a été analysée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*¹⁰. Dans cet arrêt, la Cour a décidé que la Commission des relations de travail de l'Ontario avait la compétence nécessaire pour statuer sur la constitutionnalité des dispositions de sa loi habilitante. Dans les commentaires qu'il a formulés au sujet du rôle important que jouent les tribunaux administratifs lorsqu'ils statuent sur la constitutionnalité d'une disposition législative, le juge La Forest a déclaré¹¹:

Le point de vue éclairé de la Commission, qui se traduit par l'attention qu'elle accorde aux faits pertinents et sa capacité de compiler un dossier convaincant, est aussi d'une aide inestimable. On le constate clairement au poids que les juges ont accordé au dossier des faits fournis par les commissions des relations du travail en matière de partage des pouvoirs . . .

Cela étant dit, la compétence de la Commission est restreinte au moins sur un point essentiel: elle ne peut s'attendre à aucune retenue judiciaire à l'égard de ses décisions en matière constitutionnelle. [Non souligné dans l'original.]

Il ressort donc de l'arrêt *Cuddy Chicks* que la norme de contrôle applicable dans le cas d'une décision rendue par un arbitre en matière constitutionnelles est celle de la justesse ou du bien-fondé de la décision en

Inc. v. Abraham,¹² the Federal Court, Trial Division reviewed the decision of an adjudicator appointed under the *Canada Labour Code* to the effect that he had jurisdiction to hear the respondents' complaints of unjust dismissal. The applicant alcohol rehabilitation centre argued that the adjudicator had no jurisdiction to hear the matter because labour relations were under provincial jurisdiction. In addition, the applicant argued that the adjudicator was barred by paragraph 242(3.1)(b) of the *Canada Labour Code* from considering the complaint because another procedure for redress existed for the complainant. Rothstein J. considered whether or not the decision of the adjudicator was open to judicial review and came to the following conclusion:¹³

On its face, section 243 would seem to preclude judicial review of the adjudicator's decision. However, as was indicated in *Canada Post Corp. v. Pollard*, [1994] 1 F.C. 652 (C.A.), at page 659, and in *Alberta Wheat Pool v. Jacula* (1992), 58 F.T.R. 277 (F.C.T.D.), at pages 278-279, following *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at pages 1369-1370, jurisdictional issues are open to judicial review despite the existence of a privative clause. As the issues before me relate to the adjudicator's jurisdiction to hear and adjudicate the complaints of the respondents, section 243 does not preclude this application for judicial review. [Emphasis is mine.]

The decision of an adjudicator on a similar division of powers issue was considered by the Federal Court, Trial Division in *Norway House Indian Band v. Canada (Adjudicator, Labour Code)*¹⁴ Muldoon J. held that the adjudicator's interpretation of section 167 of the *Canada Labour Code*, and specifically of the term "federal work, undertaking or business" was an issue relating to statutory jurisdiction, and subject to judicial review on a correctness standard:

The standard of correctness for founding the Adjudicator's jurisdiction means simply that the Adjudicator must not make any error in exercising the powers conferred by and under Division XIV. It is presumed that Parliament does not will the exceeding of those carefully crafted powers (and

question. Dans le jugement *Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. c. Abraham*¹², la Section de première instance de la Cour fédérale a révisé la décision d'un arbitre désigné en vertu du *Code canadien du travail* qui avait statué qu'il avait compétence pour entendre les plaintes de congédiement injuste présentées par les intimés. Le centre de désintoxication requérant soutenait que l'arbitre n'avait pas compétence pour entendre l'affaire, étant donné que les relations du travail relevaient de la compétence de la province. Le requérant faisait en outre valoir que l'alinéa 242(3.1)b) du *Code canadien du travail* empêchait l'arbitre d'examiner la plainte, étant donné qu'une autre voie de recours était ouverte au plaignant. Le juge Rothstein s'est demandé si la décision de l'arbitre était susceptible de contrôle judiciaire et en est venu à la conclusion suivante¹³:

L'article 243 semble, de prime abord, exclure tout contrôle judiciaire de la décision d'un arbitre. Toutefois, tel que cela est mentionné dans les décisions *Société canadienne des postes c. Pollard*, [1994] 1 C.F. 652 (C.A.), à la page 659 et *Alberta Wheat Pool c. Jacula* (1992), 58 F.T.R. 277 (C.F. 1^{re} inst.), aux pages 278 et 279, qui suivent en cela l'arrêt *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, aux pages 1369 et 1370, les questions de compétence sont susceptibles de contrôle judiciaire malgré ce que peut prévoir une clause privative. Comme les questions en litige dans la présente affaire ont trait à la compétence de l'arbitre à entendre et trancher les plaintes des intimés, la présente demande de contrôle judiciaire n'est pas irrecevable aux termes de l'article 243. [Non souligné dans l'original.]

La Section de première instance de la Cour fédérale a examiné la décision rendue par un arbitre sur une question semblable de partage de pouvoirs dans le jugement *Bande indienne de Norway House c. Canada (Arbitre, Code du travail)*¹⁴. Le juge Muldoon a statué que l'interprétation que l'arbitre avait donnée de l'article 167 du *Code canadien du travail* et plus particulièrement de l'expression «entreprise fédérale» était une question qui concernait la compétence conférée par la loi et qui était susceptible de contrôle judiciaire selon la norme de la justesse ou du bien-fondé de la décision:

La norme de la justesse ou de l'absence d'erreur sur laquelle est fondée la compétence de l'arbitre signifie simplement que ce dernier ne doit pas commettre d'erreur en exerçant les pouvoirs conférés par la Section XIV ou en vertu de cette section. Il est à supposer que le législateur ne

limitations) and that its privative clauses cannot have protection of such excesses as their purpose.

The Adjudicator's interpretation of section 167 of the *Canada Labour Code* must thus be correct to be upheld on judicial review.

Ground 2: interpretation by the Adjudicator of paragraph 240(1)(a) of the *Canada Labour Code*

Subsection 240(1) specifies three prerequisites for a person to be eligible to make a complaint of unjust dismissal to an inspector. The person must have completed twelve consecutive months of continuous employment, must not be a member of a group of employees subject to a collective agreement and finally, must have been dismissed. Subsection 242(3.1) specifies that even if these prerequisites are satisfied, an adjudicator may not consider the complaint of a person where that person has been laid off because of lack of work or because of the discontinuance of a function or if a procedure for redress has been provided elsewhere in or under the *Canada Labour Code* or any other Act of Parliament.

In *Canada Post Corp. v. Pollard*, the Federal Court of Appeal considered an application for judicial review of an adjudicator's interpretation of paragraphs 240(1)(b) and 242(3.1)(b) of the *Canada Labour Code*.¹⁵ The Court applied the functional analysis proposed in *Bibeault* to decide whether or not Parliament intended the question of the interpretation of this provision to be within the jurisdiction conferred on the tribunal. The Court noted that unlike members of the Canada Labour Relations Board (CLRB), adjudicators are appointed on an *ad hoc* basis¹⁶ and consider complaints made by a limited class of employees¹⁷ with respect to the single issue of unjust dismissal.¹⁸ In addition, adjudicators are given fewer powers under the *Canada Labour Code* than are arbitrators or members of the CLRB.¹⁹ Finally, the Court found that subsection 242(3.1) was couched in terms "[n]o complaint shall be considered by an adjudicator" that clearly limited the jurisdiction of the adjudicator. The interrelationship of subsection 240(1) with subsection

veut pas que les pouvoirs (et limitations) minutieusement prévus soient excédés et que les clauses privatives qu'il a adoptées visent à protéger pareils excès.

Pour être confirmée dans le cadre d'un contrôle judiciaire, l'interprétation que l'arbitre donne de l'article 167 du *Code canadien du travail* doit donc être juste.

Second moyen: l'interprétation que l'arbitre a donnée de l'alinéa 240(1)a) du *Code canadien du travail*

Le paragraphe 240(1) précise les trois conditions préalables qui doivent être réunies avant qu'une personne puisse être admissible à déposer une plainte de congédiement injuste auprès d'un inspecteur. La personne en question doit avoir travaillé sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur, ne pas faire partie d'un groupe d'employés régis par une convention collective et, finalement, avoir été congédiée. Le paragraphe 242(3.1) précise que, même si ces conditions préalables sont réunies, l'arbitre ne peut procéder à l'instruction de la plainte si le plaignant a été licencié en raison du manque de travail ou de la suppression d'un poste ou si le *Code canadien du travail* ou une autre loi fédérale prévoit un autre recours.

Dans l'arrêt *Société canadienne des postes c. Pollard*, la Cour d'appel fédérale a examiné une demande de contrôle judiciaire d'une décision dans laquelle un arbitre avait interprété les alinéas 240(1)(b) et 242(3.1)(b) du *Code canadien du travail*.¹⁵ La Cour a appliqué l'analyse fonctionnelle proposée dans l'arrêt *Bibeault* pour décider si le législateur fédéral avait voulu ou non que la question de l'interprétation de cette disposition relève de la compétence conférée au tribunal administratif. La Cour a souligné que, à la différence des membres du Conseil canadien des relations du travail (CCRT), les arbitres sont nommés pour connaître d'une affaire précise¹⁶ et que leur champ d'intervention se limite aux plaintes déposées par une catégorie restreinte d'employés¹⁷ à l'égard d'un seul type de différend, le congédiement injuste¹⁸. Qui plus est, les arbitres se voient confier moins de pouvoirs en vertu du *Code canadien du travail* que les arbitres ou les membres du CCRT¹⁹. Finalement, la Cour a conclu que le paragraphe 242(3.1) était libellé

242(3.1), as expressed by the words “[s]ubject to subsection . . . 242(3.1)” in subsection 240(1) invited the Court to consider them as both limiting the adjudicator’s jurisdiction. Décary J.A. concluded.²⁰

After considering what it is the Adjudicator is called upon to decide in the present case, his limited area of expertise, the wording and interrelationship of the enactments at issue, the absence of specific powers to deal with the question when compared to other decision-makers under the Code and notwithstanding the privative clause, I am unable to find a legislative intent to entrust the Adjudicator with the jurisdiction to determine virtually unchecked whether the complainant was amongst those entitled by Parliament under paragraphs 240(1)(b) and 242(3.1)(b) to make a complaint.

... I have come to the conclusion that the appropriate test for judicial review . . . is that of correctness.

In the recent decision of *Byers Transport Ltd. v. Kosanovich*, the Federal Court of Appeal reiterated that the appropriate standard of review of the interpretation by an adjudicator of paragraphs 242(3.1)(a) and 242(3.1)(b) was that of correctness.²¹

Paragraph 240(1)(a), like paragraph 240(1)(b), sets out a statutory prerequisite which must be met before an adjudicator can be appointed under the *Canada Labour Code* to review the lawfulness of a discharge. Only employees having completed twelve consecutive months of continuous employment and fulfilling the other eligibility criteria specified by the *Canada Labour Code*, including paragraph 240(1)(b), may make a written complaint pursuant to section 240 which can then be referred to an adjudicator under subsection 242(1). It is therefore apparent that the reasoning applied to paragraph 240(1)(b) by the Court of Appeal in *Pollard* also extends and is applicable to paragraph 240(1)(a). It follows that an adjudicator must correctly interpret the meaning of “twelve continuous months of employment” in relation to the

en des termes «[l]’arbitre ne peut procéder à l’instruction de la plainte» qui limitaient de toute évidence la compétence de l’arbitre. Le lien qui existe entre les paragraphes 240(1) et 242(3.1), dont témoigne l’expression «[s]ous réserve d[un] paragraphe . . . 242(3.1)» qui figure au paragraphe 240(1), invitait la Cour à considérer qu’ils limitaient tous les deux la compétence de l’arbitre. Le juge Décary, J.C.A., a conclu en disant²⁰:

Après avoir examiné la question soumise à l’arbitre en l’espèce, le domaine d’expertise relativement restreint de celui-ci, le libellé et l’interaction des textes législatifs applicables, l’absence de compétence précise à l’égard de la question en cause par rapport aux pouvoirs que le Code confère à d’autres décisionnaires, et malgré l’existence de la clause privative, je ne parviens pas à conclure que le législateur ait entendu donner à l’arbitre toute latitude pour décider si le plaignant était parmi les personnes à qui, en vertu des alinéas 240(1)(b) et 242(3.1)(b), le législateur a voulu donner le droit de loger une plainte.

... je conclus qu’il en va de même en l’espèce et que le critère du contrôle judiciaire qu’il y a lieu d’appliquer est celui de l’absence d’erreur.

Dans l’arrêt récent *Byers Transport Ltd. c. Kosanovich*, la Cour d’appel fédérale a réitéré que la norme de contrôle applicable en ce qui concerne l’interprétation des alinéas 242(3.1)(a) et 242(3.1)(b) par un arbitre est celle de la justesse ou de l’absence d’erreur.²¹

Tout comme l’alinéa 240(1)(b), l’alinéa 240(1)(a) renferme une condition préalable législative qui doit être respectée avant qu’un arbitre puisse être nommé en vertu du *Code canadien du travail* pour examiner la légitimité d’un congédiement. Seuls les employés qui travaillent sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur et qui satisfont aux autres critères d’admissibilité précisés par le *Code canadien du travail*, notamment par l’alinéa 240(1)(b), peuvent déposer en vertu de l’article 240 une plainte par écrit qui peut ensuite être renvoyée à un arbitre en vertu du paragraphe 242(1). Il est donc évident que le raisonnement que la Cour d’appel a appliqué à l’alinéa 240(1)(b) dans l’arrêt *Pollard* vaut aussi pour l’alinéa 240(1)(a), et qu’il s’y applique. Il s’ensuit que l’arbitre doit interpréter correctement le sens de l’expression

complainant before embarking on its inquiry into whether the dismissal was unjust.

«travaille sans interruption depuis au moins douze mois» en ce qui concerne le plaignant avant de se demander si son congédiement était injuste.

6. SUBSTANTIVE REVIEW

a 6. EXAMEN DE LA QUESTION DE FOND

Was the Adjudicator correct in finding that the alleged dismissal of river guardians was a matter falling under federal jurisdiction?

L'arbitre a-t-il eu raison de conclure que le présumé congédiement des gardes-pêche était une question qui relevait de la compétence fédérale?

In essence, the applicant contends that the complainant river guardians are not “employed in or in connection with any federal work, undertaking or business” as specified in section 167 of the *Canada Labour Code*. Rather, the applicant asserts that the complainants are employed with local works and undertakings, and that jurisdiction over their employment activity does not come under the legislative authority of the Parliament of Canada, but under that of the province of Newfoundland pursuant to subsection 92(10) of the *Constitution Act, 1867*.²² The position taken by the complainants and that was eventually accepted by the Adjudicator is that the work of the river guardians is tied closely to the federal head of power over sea coast and inland fisheries, which is under the exclusive legislative authority of the Parliament of Canada pursuant to subsection 91(12) of the *Constitution Act, 1867*. As a result, the complainants’ employment falls within federal jurisdiction.

La requérante soutient essentiellement que les gardes-pêche plaignants ne sont pas des «employés qui travaillent dans une . . . entreprise [fédérale]» au sens de l’article 167 du *Code canadien du travail*. La requérante affirme que les plaignants travaillent plutôt dans une entreprise d’une nature locale, et que les activités qu’ils exercent dans le cadre de leur travail ne relèvent pas de la compétence législative du parlement du Canada, mais plutôt de celle de la province de Terre-Neuve, aux termes du paragraphe 92(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.²² La thèse qu’ont défendue les plaignants et qui a finalement été retenue par l’arbitre est que le travail des gardes-pêche est étroitement lié à la rubrique de pouvoirs qu’exerce le parlement fédéral sur les pêches des côtes de la mer et de l’intérieur, lesquelles relèvent de la compétence législative exclusive du parlement du Canada aux termes du paragraphe 91(12) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En conséquence, le travail des plaignants relève de la compétence fédérale.

The principles required to examine this question were summarized by Dickson J. [as he then was] in *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*:²³

Les principes applicables à l’examen de cette question ont été résumés par le juge Dickson [tel était alors son titre] dans l’arrêt *Northern Telecom Ltée. c. Travailleurs en communication du Canada*:²³

(1) Parliament has no authority over labour relations as such nor over the terms of a contract of employment; exclusive provincial competence is the rule.

(1) Les relations de travail comme telles et les termes d’un contrat de travail ne relèvent pas de la compétence du Parlement; les provinces ont une compétence exclusive dans ce domaine.

(2) By way of exception, however, Parliament may assert exclusive jurisdiction over these matters if it is shown that such jurisdiction is an integral part of its primary competence over some other single federal subject.

(2) Cependant, par dérogation à ce principe, le Parlement peut faire valoir une compétence exclusive dans ces domaines s’il est établi que cette compétence est partie intégrante de sa compétence principale sur un autre sujet.

(3) Primary federal competence over a given subject can prevent the application of provincial law relating to labour relations and the conditions of employment but only if it is

(3) La compétence principale du fédéral sur un sujet donné peut empêcher l’application des lois provinciales relatives aux relations de travail et aux conditions de travail, mais

demonstrated that federal authority over these matters is an integral element of such federal competence.

(4) Thus, the regulation of wages to be paid by an undertaking, service or business, and the regulation of its labour relations, being related to an integral part of the operation of the undertaking, service or business, are removed from provincial jurisdiction and immune from the effect of provincial law if the undertaking, service or business is a federal one.

(5) The question whether an undertaking, service or business is a federal one depends on the nature of its operation.

(6) In order to determine the nature of the operation, one must look at the normal or habitual activities of the business as those of a "going concern", without regard for exceptional or causal factors; otherwise, the Constitution could not be applied with any degree of continuity and regularity.

In addition to setting out these broad principles, the Court adopted a procedure by which such jurisdictional issues are to be resolved.²⁴

First, one must begin with the operation which is at the core of the federal undertaking. Then the courts look at the particular subsidiary operation engaged in by the employees in question. The court must then arrive at a judgment as to the relationship of that operation to the core federal undertaking, the necessary relationship being variously characterized as "vital", "essential" or "integral".

The core of a federal undertaking in relation to sea coast and inland fisheries must be grounded in the jurisdiction granted to the Parliament of Canada under subsection 91(12) of the *Constitution Act, 1867*. Federal power under subsection 91(12) was described by Laskin C.J. in *Interprovincial Co-operatives Ltd. et al. v. The Queen* as being concerned with "the protection and preservation of fisheries as a public resource, concerned to monitor or regulate undue or injurious exploitation, regardless of who the owner may be, and even in suppression of an owner's right of utilization".²⁵ This appears to accord with the purposes of the *Fisheries Act*, section 5 [as am. by S.C. 1991, c. 1, s. 2] of which provides for the appointment of river guardians.²⁶ These purposes may be gleaned from section 43 of the *Fisheries Act* which reads in part:

uniquement s'il est démontré que la compétence du fédéral sur ces matières fait intégralement partie de cette compétence fédérale.

(4) Ainsi, la réglementation des salaires que doit verser une entreprise, un service ou une affaire et la réglementation de ses relations de travail, toutes choses qui sont étroitement liées à l'exploitation d'une entreprise, d'un service ou d'une affaire, ne relèvent plus de la compétence provinciale et ne sont plus assujetties aux lois provinciales s'il s'agit d'une entreprise, d'un service ou d'une affaire fédérale.

(5) La question de savoir si une entreprise, un service ou une affaire relève de la compétence fédérale dépend de la nature de l'exploitation.

(6) Pour déterminer la nature de l'exploitation, il faut considérer les activités normales ou habituelles de l'affaire en tant qu'«entreprise active» sans tenir compte de facteurs exceptionnels ou occasionnels; autrement, la Constitution ne pourrait être appliquée de façon continue et régulière.

En plus de poser ces principes généraux, la Cour a retenu la méthode suivante pour résoudre ce genre de questions constitutionnelles²⁴:

Premièrement, il faut examiner l'exploitation principale de l'entreprise fédérale. On étudie ensuite l'exploitation accessoire pour laquelle les employés en question travaillent. En dernier lieu on parvient à une conclusion sur le lien entre cette exploitation et la principale entreprise fédérale, ce lien nécessaire étant indifféremment qualifié «fondamental», «essentiel» ou «vital».

L'exploitation principale d'une entreprise fédérale en ce qui concerne les pêches en eaux côtières et internes doit être fondée sur la compétence conférée au parlement du Canada par le paragraphe 91(12) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le juge en chef Laskin a expliqué, dans l'arrêt *Interprovincial Co-operatives Ltd. et al. c. La Reine*, que le pouvoir que le parlement fédéral tient du paragraphe 91(12) visait «la protection et la conservation des pêcheries, à titre de richesse pour le public, et le contrôle et la réglementation de leur exploitation abusive ou nuisible, quel qu'en soit le propriétaire, et même la suppression de l'exercice du droit par le propriétaire»²⁵. Cet énoncé semble s'accorder avec les objets de la *Loi sur les pêches*, dont l'article 5 [mod. par L.C. 1991, ch. 1, art. 2] prévoit la nomination de gardes-pêche²⁶. Ces objets peuvent être dégagés de l'article 43 de la *Loi sur les pêches*, qui dispose notamment:

43. The Governor in Council may make regulations for carrying out the purposes and provisions of this Act and in particular, but without restricting the generality of the foregoing, may make regulations

- (a) for the proper management and control of the sea-coast and inland fisheries;
- (b) respecting the conservation and protection of fish;
- (c) respecting the catching, loading, landing, handling, transporting, possession and disposal of fish;
- (d) respecting the operation of fishing vessels;
- (e) respecting the use of fishing gear and equipment;
- (f) respecting the issue, suspension and cancellation of licences and leases;
- (g) respecting the terms and conditions under which a licence and lease may be issued;
- (h) respecting the obstruction and pollution of any waters frequented by fish;
- (i) respecting the conservation and protection of spawning grounds;

Guardians are designated pursuant to section 5 of the *Fisheries Act*:

5. (1) The Minister may designate any persons or classes of persons as fishery officers or fishery guardians for the purposes of this Act and may limit in any manner the Minister considers appropriate the powers that a fishery officer or fishery guardian may exercise under this Act or any other Act of Parliament.

(2) Each fishery officer and fishery guardian shall be provided with a certificate in a form the Minister considers appropriate certifying their designation as such and, where the powers of a fishery officer or fishery guardian are limited pursuant to subsection (1), specifying the powers that the officer or guardian may exercise under this Act or any other Act of Parliament.

(3) On entering any place under this Act or any other Act of Parliament, a fishery officer or fishery guardian shall, on request, show the certificate of designation to the person in charge of the place.

The powers of fishery guardians are set out in sections 49 [as am. *idem*, s. 13], 50, 51 and 52 of the *Fisheries Act*. Briefly, section 49 gives fishery guardians extensive powers of inspection including:

43. Le gouverneur en conseil peut prendre des règlements d'application de la présente loi, notamment:

- a) concernant la gestion et la surveillance judicieuses des pêches en eaux côtières et internes;
- b) concernant la conservation et la protection du poisson;
- c) concernant la prise, le chargement, le débarquement, la manutention, le transport, la possession et l'écoulement du poisson;
- d) concernant l'exploitation des bateaux de pêche;
- e) concernant l'utilisation des engins et équipements de pêche;
- f) concernant la délivrance, la suspension et la révocation des licences, permis et baux;
- g) concernant les conditions attachées aux licences, permis et baux;
- h) concernant l'obstruction et la pollution des eaux où vivent des poissons;
- i) concernant la conservation et la protection des frayères; . . .

Les gardes-pêche sont nommés en vertu de l'article 5 de la *Loi sur les pêches*:

5. (1) Le ministre peut désigner toute personne ou catégorie de personnes à titre d'agents des pêches ou de gardes-pêche pour l'application de la présente loi et peut restreindre, de la façon qu'il estime indiquée, les pouvoirs qu'un agent des pêches ou un garde-pêche est autorisé à exercer sous le régime de cette loi ou de toute autre loi fédérale.

(2) Les personnes désignées à titre d'agents des pêches ou de gardes-pêche reçoivent un certificat de désignation dont la forme est approuvée par le ministre; celles dont les pouvoirs sont restreints reçoivent un certificat où sont énumérés ceux qu'elles sont autorisées à exercer.

(3) L'agent des pêches et le garde-pêche sont tenus de présenter leur certificat de désignation, sur demande, au responsable du lieu qui fait l'objet de leur intervention.

Les pouvoirs des agents des pêches sont énoncés aux articles 49 [mod., *idem*, art. 13], 50, 51 et 52 de la *Loi sur les pêches*. Brièvement, l'article 49 confère à l'agent des pêches des pouvoirs étendus d'inspection, et notamment le pouvoir:

—the permission to enter and inspect any place in which the guardian believes on reasonable grounds there is any work or undertaking or any fish or other thing in respect of which the Act or the regulations apply;

—the permission to open any container that the guardian believes on reasonable grounds contains any fish or other thing in respect of which the Act or the regulations apply;

—the permission to examine any fish or other thing that the guardian finds;

—the permission to conduct any tests or analyses and take any measurements; and

—the permission to require any person to produce for examination or copying any records, books of account or other documents that the guardian believes on reasonable grounds contain information that is relevant to the administration of the Act or the regulations.

Section 50 provides the guardian with powers of arrest without a warrant of persons the guardian believes, on reasonable grounds, have committed an offence under the Act or regulations. Section 51 allows guardians to seize vessels, vehicles, fish or other things that the guardian believes on reasonable grounds were obtained by or used in the commission of an offence under the Act. Section 52 allows fishery guardians to enter on and pass through or over private property in the discharge of their duties.

Additional information regarding the activities or operation engaged in by the river guardians can be found in an outline of the river guardians' scope of work. The outline is contained in Appendix A "Statement of Requirements" attached to and forming part of the contract between BDS and Supply and Services Canada on behalf of the Department of Fisheries and Oceans for the provision of services of trained river guardians (hereinafter the Contract).²⁷ The relevant paragraph is reproduced below:

—de procéder à la visite de tous lieux s'il a des motifs raisonnables de croire que s'y trouvent des poissons, objets ou ouvrages, ou qu'on y exploite une entreprise, assujettis à l'application de la Loi ou de ses règlements;

—d'ouvrir tout contenant dans lequel il a des motifs raisonnables de croire que se trouvent du poisson ou des objets assujettis à l'application de la Loi ou de ses règlements;

—d'examiner les poissons ou tout objet qu'il y trouve;

—d'effectuer des tests, des analyses et des mesures;

—d'exiger de toute personne qu'elle lui fournisse pour examen ou copie les registres, documents comptables ou autres documents qu'il a des motifs raisonnables de croire contenir des renseignements utiles à l'application de la Loi ou de ses règlements.

L'article 50 confère au garde-pêche le pouvoir d'arrêter sans mandat toute personne dont il a des motifs raisonnables de croire qu'elle a commis une infraction à la Loi ou à ses règlements. L'article 51 autorise le garde-pêche à saisir les bateaux de pêche, les véhicules, le poisson et tous autres objets dont il a des motifs raisonnables de croire qu'ils ont été obtenus par la perpétration d'une infraction à la Loi ou qu'ils ont servi à la perpétration d'une telle infraction. L'article 52 autorise les gardes-pêche à pénétrer dans les propriétés privées et d'y circuler dans l'exercice de leurs fonctions.

On trouve des renseignements supplémentaires au sujet des activités exercées par les gardes-pêche dans un résumé des attributions des gardes-pêche. Ce résumé se trouve à l'annexe A intitulée «Énoncé des exigences» qui est jointe au marché conclu entre la BDS et Approvisionnement et Services Canada au nom du ministère des Pêches et des Océans pour la fourniture des services des gardes-pêche qui ont reçu une formation (ci-après appelé le marché)²⁷. Cette annexe fait partie du marché. Voici l'article pertinent de ce document:

5. Guardians Scope of Work

Guardians are required to be familiar with work in the areas and locations designated by the Department of Fisheries and Oceans for the purpose of collecting biological, technical and statistical data, enforcing applicable Fishery Acts and Regulations and providing a conspicuous presence. The tasks to be performed by the Guardians will include, without being restricted to, the following:

— enforcing Fisheries Acts and Regulations as they pertain to fishing in Coastal and Inland waters, with particular emphasis on seasons, catches and gear restrictions, and reporting requirements of catch and effort limitations;

— data to be collected for enforcement/biological purposes includes total catch, composition of catch, fishing effort, number of sets, catch per set, type of gear used, date of catch, location of each individual catch and other technical observations;

— preparing an orderly documentation of information related to infractions of Fishery Regulations and presenting oral and documented evidence in a Court of Law;

— collecting, labelling and preservation of all specimens as required;

— monitoring and reporting on the types of gear used in Coastal and Inland waters;

— recording water levels, temperatures and conditions in Inland areas;

— monitoring fish runs and migrations in Coastal and Inland waters;

— monitoring and removal of obstructions (i.e. dams, trees, falls, etc.) in Inland waters;

— monitoring construction and logging operations to determine any harmful effects to fish or fish habitat;

— operation of small boats, outboard motors and all terrain vehicles in Coastal and Inland waters;

— sampling various species caught, measuring, weighing, determining sea [sic], collecting samples and ensuring that data obtained are accurately recorded;

— counting visually and estimating quantity of species of fish in Inland waters;

[TRADUCTION] 5. Fonctions des gardes-pêche

Les gardes-pêche sont tenus de bien connaître le travail à effectuer dans les zones et les endroits désignés par le ministère des Pêches et des Océans dans le but de recueillir des données biologiques, techniques et statistiques, de faire respecter la législation et la réglementation sur les pêches applicables et d'assurer une présence visible. Les gardes-pêche doivent notamment accomplir les tâches suivantes:

— faire respecter la législation et la réglementation sur les pêches qui se rapportent aux pêches en eaux côtières et internes, en insistant particulièrement sur les restrictions relatives à l'ouverture et à la fermeture des saisons, aux prises et aux engins de pêche, et faire rapport sur les limites de prises et d'effort;

— les données biologiques et les données recueillies pour l'application de la législation et de la réglementation portent notamment sur les prises totales, la composition des prises, l'effort de pêche, le nombre de mises à l'eau, le nombre de prises par mise à l'eau, le type d'engin utilisé, la date des prises, l'emplacement de chaque prise, ainsi que d'autres observations techniques;

— préparer une documentation d'information méthodique sur les infractions à la réglementation des pêches et présenter des dépositions orales et des preuves écrites devant les tribunaux judiciaires;

— recueillir, étiqueter et conserver tous les spécimens au besoin;

— surveiller l'utilisation des divers engins de pêche dans les eaux côtières et dans les eaux internes et faire rapport à ce sujet;

— enregistrer le niveau, la température et l'état de l'eau dans les zones internes;

— surveiller les remontes et les migrations du poisson dans les eaux côtières et dans les eaux internes;

— surveiller et enlever les obstacles (c.-à-d. les barrages, arbres, éboulis, etc.) qui se trouvent dans les eaux internes;

— surveiller les chantiers de construction et les chantiers d'exploitation forestière pour déterminer s'ils ont des effets nuisibles sur le poisson ou sur son habitat;

— conduire de petites embarcations, hors-bord et véhicules tout terrain dans les eaux côtières et les eaux internes;

— prélever des échantillons des diverses espèces pêchées, les mesurer et les peser, indiquer l'état de la mer, recueillir des échantillons et s'assurer que les données obtenues sont enregistrées avec précision;

— compter visuellement les espèces de poissons qui se trouvent dans les eaux internes et en estimer la quantité;

— prepares and submits written and oral reports to Supervisors on all activities as specified by the Department of Fisheries and Oceans.

— préparer et soumettre des rapports écrits et verbaux à leurs superviseurs sur toutes les activités précisées par le ministère des Pêches et des Océans.

In his written reasons, the Adjudicator held that “the evidence in these cases indicates that the job of the River Guardian is an integral part of a federal fisheries program dealing with fishing in inland waters”.²⁸ In my view, the provisions in the *Fisheries Act* describing the powers of fishery guardians as well as the description of their scope of work provide ample evidence that fishery officers and guardians are the agents chosen by Parliament to supervise and enforce the legislative scheme of the *Fisheries Act*, and without which the objectives of protection and preservation of fisheries as a public resource could not be achieved. The work of the river guardians can thus fairly be characterized as “vital”, “essential” or “integral” to the core federal undertaking. According to the test laid out in *Northern Telecom #1*,²⁹ this is sufficient to import federal jurisdiction over the activities of the river guardians and over the regulation of their employer-employee relationships.

Dans ses motifs écrits, l'arbitre a déclaré que [TRADUCTION] «il ressort de la preuve présentée en l'espèce que le travail de garde-pêche fait partie intégrante du programme fédéral des pêches relatif à la pêche dans les eaux internes»²⁸. À mon avis, les dispositions de la *Loi sur les pêches* qui énumèrent les pouvoirs des gardes-pêche et le résumé précité de leurs fonctions constituent des éléments de preuve amplement suffisants pour démontrer que les agents des pêches et les gardes-pêche sont les mandataires que le législateur fédéral a choisis pour veiller à l'application et au respect du régime législatif prévu par la *Loi sur les pêches* et sans lesquels les objectifs de protection et de conservation des pêches en tant que ressource publique ne pourraient être atteints. On peut donc à juste titre qualifier le travail des gardes-pêches de «fondamental», «essentiel» ou «vital» à l'exploitation principale de l'entreprise fédérale. Conformément au critère posé dans l'arrêt *Northern Telecom n° 1*²⁹, cette qualification suffit pour faire relever de la compétence fédérale les activités des gardes-pêche et la réglementation de leurs relations employeur-employé.

In the course of argument before me, the applicant asserted that because the work of the river guardians had been contracted out to a provincially incorporated company (the applicant) by the Department of Fisheries and Oceans, it now fell under provincial jurisdiction. In my view, this assertion is incorrect and was properly rejected by the Adjudicator. In *Letter Carrier's Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers et al.*,³⁰ the Supreme Court of Canada unanimously held that persons employed in carrying mail as employees of a company doing work under a contract for the Post Office were covered by the provisions of the *Canada Labour Code* [R.S.C. 1970, c. L-1] despite the fact that their employer operated a local business. In determining that the activities of the employees should come under federal jurisdiction, Ritchie J. considered the nature of their work in relation to the federal postal service as well as the control exercised by the Post Office over their work.

Au cours du débat qui s'est déroulé devant moi, la requérante a affirmé que, comme le ministère des Pêches et des Océans a confié le travail des gardes-pêche à un entrepreneur privé, à savoir une compagnie constituée en personne morale sous le régime d'une loi provinciale (en l'occurrence, la requérante), ce travail relève maintenant de la compétence de la province. À mon avis, cette affirmation est incorrecte et c'est à bon droit que l'arbitre l'a rejetée. Dans l'arrêt *Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada et autre*³⁰, la Cour suprême du Canada a statué à l'unanimité que les personnes engagées pour transporter le courrier à titre d'employés d'une compagnie privée effectuant du travail aux termes d'un marché conclu avec les postes canadiennes étaient visées par les dispositions du *Code canadien du travail* [S.R.C. 1970, ch. L-1] malgré le fait que leur employeur exploitait une entreprise locale. Pour décider que les activités des employés en

Having noted that each employee hired by the private company in performance of the mail delivery contracts had to be acceptable to the Post Office official or officials and had to take an oath specified by the Post Office, Ritchie J. continued:³¹

Mr. Justice Maguire proceeded to describe the duties performed by the employees of M & B Enterprises Ltd. on behalf of the Post Office and indicated that these duties involved responsibility for delivering and sorting mail, the custody of keys permitting access to post offices and the collection of moneys due on c.o.d. parcels. The control exercised over these employees by the Post Office is further indicated in the following paragraph of Mr. Justice Maguire's reasons:

Each company employee termed "carrier" is provided with an identification card supplied by the Post Office, and is required to carry this at all times while on duty. In addition, the Post Office supplies to each carrier a book, or pamphlet, of instructions or regulations, covering the performance of his duties.

In my opinion, the work so described which is performed by these employees is essential to the function of the postal service and is carried out under the supervision and control of the Post Office authorities

Similar indices of supervision and control by the Department of Fisheries and Oceans (DFO) over the work of the complainants exist in the case at bar. The Adjudicator found that:³²

Day to day activity of the River Guardians is co-ordinated in the field by B.D.S. Supervisors in consultation with D.F.O. officials. Responsibility for allocation of Guardians to rivers and the extent of the surveillance is governed by D.F.O. If they don't want surveillance on a particular river or section of a river they advise B.D.S. The selection of personnel is the responsibility of B.D.S. but the assignment of guardians to a particular river is directed by D.F.O. in accordance with the contract. Scheduling of Guardians to rivers is done on a weekly basis by D.F.O. in co-operation with B.D.S. Supervisors. River Guardians are required by the Fisheries Act to swear an Oath.

question relevaient de la compétence fédérale, le juge Ritchie a examiné la nature de leur travail par rapport au service postal fédéral, ainsi que le degré de contrôle exercé par l'administration des postes sur leur travail. Après avoir fait remarquer que chaque employé engagé par la compagnie privée pour exécuter les contrats de distribution du courrier devait être jugé acceptable par un ou plusieurs fonctionnaires des postes canadiennes et qu'il devait se soumettre à la prestation du serment que l'administration des postes lui indiquait, le juge Ritchie a poursuivi en déclarant³¹:

Le Juge Maguire a poursuivi en décrivant les tâches exécutées par les employés de M & B Enterprises Ltd. pour le compte des postes canadiennes et a précisé que ces tâches comportaient la distribution et le tri du courrier, la garde des clefs permettant l'accès dans les bureaux de poste, et la perception des sommes d'argent dues sur les colis envoyés contre-remboursement. Le contrôle que l'administration des postes canadiennes exerce sur ces employés est davantage précisé dans l'alinéa suivant des motifs de M. le Juge Maguire:

[TRADUCTION] Chaque employé de la compagnie désigné comme «transporteur» est muni d'une carte d'identité fournie par l'administration des postes canadiennes et il est tenu de l'avoir constamment sur lui lorsqu'il est en service. En outre, l'administration des postes canadiennes fournit à chaque transporteur un livret, ou brochure, contenant des instructions ou règlements sur l'exécution de ses tâches.

À mon avis, le travail ainsi décrit qui est exécuté par ces employés est essentiel au fonctionnement du service postal et il est accompli sous la surveillance et le contrôle des fonctionnaires des postes canadiennes

Il existe en l'espèce des indices analogues de surveillance et de contrôle de la part du ministère des Pêches et des Océans (MPO) sur le travail des plaignants. À cet égard, l'arbitre a conclu que³²:

[TRADUCTION] Les activités quotidiennes des gardes-pêche sont coordonnées sur le terrain par des superviseurs de la B.D.S. en consultation avec des fonctionnaires du M.P.O. C'est le M.P.O. qui est chargé de l'affectation des gardes-pêche aux cours d'eau et du degré de surveillance. Si le M.P.O. ne désire pas qu'une surveillance soit exercée à l'égard d'un cours donné ou d'une partie de cours d'eau déterminée, il en informe la B.D.S. La B.D.S. se charge du recrutement du personnel, mais l'affectation des gardes-pêche à un cours d'eau déterminé relève du M.P.O. aux termes du marché. L'horaire d'affectation des gardes-pêche aux cours d'eau est établi chaque semaine par le M.P.O. en

collaboration avec des superviseurs de la B.D.S. La *Loi sur les pêches* oblige les gardes-pêche à prêter un serment.

The Adjudicator properly concluded that the work of the river guardians is essential to the enforcement of the provisions of the *Fisheries Act*, and that it is carried out under the supervision of the Department of Fisheries. That being so, the case at bar is fully analogous to the *Letter Carrier's Union* case, and the employee-employer relations in issue were correctly held by the Adjudicator to be under federal jurisdiction. Such a holding accords with the principle that "jurisdiction over labour matters depends on legislative authority over the operation, not over the person of the employer".³³

C'est à bon droit que l'arbitre a conclu que le travail des gardes-pêche est essentiel à l'application des dispositions de la *Loi sur les pêches* et que ce travail est exécuté sous la surveillance du ministère des Pêches. Puisqu'il en est ainsi, la présente affaire est tout à fait analogue à l'affaire *Union des facteurs*, et c'est à bon droit que l'arbitre a statué que les relations employeur-employé en litige relevaient de la compétence fédérale. Cette conclusion s'accorde avec le principe que «la compétence en matière de travail relève du pouvoir législatif sur l'exploitation, et non sur la personne de l'employeur»³³.

Was the Adjudicator correct in deciding that the respondents had completed twelve consecutive months of continuous employment with the applicant pursuant to subsection 240(1) of the *Canada Labour Code*?

L'arbitre a-t-il eu raison de décider que les intimés travaillaient sans interruption depuis au moins douze mois pour la requérante au sens du paragraphe 240(1) du *Code canadien du travail*?

The facts relevant to this issue are as follows:

Voici les faits pertinents à cette question:

—The complainants were employed as river guardians during the salmon angling season (usually ten to twelve weeks during the period of 15 June to 15 September) and when that season terminated, either resorted to unemployment insurance benefits or supplemented their annual income with some form of temporary work if work was available.³⁴

—Les plaignants travaillaient comme gardes-pêche au cours de la saison de pêche au saumon (qui durait habituellement de dix à douze semaines et qui avait lieu entre le 15 juin et le 15 septembre) et touchaient, une fois la saison terminée, des prestations d'assurance-chômage ou complétaient leur revenu annuel par un travail temporaire quelconque, si du travail était disponible³⁴.

—At the end of each angling season, BDS convened a meeting of all river guardians during which the guardians were given a performance evaluation relating to the season just ended. The meeting was followed by a dinner or barbecue, following which a BDS representative would wish the guardians good luck and express the hope of seeing them again next year.³⁵

—À la fin de chaque saison de pêche, la BDS convoquait tous les gardes-pêche pour leur remettre une évaluation de leur rendement pour la saison qui venait de se terminer. La rencontre était suivie d'un dîner ou d'un barbecue, à la suite de quoi un représentant de la BDS souhaitait bonne chance aux gardes-pêche et formulait l'espoir de les revoir l'année suivante³⁵.

—The record of employment completed by the company at the end of each season and filed with Employment and Immigration Canada indicates, for each of the complainants, that the reason for issuing that record was "shortage of work" and that the expected date of recall is "unknown". The record of employ-

—Le relevé d'emploi que la compagnie remplissait à la fin de chaque saison et qu'elle remettait à Emploi et Immigration Canada indiquait, pour chacun des plaignants, que la raison de la délivrance du relevé était le «manque de travail» et que la date prévue de rappel était «inconnue». Le relevé d'emploi renferme

ment contained the same information for each year the complainants were employed by BDS.³⁶

—All three complainants testified they understood and expected they would be recalled at the beginning of each angling season and the record shows that this was the case. The complainants never declined an offer of recall by BDS.³⁷

—Evidence indicated that the recall procedure for each successive season was the same at both DFO and BDS and appeared to be informal. The complainants were not required to complete an application for employment at the beginning of each season; in fact, the complainants did not at any time, file an application for employment with BDS but simply transferred from DFO to BDS in 1984.³⁸

—There was no written contract in place between BDS and the complainants.³⁹

—There is a contract between the applicant BDS and the Department of Supplies and Services (DSS). In the words of the Adjudicator:⁴⁰

The contract is basically for a one year period (one season) but has an option provision whereby DSS may continue the agreement for successive years. These options were exercised each of the years since 1988 which was the first year such a provision was contained in the agreement. When Government exercises the option provisions they do not go to tender and the contract remains with B.D.S. Notwithstanding the option provisions the Company cannot count on more than a one year (season) contract and therefore, they cannot make employment commitments to River Guardians beyond any particular season.

The requirement of paragraph 240(1)(a) of the *Canada Labour Code* that the claimant have twelve consecutive months of continuous employment with the employer is described in the following excerpt from *Employment Law in Canada*⁴¹ (footnotes omitted):

The requirement that the claimant must have “twelve consecutive months of continuous employment” with his/her employer reflects three concerns: (1) to reduce the heavy caseload that would otherwise likely exist; (2) to provide a

les mêmes renseignements pour chacune des années où les plaignants ont travaillé pour la BDS³⁶.

—Les plaignants ont tous les trois témoigné qu'ils croyaient comprendre qu'ils seraient rappelés au travail à l'ouverture de chaque saison de pêche et qu'ils s'attendaient à être rappelés, et le dossier indique que c'est effectivement ce qui s'est produit. Les plaignants n'ont jamais refusé une offre de rappel au travail faite par la BDS³⁷.

—Il ressort de la preuve que la procédure de rappel au travail qui a été suivie pour chaque saison successive était la même tant au MPO qu'à la BDS et qu'elle semblait informelle. Les plaignants n'étaient pas tenus de remplir une demande d'emploi au début de chaque saison; en fait, les plaignants n'ont jamais rempli de demande d'emploi à la BDS, mais ont simplement été transférés du MPO à la BDS en 1984³⁸.

—Il n'y avait aucun contrat écrit entre la BDS et les plaignants³⁹.

—Il existe un contrat entre la requérante BDS et le ministère des Approvisionnements et Services (MAS). Pour reprendre les propos de l'arbitre⁴⁰:

[TRADUCTION] Le contrat est essentiellement d'une durée d'un an (une saison), mais renferme une option de renouvellement que le MAS peut lever d'année en année. Le MAS a levé cette option chaque année à partir de 1988, la première année où cette disposition a été incluse dans le contrat. Lorsque l'Administration se prévaut des dispositions relatives à l'option de renouvellement, elle ne lance pas d'appel d'offres et la B.D.S. conserve le marché. Malgré les dispositions relatives à l'option de renouvellement, la compagnie ne peut compter sur plus d'un contrat d'un an (d'une saison) et elle ne peut donc pas assurer aux gardes-pêche un emploi pour plus d'une saison.

Voici en quels termes l'obligation que fait l'alinéa 240(1)a) du *Code canadien du travail* au plaignant d'avoir travaillé sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur est décrite dans l'extrait suivant de l'ouvrage *Employment Law in Canada* (renvois omis)⁴¹:

[TRADUCTION] L'obligation faite au plaignant d'avoir travaillé «sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur» témoigne de trois préoccupations: (1) réduire le nombre élevé de dossiers qui, autrement, existerait

rough and ready “probationary” period enabling the employer to assess the employee’s capability; and (3) to parallel the “job property” rationale of seniority as it is commonly understood under collective agreements.

The Code, with few exceptions, does not specify which events will rupture “continuous” employment, unlike most collective agreements.

...

it has largely fallen to adjudicators to develop a jurisprudence on the matter.

The approach of most adjudicators is to ask whether the parties to the employment contract expressly or impliedly intend their contractual nexus to persist throughout the interrupting event, so that it can be said that the contract is suspended during that time. The existence of such an intent must be gleaned from all the circumstances of the relationship. For example, seasonal workers who are laid off for the winter and resume work each spring have successfully argued that lay-off does not rupture continuity of employment where there is a “consistent employment pattern” of re-engagement each year and the employer continues to act as though the worker will be re-engaged, for instance by writing “lay-off” instead of “termination” on the U.I.C. separation form, or by continuing the worker’s fringe benefit coverage over the lay-off. On the other hand, the pattern will be broken if either party does something to demonstrate that it intends to bring the contract to an end, as where the employee takes permanent employment elsewhere so that he/she can be said to have resigned. Similarly, where the employee’s recall from seasonal lay-off depends on the employer funding the job by winning a tender competition, it has been held that continuity is interrupted because the employer could not fairly be said to intend to guarantee recall under such circumstances. Rather, the employee is hired under a series of fixed-term contracts that expire at the end of each season with the termination of each funding contract. [Emphasis is mine.]

The applicant alleges that the complainants did not meet the requirement of twelve consecutive months of continuous employment,⁴² and relies primarily on *Linda Webb and David Webb v. R.A. Howard Bus Service Limited*, a decision of Adjudicator Willes under the *Canada Labour Code*.⁴³ In this decision, the

probablement; (2) fournir à l’employeur une période «d’essai» approximative qui lui permet d’évaluer les capacités de l’employé; (3) faire écho au principe de base de l’ancienneté qui est consacré par la plupart des conventions collectives, à savoir le «droit de propriété de l’employé sur son emploi».

a

À la différence de la plupart des conventions collectives, le Code ne précise pas, à quelques exceptions près, quels événements constituent une «interruption» d’emploi.

b

...

c’est en grande partie aux arbitres qu’il est revenu d’élaborer une jurisprudence sur cette question.

c

La façon de procéder que suivent la plupart des arbitres consiste à se demander si les parties au contrat de travail ont expressément ou tacitement exprimé la volonté que leur lien contractuel subsiste à l’interruption, de sorte qu’on puisse dire que le contrat est simplement suspendu pendant cette période. L’existence de cette volonté doit être dégagée de toutes les circonstances entourant la relation. Ainsi, les travailleurs saisonniers qui sont mis à pied pour l’hiver et qui reprennent le travail chaque printemps ont fait valoir avec succès que leur mise à pied ne constitue pas une interruption lorsqu’ils font l’objet d’un «cycle de travail constant» suivant lequel ils sont «systématiquement réembauchés» chaque année et que l’employeur continue à agir comme si le travailleur sera réembauché, par exemple en inscrivant «mise à pied» plutôt que «cessation d’emploi» sur le certificat de cessation d’emploi de la Commission de l’assurance-chômage, ou en conservant au travailleur ses avantages sociaux pendant la durée de sa mise à pied. En revanche, il y a interruption si l’une ou l’autre partie fait quelque chose pour démontrer qu’elle a l’intention de mettre fin au contrat, comme, par exemple, lorsque l’employé élit domicile de façon permanente ailleurs de sorte qu’on puisse dire qu’il a remis sa démission. De même, lorsque le rappel du travailleur saisonnier mis à pied dépend de la possibilité pour l’employeur de trouver des fonds pour payer son salaire grâce à l’obtention d’un marché à la suite d’un appel d’offres, il a été jugé qu’il y a interruption parce qu’on ne peut pas dire en toute justice que l’employeur avait l’intention de garantir le rappel dans ces conditions. Dans ce cas, l’employé est plutôt engagé aux termes d’une série de contrats à durée déterminée qui expirent à la fin de chaque saison au même moment que le marché obtenu. [Non souligné dans l’original.]

i

La requérante affirme que les plaignants ne satisfont pas au critère du travail ininterrompu de douze mois⁴², et elle se fonde principalement sur la décision *Linda Webb and David Webb v. R.A. Howard Bus Service Limited*, une décision rendue par l’arbitre Willes sous le régime du *Code canadien du travail*.⁴³ Dans cette

j

adjudicator found that the lay-off of the complainant had effectively severed the employment relationship:⁴⁴

In the complainant's case, the work ceased because both the employer's contract with the School Board and the contract with the complainant came to an end. Apart from a few charters over the summer months, no work existed for the employee to perform, and the prospect of future work was dependent upon (1) the employer's decision to bid on school bus contracts for the next school year, and (2) the whim of the School Board in awarding such contracts.

From the evidence before me, no representations were made by the employer that the complainant would be offered or was assured of employment beyond the ten month term of each contract. The employment relationships were simply established over the years on a contract by contract basis, with the employer offering a new contract each September because the employer had successfully acquired a contract to provide school bus service. Presumably the employer wished to re-engage the particular employee, but to my mind, the relationship had ended the previous June, and the employer had no legal obligation to make such an offer to the complainant, since the relationship between the parties had ended when the previous contract terminated.

Adjudicator Willes then considered the decision of the Federal Court of Appeal in *Eskasoni School Board et al. v. MacIsaac et al.*⁴⁵ In *Eskasoni*, the complainants MacIsaac et al. had signed a written contract with the school board as teachers for the 1981-1982 year. The contract had been renewed another year, but in May 1983, they were notified that the contract would not be renewed. An adjudicator found that this constituted unjust dismissal under section 61.5 [R.S.C. 1970, c. L-1] of the *Canada Labour Code* (now sections 240 to 242). On judicial review of this decision, the Federal Court of Appeal held that "dismissal" could not include the failure of an employer to renew a contract for a fixed term of employment. Section 61.5 did not mean "that the employer and the employee cannot so arrange their relationship that there be no dismissal and, for that reason, no occasion for section 61.5 to apply".⁴⁶ Adjudicator Willes concluded that:⁴⁷

décision, l'arbitre a conclu que la mise à pied du plaignant avait effectivement rompu les relations employeur-employé⁴⁴:

[TRADUCTION] Dans le cas du plaignant, le travail a cessé parce que tant le contrat que l'employeur avait conclu avec le conseil scolaire que le contrat qu'il avait signé avec le plaignant ont pris fin. Hormis les quelques voyages nolisés qu'il a effectués au cours de l'été, l'employé n'avait aucun travail à faire, et les possibilités de travail futur dépendaient (1) de la décision de l'employeur de présenter une soumission relativement aux contrats de transport des écoliers pour l'année scolaire suivante; (2) du caprice du conseil scolaire en ce qui concerne l'adjudication de ces contrats.

Il ressort des éléments de preuve qui ont été portés à ma connaissance que l'employeur n'a jamais déclaré au plaignant qu'il lui offrirait ou lui garantirait du travail à l'expiration de la période de dix mois de chaque contrat. Les relations de travail s'établissaient simplement d'année en année au fil des contrats, alors que l'employeur offrait au plaignant un nouveau contrat chaque année, en septembre, parce qu'il avait réussi à obtenir un marché pour la fourniture du transport des écoliers. L'employeur désirait vraisemblablement réengager cet employé précis, mais, à mon sens, leurs relations avaient pris fin au cours du mois de juin précédent, et l'employeur n'était pas légalement tenu de faire une telle offre au plaignant, étant donné que les relations qui existaient entre eux avaient pris fin à l'expiration du contrat précédent.

L'arbitre Willes a ensuite examiné l'arrêt *Conseil scolaire d'Eskasoni et al. c. MacIsaac et al.*⁴⁵ de la Cour d'appel fédérale. Dans l'affaire *Eskasoni*, les plaignants, dont M. MacIsaac faisait partie, avaient signé avec le conseil scolaire un contrat écrit d'enseignement pour l'année 1981-1982. Le contrat avait été reconduit une année de plus, mais en mai 1983, ils ont été avisés que leur contrat ne serait pas renouvelé. L'arbitre a conclu que cette décision constituait un congédiement injuste au sens de l'article 61.5 [S.R.C. 1970, ch. L-1] du *Code canadien du travail* (maintenant les articles 240 à 242). Saisie d'une demande de contrôle judiciaire de cette décision, la Cour d'appel fédérale a statué que le défaut de l'employeur de reconduire le contrat pour une durée d'emploi déterminée ne pouvait pas être assimilé à un «congédiement». L'article 61.5 ne signifiait pas «que l'employeur et l'employé ne peuvent régler leurs obligations respectives de façon qu'il n'y ait pas de congédiement et que,

Having regard for the decision of the Federal Court of Appeal in the *Eskasoni* case, and the evidence before me, I have no difficulty in reaching the conclusion that I lack jurisdiction under s. 61.5 of the Canada Labour Code to deal with the complaint of Linda Webb.

In the case at bar, the Adjudicator rejected the arguments of the applicant and adopted the following arguments advanced by counsel for the complainants.

Firstly, the *Eskasoni* decision could be distinguished, because it related to a written contract of employment with a fixed term of one year. In the case at bar, there was no written contract of employment between the complainants and the applicant. Similarly, the *Howard Bus Service* decision, which dealt with a ten-month contract of employment, could be distinguished for this reason. In addition, because there was no written employment contract between the parties, the employment should be presumed to be for an indefinite period of time. Support for this proposition, counsel for the complainants advanced, was found in the decision of the Supreme Court of Canada in *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*⁴⁸ In *Machtinger*, the Court determined that persons employed under a contract of employment for an indefinite period could only be dismissed without cause if they were given reasonable notice, unless the contract of employment expressly or impliedly specified some other notice period. In coming to this conclusion, Iacobucci J. found support from a variety of sources:⁴⁹

This is the approach taken by Freedland [*The Contract of Employment* (1976)], *supra*, who states that, "the pattern of contract now generally accepted and applied by the courts in the absence of evidence to the contrary is one of employment for an indefinite period terminable by either party upon reasonable notice, but only upon reasonable notice" (p.153). The same approach was adopted by the Ontario Court of Appeal in *Prozak v. Bell Telephone Co. of Canada* (1984), 46 O.R. (2d) 385. Writing for the court, Goodman J.A. noted at p. 399 that, "if a contract of employment makes no express or specifically implied provision for its duration or termination, there is likely to be implied at

pour ce motif, l'application de l'article 61.5 soit écartée»⁴⁶. L'arbitre Willes a conclu en disant⁴⁷:

[TRADUCTION] Compte tenu de l'arrêt *Eskasoni* de la Cour d'appel fédérale et des éléments de preuve qui ont été portés à ma connaissance, je n'ai aucune difficulté à conclure que je n'ai pas compétence en vertu de l'art. 61.5 du Code canadien du travail pour statuer sur la plainte de M^{me} Linda Webb.

En l'espèce, l'arbitre a rejeté les moyens invoqués par la requérante et a retenu les arguments suivants que l'avocat des plaignants a fait valoir.

En premier lieu, l'avocat des plaignants affirmait qu'on pouvait établir une distinction entre la présente espèce et l'affaire *Eskasoni*, parce que celle-ci portait sur un contrat de travail écrit d'une durée déterminée d'un an. En l'espèce, il n'y avait pas de contrat de travail écrit entre les plaignants et la requérante. Il a ajouté qu'on pouvait établir pour la même raison une distinction entre la présente espèce et l'affaire *Howard Bus Service*, qui portait sur un contrat de travail d'une durée de dix mois. Qui plus est, parce qu'il n'y avait pas de contrat de travail écrit entre les parties, il y avait lieu, selon l'avocat des plaignants, de présumer que l'emploi était pour une période de temps indéterminée. L'avocat des plaignants a affirmé que cette proposition est appuyée par l'arrêt *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*⁴⁸ de la Cour suprême du Canada. Dans l'arrêt *Machtinger*, la Cour a décidé que les personnes engagées aux termes d'un contrat de travail pour une période indéterminée ne peuvent être congédiées sans motif que si on leur remet un préavis raisonnable, à moins que le contrat de travail ne prévoie expressément ou implicitement une autre période de préavis. Pour en venir à cette conclusion, le juge Iacobucci s'est appuyé sur diverses sources⁴⁹:

Tel est le point de vue adopté par Freedland [*The Contract of Employment* (1976)], *op. cit.*, qui affirme que [TRADUCTION] «le contrat type généralement accepté et appliqué par les tribunaux de nos jours en l'absence d'une preuve contraire est celui qui prévoit un emploi d'une durée indéterminée et qui est résiliable par l'une ou l'autre partie sur préavis raisonnable, mais seulement sur préavis raisonnable» (p. 153). C'est le point de vue qu'a adopté également la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Prozak c. Bell Telephone Co. of Canada* (1984), 46 O.R. (2d) 385. Au nom de la cour, le juge Goodman a noté, à la p. 399, que [TRADUCTION] «si un contrat de travail ne contient pas de

common law a presumption that the contract is for an indefinite period and terminable by a reasonable notice given by either party . . .". Basically, this is also the approach taken by I. Christie, in *Employment Law in Canada* (1980), at p. 347.

The second argument advanced by the complainants and apparently accepted by the Adjudicator was grounded in an analysis of the wording of paragraph 240(1)(a) of the *Canada Labour Code*. Paragraph 240(1)(a) requires the person to have completed twelve months of continuous "employment", not of continuous "work". Thus, the intention of Parliament revealed by this choice of words was to allow persons with twelve months of "continuous employment relationship" with an employer to make a complaint. The Adjudicator held that the evidence showed that the complainants had established a "pattern of seasonal employment" over several years. The Adjudicator gave a significant amount of weight to this conclusion:

I have no doubt Sec. 240(1)(a) of C.L.C. was framed the way it is for good reason, to preclude frivolous complaints by itinerant workers who do not have a continuous employment relationship with an employer. We heard evidence from a River Guardian who has worked for 43 seasons under the same seasonal pattern as the three complainants before me, and that is not an isolated case. If we accept the line of argument advanced by Counsel for the employer, that Guardian could not qualify to lay a complaint under the Code, if he was unjustly dismissed, because he would not meet the twelve month rule. To hold that such a person does not have a continuous employment relationship with "an" employer as envisaged by Sec. 240(1)(a) of the Code would, I believe, be absurd. The situation is no different with the complainants, except for a lesser number of years.

At first blush, an examination of the French text of paragraph 240(1)(a) sheds considerable light on the interpretation to be given to the twelve-month rule. Subsection 240(1) states:

240. (1) *Sous réserve des paragraphes (2) et 242(3.1), toute personne qui se croit injustement congédiée peut déposer une plainte écrite auprès d'un inspecteur si:*

stipulation expresse ou manifestement implicite quant à sa durée ou à sa résiliation, il sera probablement présumé en common law être d'une durée indéterminée et résiliable par l'une ou l'autre partie sur préavis raisonnable . . .» C'est essentiellement l'opinion exprimée également par I. Christie dans *Employment Law in Canada* (1980), à la p. 347.

Le second moyen que les plaignants ont fait valoir et que l'arbitre a vraisemblablement jugé bien fondé reposait sur une analyse du libellé de l'alinéa 240(1)(a) du *Code canadien du travail*. Dans la version anglaise de l'alinéa 240(1)(a), le législateur emploie le mot «*employment*» (emploi) et non le terme «*work*» (travail) pour énoncer l'obligation qu'il impose à l'intéressé d'avoir travaillé sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur. Ainsi donc, l'intention du législateur que révèle ce choix de mots était de permettre aux personnes qui ont des «relations de travail continues» de douze mois avec le même employeur de déposer une plainte. L'arbitre a statué que la preuve démontrait que les plaignants avaient établi un «cycle de travail saisonnier» au fil des ans. L'arbitre a accordé une grande importance à cette conclusion:

[TRADUCTION] Je ne doute pas que l'alinéa 240(1)(a) du *Code canadien du travail* ait été libellé comme il l'est pour une bonne raison, c'est-à-dire pour empêcher les plaintes frivoles de la part de travailleurs itinérants qui n'ont pas des relations de travail continues avec le même employeur. Nous avons entendu le témoignage d'un garde-pêche qui a travaillé pendant 43 saisons selon le même cycle de travail saisonnier que les trois plaignants visés en l'espèce, et ce n'est pas un cas isolé. Si nous acceptons le raisonnement formulé par l'avocat de l'employeur, le garde-pêche ne serait pas admissible à déposer une plainte en vertu du Code s'il était congédié injustement, parce qu'il ne satisferait pas à la règle des douze mois. Il serait, à mon sens, absurde de statuer qu'une telle personne n'a pas des relations de travail continues avec «le même» employeur au sens de l'alinéa 240(1)(a) du Code. La situation des plaignants est semblable, à cette différence près qu'ils travaillent depuis un moins grand nombre d'années.

De prime abord, un examen du texte français de l'alinéa 240(1)(a) nous éclaire considérablement sur l'interprétation à donner de la règle des douze mois. Le paragraphe 240(1) dispose en effet:

240. (1) *Sous réserve des paragraphes (2) et 242(3.1), toute personne qui se croit injustement congédiée peut déposer une plainte écrite auprès d'un inspecteur si:*

(a) d'une part, elle travaille sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur;

(b) d'autre part, elle ne fait pas partie d'un groupe d'employés régis par une convention collective.

The use of the verb "travailler" (to work) leaves little room for the claim that paragraph 240(1)(a) could relate to "employment relationships" of a duration of twelve months. In fact, the French text of paragraph 240(1)(a) does require the person to have "completed" twelve months of uninterrupted work. The plain language meaning of the French text of paragraph 240(1)(a) significantly undermines the interpretation advanced by the respondents.

How then must paragraph 240(1)(a) be interpreted? The principles of interpretation of bilingual legislation are reviewed in *Driedger on the Construction of Statutes*:⁵⁰

The basic rule governing the interpretation of bilingual legislation is known as the shared or common meaning rule. Where the two versions of bilingual legislation do not say the same thing, the meaning that is shared by both ought to be adopted unless this meaning is for some reason unacceptable.

Thus, if the words in the English text are uncertain in scope and may have several meanings while the French text can bear only one of these meanings, this meaning is the shared meaning and is presumed to be the true meaning in the absence of any reasons to reject it.⁵¹ The shared meaning rule was followed by the Federal Court of Appeal in *Deltonic Trading Corp. v. Minister of National Revenue (Customs and Excise)*⁵² and very recently in *Canada (Attorney-General) v. Jouan*.⁵³ The shared meaning rule may be rejected if it leads to unacceptable results such as the introduction of a clear contradiction or repugnancy between the interpreted provision and other parts of the statute⁵⁴ or if it leads to an interpretation which is contrary to the true intent of the legislation.⁵⁵ In the case at hand, it cannot be said that the shared meaning leads to an unacceptable result or that it leads to repugnancy or that it leads to a result which is contrary to the true intent. Indeed, what the shared meaning provides is a degree of precision which the English text does not bear when looked upon in

a) d'une part, elle travaille sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur;

b) d'autre part, elle ne fait pas partie d'un groupe d'employés régis par une convention collective.

^a L'emploi du verbe «travailler» affaiblit considérablement l'argument que l'alinéa 240(1)(a) pourrait se rapporter à des «relations de travail» d'une durée de douze mois. En fait, le texte français de l'alinéa 240(1)(a) exige bel et bien que l'intéressé ait travaillé «sans interruption» depuis au moins douze mois. Le sens clair du texte français de l'alinéa 240(1)(a) ébranle sérieusement l'interprétation proposée par les intimés.

^d Comment doit-on donc interpréter l'alinéa 240(1)(a)? Dans son ouvrage *Driedger on the Construction of Statutes* examine les principes d'interprétation des textes de loi bilingues⁵⁰:

[TRADUCTION] Le principe de base qui régit l'interprétation des textes de loi bilingues est connu sous le nom de principe du «sens commun». Lorsque les deux versions d'un texte de loi bilingue ne disent pas la même chose, le tribunal doit retenir le sens qui est commun aux deux versions, à moins que le sens commun ainsi dégagé ne soit, pour une raison quelconque, inacceptable.

^f Ainsi donc, si les termes du texte anglais ont une portée incertaine et qu'ils se prêtent à plusieurs sens, tandis que le texte français ne peut recevoir qu'un seul de ces sens, celui-ci est considéré comme le sens commun aux deux versions et est présumé en être le véritable sens s'il n'existe pas de raison de l'écarter⁵¹. Le principe du sens commun a été suivi par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Deltonic Trading Corp. c. Ministre du Revenu national (Douanes et Accise)*⁵² et, très récemment, dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Jouan*⁵³. Le principe du sens commun peut être écarté s'il conduit à des résultats inacceptables, comme par exemple s'il introduit une contradiction ou une incompatibilité manifeste entre la disposition interprétée et d'autres parties de la loi⁵⁴ ou s'il conduit à une interprétation qui est contraire à la véritable intention du législateur⁵⁵. Dans le cas qui nous occupe, on ne saurait dire que le sens commun aux deux versions conduit à un résultat inacceptable, à une incompatibilité ou à un résultat qui est contraire à la véritable intention du législateur. En fait, la recherche

isolation, and which results in a clearer and more precise expression of legislative intent.

Applying the shared meaning in the case at hand, it would seem clear that it was not open to the Adjudicator to conclude that the respondents had been working without interruption for the past twelve months as the French text of subsection 240(1) contemplates.

However, I note that when the unjust dismissal provision was first added to the *Canada Labour Code* in 1978,⁵⁶ the French text of paragraph 61.5(1)(a) then read:

61.5 (1) *Sous réserve des paragraphes (2) et (3), une personne*

a) qui a terminé douze mois consécutifs d'emploi continu au service d'un employeur . . .

This is much closer to the English text of paragraph 61.5(1)(a) at least in so far as the meaning that can be attributed to it. The English text of paragraph 61.5(1)(a) is identical to that found in present paragraph 240(1)(a). In 1984, the French text of paragraph 61.5(1)(a), appearing as paragraph 240(1)(a) in the revised statutes, was changed to its present wording, while the English text of paragraph 61.5(1)(a) survived the revision unchanged.⁵⁷

The revision of the French text was seemingly made by the Revision Commission under the authority of the *Statute Revision Act*, S.C. 1974-75-76, c. 20. Of relevance to the issue at hand are paragraphs 6(e) and (f) of that Act which provide the Revision Commission with the following limited powers:

6. . . .

(e) make such alterations in the language of the statutes as may be required to preserve a uniform mode of expression, without changing the substance of any enactment;

(f) make such minor improvements in the language of the statutes as may be required to bring out more clearly the intention of Parliament, or make the form of expression of

du sens commun permet d'obtenir un degré de précision qui ne ressort pas du texte anglais lorsqu'on prend celui-ci isolément, et elle conduit à une expression plus nette et plus précise de l'intention du législateur.

a

Si l'on applique le principe du sens commun au cas qui nous occupe, il semblerait évident qu'il n'était pas loisible à l'arbitre de conclure que les intimés travaillaient sans interruption au cours des douze derniers mois pour le même employeur au sens de la version française du paragraphe 240(1).

b

Je constate toutefois que, lorsque la disposition relative au congédiement injuste a été pour la première fois insérée dans le *Code canadien du travail* en 1978⁵⁶, la version française de l'alinéa 61.5(1)a) était ainsi libellée:

c

61.5 (1) *Sous réserve des paragraphes (2) et (3), une personne*

d

a) qui a terminé douze mois consécutifs d'emploi continu au service d'un employeur . . .

e

Ce libellé se rapproche beaucoup plus du texte anglais de l'alinéa 61.5(1)a), du moins en ce qui concerne le sens qu'on peut lui attribuer. La version anglaise de l'alinéa 61.5(1)a) est identique à celle que l'on trouve à l'alinéa 240(1)a) actuel. En 1984, la version française de l'alinéa 61.5(1)a), qui est devenu l'alinéa 240(1)a) dans les lois révisées, a été remplacée par le libellé actuel, tandis que la version anglaise de l'alinéa 61.5(1)a) est demeurée inchangée⁵⁷.

g

Il semble que la révision du texte français ait été faite par la Commission de révision des lois en vertu de la *Loi sur la révision des lois*, S.C. 1974-75-76, ch. 20. Les alinéas 6e) et 6f) de cette Loi, qui confèrent les pouvoirs limités suivants à la Commission, sont pertinents à la question qui nous occupe:

i

6. . . .

e) apporter à la forme des lois les changements nécessaires à l'uniformité de l'ensemble, sans en modifier le fond;

f) apporter à la forme des lois les améliorations mineures nécessaires pour mieux exprimer l'intention du Parlement ou pour harmoniser la formulation d'une loi dans l'une

j

the statute in one of the official languages more compatible with its expression in the other official language, without changing the substance of any enactment. [Emphasis is mine.]

des langues officielles avec sa formulation dans l'autre langue officielle, sans en modifier le fond. [Non souligné dans l'original.]

An issue therefore arises as to whether the revised French text of subsection 240(1) changes the substance of the prior enactment. To the extent that it does, the Revision Commission may have overstepped the boundaries of its legislative authority in the revision which it brought to the provision. Indeed, I question whether the verb "travailler" would have been used in the French revision if the Commission had been aware of the case law developed by adjudicators which discarded the actual performance of work as a prerequisite to the application of subsection 240(1). Having raised the question I have no means of answering it otherwise than by pursuing my analysis on the basis of the language reflected by the English text of subsection 240(1).

a Il y a donc lieu de se demander si le texte français révisé du paragraphe 240(1) modifie le fond du texte de loi antérieur. Dans l'affirmative, il se peut que la Commission de révision ait débordé le cadre de ses pouvoirs législatifs en révisant la disposition en question. D'ailleurs, je me demande si le verbe «travailler» aurait été employé lors de la révision de la version française si la Commission avait été au courant de la jurisprudence par laquelle les arbitres ont écarté l'exécution effective d'un travail comme condition préalable à l'application du paragraphe 240(1). Ayant soulevé la question, la seule façon d'y répondre consiste à poursuivre l'analyse en fonction du libellé qui se trouve dans la version anglaise du paragraphe 240(1).*

* Note du traducteur—Étant donné que le juge se fonde sur le texte anglais et que le texte français est écarté, les citations renverront au texte français tel qu'il existait avant la modification.

The concept of a continuous employment relationship in the context of the interpretation of paragraph 61.5(1)(a) (now paragraph 240(1)(a)) first appeared in the decision of the Federal Court of Appeal in *Pioneer Grain Co. Ltd. v. Kraus*.⁵⁸ The complainant in *Pioneer Grain*, a construction worker, was temporarily laid off for a brief period each year. The actual period during the year in question was between December 21 and January 7. On judicial review from the adjudicator's decision to dismiss the employer's preliminary objection that Mr. Kraus had not satisfied the twelve-month rule, Thurlow C.J. stated:⁵⁹

Le concept de la continuité des relations de travail dans le contexte de l'interprétation de l'alinéa 61.5(1)a) (maintenant l'alinéa 240(1)a)) est apparu pour la première fois dans l'arrêt *Pioneer Grain Co. Ltd. c. Kraus* de la Cour d'appel fédérale⁵⁸. Dans l'affaire *Pioneer Grain*, le plaignant, un travailleur de la construction, était mis à pied temporairement chaque année pour une brève période. Pour l'année en question, cette période était celle du 21 décembre au 7 janvier. Saisi d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'arbitre avait rejeté l'exception préliminaire soulevée par l'employeur au motif que M. Kraus ne satisfaisait pas à la règle des douze mois, le juge en chef Thurlow a déclaré⁵⁹:

Nowhere is there any indication of the relationship between the employer and the employee during the period covered by what is referred to as "cold weather lay off". The most telling evidence before the Court of the situation is the applicant's statement in its letter of May 12, 1980 that Kraus was "laid off work" from December 21, 1979 to January 7, 1980. This is at least consistent with the continuance of the employment relationship during the period and suggests that the arrangement was that work was to be resumed by the employee when the period came to an end.

Les conditions de l'emploi ne sont stipulées nulle part. La relation qui existe entre l'employeur et le salarié au cours de la période ainsi appelée «mise à pied hivernale» n'est pareillement stipulée nulle part. La preuve la plus révélatrice dont dispose la Cour à cet égard est la déclaration de la requérante dans sa lettre du 12 mai 1980 où il est dit que Kraus a été «mis à pied» du 21 décembre 1979 au 7 janvier 1980. Cela pour le moins est compatible avec le maintien de l'emploi au cours de la période et sous-entend que l'arrangement était que l'employé devrait reprendre le

Nothing in what is related in the decision is inconsistent with such a conclusion. Moreover, it is not described as a lay off because of lack of work or the discontinuance of a function. See subsection 61.5(3) [now s. 240(3)].

In these circumstances, I am not persuaded either that the employment relationship did not continue during the period when Kraus was "laid off work" or that the Adjudicator's conclusion that the employment of Kraus must be regarded as "continuous" within the legislation, was erroneous. The applicant's objection, therefore, fails.

This decision has been relied on by a growing number of adjudicators for the principle that if an "employment relationship" lasting over twelve months is established between the complainant and his/her employer, the requirement set out in paragraph 240(1)(a) of the *Canada Labour Code* is satisfied.

In *Pierre Mongrain v. Pelee Island Transportation*,⁶⁰ the complainant was employed by a ferry operator during the period of April to mid-December. Between December and April, ice conditions prevented operation of the ferry. The adjudicator found that the employment contract was for an indeterminate period of time and not for a specific term.⁶¹

It might be argued that the contract was issued for the maritime season which was determinable upon the occurrence of a suspensive condition, namely the impossibility of navigation due to ice. But this argument is not overly persuasive given the practice of generally recalling employees whose performance has been deemed acceptable during the previous season and which has seen a number of them remain throughout the years in the employ of the Respondent's maritime ferry service and rise through the ranks. [Emphasis is mine.]

The adjudicator found that the complainant "was given to understand that he would be called back to work following the completion of his initial season". As in the case at bar, the complainant's record of employment indicated that it had been issued for "shortage of work", and the expected date of recall was "unknown". The adjudicator concluded that these facts implied that the employment relationship was not deemed to be severed by the employer, and that "there had simply been an interruption of the work function".⁶² Were the contrary true, the adjudicator rea-

travail au terme de la période. Rien de ce que l'on rapporte de la décision n'est incompatible avec une telle conclusion. De plus, on ne dit pas que cette mise à pied fut causée par le manque de travail ou la cessation d'une fonction. Voir le paragraphe 61.5(3) [maintenant par. 240(3)].

^a Dans ces circonstances, je ne suis convaincu ni que l'emploi ne s'est pas poursuivi au cours de la période pendant laquelle Kraus était «mis à pied» ni que la conclusion de l'arbitre, que l'emploi de Kraus doit être considéré comme «continu» aux termes de la loi, était erronée.
^b L'opposition de la requérante est donc rejetée.

Un nombre croissant d'arbitres ont invoqué cette décision pour appuyer le principe que la condition énoncée à l'alinéa 240(1)a) du *Code canadien du travail* est remplie si on fait la preuve de l'existence de «relations de travail» qui durent depuis au moins douze mois entre le plaignant et son employeur.

^d Dans l'affaire *Pierre Mongrain v. Pelee Island Transportation*⁶⁰, le plaignant travaillait pour une compagnie qui exploitait un traversier au cours de la période d'avril à la mi-décembre. Entre les mois de décembre et d'avril, les glaces empêchaient l'exploitation du traversier. L'arbitre a conclu que le contrat de travail était pour une période de temps indéterminée et non pour une durée précise⁶¹:

[TRADUCTION] On pourrait soutenir que le contrat a été conclu pour la durée de la saison de navigation maritime, et qu'il était résiliable à la réalisation d'une condition suspensive, à savoir l'impossibilité de pratiquer la navigation en raison des glaces. Mais cet argument n'est pas très convaincant, compte tenu de la coutume de rappeler au travail les employés dont le rendement a été jugé acceptable au cours de la saison précédente, et compte tenu du fait que plusieurs d'entre eux sont demeurés au fil des ans au service de la société de transbordeurs maritimes de l'intimée et en ont gravi les échelons. [Non souligné dans l'original.]

^h L'arbitre a conclu que [TRADUCTION] «on a laissé entendre au plaignant qu'il serait rappelé au travail après sa saison initiale». Tout comme en l'espèce, le relevé d'emploi du plaignant indiquait que la raison de la délivrance du relevé d'emploi était le «manque de travail» et que la date de rappel prévue était «inconnue». L'arbitre a conclu que ces faits impliquaient qu'on ne pouvait présumer que l'employeur avait rompu les relations de travail, et que [TRADUCTION] «il y avait simplement eu une interruption dans l'exécution du travail»⁶². L'arbitre a poursuivi en

soned, the employer could have specified on Mongrain's record of employment that the employee was not returning, and that the reason for the issue of the record was that the "contract had ended". Another fact inconsistent with the employer's characterization of the employment as a series of contracts (of a duration shorter than twelve months) was that the employer sent a letter to the complainant in January 1983 stating that he was no longer required and could find work elsewhere. The adjudicator reasoned that such a letter would have been unnecessary had the terms of employment been governed by a limited term contract.

After reviewing the facts of the *Pioneer Grain* case and the decision of the Federal Court, the adjudicator concluded:⁶³

In the present instance, although the duration of the interruption of the employment was more lengthy, it represented a consistent employment pattern and in the result, I am of the opinion that Mr. Mongrain's status as an employee was not discontinued during the lay-off of the 1981-82 winter season and that the employer-employee relationship was not terminated until he was definitively advised of same by letter

In *Re Beaudril v. Preignitz*, Adjudicator J. W. Samuels explained the meaning of "continuous employment" under paragraph 61.5(1)(a) (now paragraph 240(1)(a)):⁶⁴

What does "continuous employment" mean in the context of section 61.5(1)(a)?

In my view, such legislation should be interpreted [sic] and applied in light of its apparent purpose. The purpose of section 61.5(1)(a) is to ensure that there is a sufficiently long relationship between an employer and employee before the employee has the right to complain about unjust dismissal. It is the length and nature of the relationship which is important, not the active work period. [Emphasis is mine.]

Adjudicator Samuels determined from various facts that an on-going employment relationship had existed between the complainant, a fourth engineer on an offshore supply and anchor handling vessel, and his employer from 1983 through to the complainant's

expliquant que, si le contraire avait été vrai, l'employeur aurait pu préciser sur le relevé d'emploi de Mongrain que celui-ci ne reviendrait pas et que la raison de la délivrance du relevé était que [TRADUCTION] «le contrat avait pris fin». Un autre fait qui contredisait la thèse de l'employeur—qui qualifiait l'emploi de série de contrats (d'une durée moindre que douze mois)—était que l'employeur avait envoyé en janvier 1983 au plaignant une lettre dans laquelle il l'informait qu'il n'avait plus besoin de lui et qu'il pouvait se chercher du travail ailleurs. L'arbitre a estimé qu'une telle lettre aurait été inutile si les conditions d'emploi avaient été régies par un contrat d'une durée limitée.

Après avoir examiné les faits de l'affaire *Pioneer Grain* et la décision de la Cour fédérale, l'arbitre a conclu⁶³:

[TRADUCTION] En l'espèce, bien qu'elle ait été plus longue, la durée de l'interruption de l'emploi s'inscrivait dans le cadre d'un cycle de travail et je suis en conséquence d'avis que le statut d'employé de M. Mongrain n'a pas été interrompu au cours de sa mise à pied de la saison hivernale 1981-1982 et que les relations employeur-employé n'ont pris fin que lorsqu'il en a été officiellement avisé par lettre . . .

Dans la décision *Re Beaudril v. Preignitz*, l'arbitre J. W. Samuels a expliqué le sens de l'expression anglaise «*continuous employment*» (travailler sans interruption) contenue à l'alinéa 61.5(1)(a) (maintenant alinéa 240(1)(a))⁶⁴:

[TRADUCTION] Que signifie l'expression «*continuous employment*» (travail ininterrompu) dans le contexte de l'alinéa 61.5(1)(a)?

À mon avis, une telle disposition législative devrait être interprétée et être appliquée en fonction de son objet apparent. L'alinéa 61.5(1)(a) a pour objet de garantir qu'il existe des relations d'une durée suffisamment longue entre l'employeur et l'employé avant que celui-ci n'acquière le droit de se plaindre d'un congédiement injuste. C'est la durée et la nature des relations qui sont importantes, non la période de travail actif. [Non souligné dans l'original.]

L'arbitre Samuels a conclu, à partir de divers faits, qu'il avait existé des relations de travail continues entre le plaignant, quatrième mécanicien sur un navire annexe d'approvisionnement et de mouillage, et son employeur de 1983 à la cessation de l'emploi du

termination in 1986. After reviewing the relationship between the complainant and his employer for the past three years, the adjudicator concluded:⁶⁵

In my view, these documents and this practice disclose more than a series of independent annual term contracts. Both parties understood their relationship as an on-going one unless it was terminated. Provided that Mr. Priegnitz' performance was satisfactory, he would be back at work for the next working season. The purpose of the Company's annual letters was to establish the terms for the coming season, not to rehire the employee each time. Marine employees, including Mr. Priegnitz, were considered to be "permanent employees". Though no payments would be made to them or for them during the off-season, arrangements were made to continue the employee's benefits during the off-season. The Company expected the employees to return, and wanted notice if this would not be the case. Mr. Priegnitz thought that he was a "permanent employee" (he got notices addressed to him as such). In my view, by January 1986, Mr. Priegnitz had an on-going relationship with BeauDril Limited. (Emphasis is mine.)

The case of *Ghislain Simard v. Cablevision Baie St-Paul Inc.*⁶⁶ was also cited by counsel for the complainants in the case at bar. The factual background of the *Simard* case is important, because it closely resembles that in the case at bar, and this resemblance was recognized by Adjudicator Blanchard.⁶⁷ *Simard* had worked for his employer every summer between the months of May and September from 1978 to 1987. The adjudicator characterized this employment as "seasonal". As in *Mongrain* and *Pioneer Grain*, the adjudicator determined that there had been a "continu-

[TRANSLATION] . . . the evidence shows that the job required between three (3) and four (4) months of work each year since 1978. The complainant worked every year, and was recalled. The work period is different from that in *Pioneer*, but the "pattern" is the same. It must be recognized as obvious that there are jobs that do not require actual work for twelve months, a great number of cases may arise, everything depends on the industry, the duties to be performed and many other factors specific to various fields.

In support of her conclusion, the adjudicator noted firstly that the complainant's record of employment indicated that his lay-off was due to a shortage of

plaignant en 1986. Après avoir examiné les relations qui avaient existé au cours des trois dernières années entre le plaignant et son employeur, l'arbitre a conclu⁶⁵:

[TRADUCTION] À mon avis, les documents et l'usage en question révèlent qu'il existait plus qu'une série de contrats distincts annuels à durée déterminée. Il était entendu entre les deux parties que leurs relations étaient des relations continues tant qu'on n'y mettrait pas fin. M. Priegnitz était rappelé au travail la saison de travail suivante si son rendement était satisfaisant. Les lettres que la compagnie lui faisait parvenir chaque année avaient pour but, non pas de le réembaucher chaque fois, mais de préciser les modalités d'emploi de la saison à venir. Les employés maritimes dont M. Priegnitz faisait partie étaient considérés comme des «employés permanents». Ils ne touchaient pas de rémunération au cours de la saison morte, mais ils conservaient leurs avantages sociaux. La compagnie s'attendait à ce que les employés reviennent au travail, et elle désirait être avisée dans le cas contraire. M. Priegnitz croyait qu'il était un «employé permanent» (il a reçu des avis qui lui étaient adressés en cette qualité). À mon avis, en janvier 1986, M. Priegnitz avait des relations de travail continues avec BeauDril Limited. [Non souligné dans l'original.]

L'affaire *Ghislain Simard c. Cablevision Baie Saint-Paul Inc.*⁶⁶ a également été citée par l'avocat des plaignants en l'espèce. Les faits à l'origine de la plainte portée par M. Simard sont importants, parce qu'ils ressemblent beaucoup à ceux de la présente affaire. L'arbitre Blanchard a d'ailleurs reconnu cette ressemblance⁶⁷. M. Simard avait travaillé chaque été pour son employeur entre les mois de mai et septembre de 1978 à 1987. L'arbitre a qualifié ce travail de «saisonnier». Comme dans les décisions *Mongrain* et *Pioneer Grain*, l'arbitre a jugé qu'il y avait eu un «cycle de travail continu» qui satisfaisait aux exigences de l'alinéa 61.5(1)a)⁶⁸:

. . . la preuve révèle que depuis 1978, l'emploi commandait entre trois (3) et quatre (4) mois de travail par année. Le plaignant a travaillé à tous les ans, il a été rappelé. La durée de travail est effectivement différente de ce que nous retrouvons dans l'affaire *Pioneer* mais, le «*pattern*» est le même. Il faut se rendre à l'évidence qu'il y a des emplois qui ne commandent pas un travail effectif durant douze mois, une multitude de cas peuvent se présenter tout dépend de l'industrie, des fonctions à remplir et de nombre de facteurs propres aux divers milieux.

À l'appui de sa conclusion, l'arbitre a fait remarquer, en premier lieu, que le relevé d'emploi du plaignant indiquait que sa mise à pied était attribuable au

work and that the expected date of recall was "unknown", and secondly that a custom had been established by which the complainant would be recalled year after year.

The decisions in *Mongrain, Simard* and *Beaudril* as well as in the present case show that in the face of a complaint of unjust dismissal by a person engaged in seasonal employment, some adjudicators, acting on a concept which they attribute to the Federal Court of Appeal decision in *Pioneer Grain*, have attempted to determine whether, on the particular facts of the case, a continuous pattern or "relationship" of employment can be said to exist between the complainant and the employer. An established practice of recalling the complainant provided his performance was satisfactory in the previous season, or of filling out the complainant's record of employment to show a lay-off due to "shortage of work" and an "unknown" date of recall have been held to be indicia of this relationship. The reasoning of the adjudicators seems to be that a right of recall is evidence of an ongoing contractual relationship and it is the duration of that relationship which is relevant in computing the twelve consecutive months period contemplated by subsection 240(1).

In the case at hand, this right of recall was found to exist for all three complainants conditionally upon BDS's contract with DFO being renewed for the 1993 season. As BDS's contract was continued, the Adjudicator concluded that a right to a recall did exist and that the employer had failed to honour its obligation to rehire the complainants. I believe that deference is owed to the Adjudicator in so far as this particular conclusion is concerned as it falls within his particular area of expertise. A long established pattern of seasonal employment can give rise to a right of recall, and I believe that on the facts which were before him, it was reasonably open to the Adjudicator to conclude as he did. At the very least, the conclusion reached is not patently unreasonable.

manque de travail et que la date prévue de rappel était «inconnue» et, en second lieu, qu'il s'était instauré un usage suivant lequel le plaignant était rappelé au travail année après année.

^a Il ressort des décisions *Mongrain, Simard* et *Beaudril* ainsi que de la présente affaire que, saisis d'une plainte de congédiement injuste présentée par un travailleur saisonnier, certains arbitres, se fondant sur un concept qu'ils attribuent à l'arrêt *Pioneer Grain* de la Cour d'appel fédérale, ont essayé de déterminer si, compte tenu des faits particuliers de l'espèce, on peut dire qu'il existait un cycle ou des «relations» de travail continu entre le plaignant et son employeur. Ils ont jugé que constituaient des indices de telles relations l'existence d'un usage bien établi de rappeler le plaignant au travail à condition que son rendement ait été jugé satisfaisant au cours de la saison précédente ou le fait d'indiquer sur le relevé d'emploi du plaignant que sa mise à pied est imputable au «manque de travail» et que la date prévue de son rappel au travail est «inconnue». Il semble que le raisonnement suivi par les arbitres est que le droit de rappel au travail tend à démontrer qu'il existe des relations contractuelles continues et que c'est la durée de ces relations qui est pertinente pour calculer la période de travail ininterrompue de douze mois que prévoit le paragraphe 240(1).

En l'espèce, l'arbitre a conclu que les plaignants possédaient tous les trois ce droit de rappel à condition que le contrat de la BDS avec le MPO soit renouvelé pour la saison 1993. Comme le contrat de la BDS a été renouvelé, l'arbitre a conclu qu'il existait effectivement un droit de rappel et que l'employeur n'avait pas respecté son obligation de réembaucher les plaignants. J'estime qu'il y a lieu de faire preuve de retenue à l'égard de la décision de l'arbitre en ce qui concerne cette conclusion particulière, étant donné qu'elle relève de son domaine particulier de connaissances techniques. Un scénario bien établi de travail saisonnier peut donner lieu à un droit de rappel, et je crois que, compte tenu des faits qui avaient été portés à sa connaissance, il était raisonnablement loisible à l'arbitre de tirer la conclusion à laquelle il est arrivé. À tout le moins, la conclusion à laquelle il est arrivé n'est pas manifestement déraisonnable.

However, the Adjudicator's decision that the pattern of employment giving rise to this right of recall was "employment" within the meaning of subsection 240(1) goes to jurisdiction, and hence must stand the test of correctness. In assessing the correctness of the Adjudicator's decision on this point, I believe that it is useful to go back to the decision of the Court of Appeal which is at the root of the relevant body of case law developed by the adjudicators. In *Pioneer Grain*, the Court of Appeal was not dealing with seasonal employment. Mr. Kraus held what is commonly understood as a permanent job subject to a temporary lay-off for a brief period each year. That is the context in which the Federal Court of Appeal failed to be "persuaded" that the employment did not continue during the brief lay-off or that the employment could not be regarded as "continuous" within the meaning of the legislation despite the brief lay-off. On a fair reading, this decision stands for the limited proposition that a brief stoppage of work each year in the context of an otherwise ongoing and continuous employment does not necessarily bring that employment to an end. Or, to put the matter more simply, the continuity of an ongoing employment may be unaffected by a yearly lay-off of a *de minimus* duration.

From this proposition, adjudicators gradually came to hold that the fundamental feature of employment, namely the performance of work for salary or wages, was not contemplated or required by the words "twelve consecutive months of continuous employment" in subsection 240(1) and hence needs not be present. So long as a lingering right of recall stemming from a long established pattern of temporary employment exists, the employment in question can be said to have continued. In the end, seasonal employment limited to a three-month period in any given year came to be considered as employment which could meet the "twelve consecutive months of continuous employment" test.

Toutefois, la décision de l'arbitre suivant laquelle, en vertu du cycle de travail qui est à l'origine de ce droit de rappel, le plaignant «travaillait» au sens que le paragraphe 240(1) donne à ce terme, met en cause sa compétence; il convient par conséquent de vérifier le bien-fondé de sa décision. Pour apprécier le bien-fondé de la décision de l'arbitre sur ce point, j'estime utile de revenir à l'arrêt de la Cour d'appel qui est à l'origine de la jurisprudence pertinente élaborée par les arbitres. Dans l'arrêt *Pioneer Grain*, la Cour d'appel n'était pas saisie d'une question de travail saisonnier. M. Kraus occupait ce qu'on appelle couramment un emploi permanent assorti de mises à pied temporaires pour une brève période chaque année. C'est le contexte dans lequel la Cour d'appel fédérale a déclaré qu'elle n'était «convaincue» ni que l'emploi en cause ne s'était pas poursuivi durant la brève période de mise à pied, ni qu'on ne pouvait pas considérer que le plaignant travaillait «sans interruption» au sens de la loi malgré la brève mise à pied. Une interprétation juste de cet arrêt m'amène à conclure qu'il appuie le principe limité qu'un bref arrêt de travail annuel qui s'inscrit dans le cadre d'un emploi par ailleurs permanent et continu ne met pas nécessairement fin à cet emploi. Ou, en termes plus simples, une mise à pied annuelle d'une courte durée n'interrompt pas automatiquement la continuité d'un emploi permanent.

Sur le fondement de cette proposition, les arbitres en sont graduellement venus à considérer que la caractéristique fondamentale d'un emploi, à savoir l'exécution d'un travail en contrepartie du versement d'un salaire ou d'une rémunération, n'était pas prévue ou exigée par les mots «douze mois consécutifs d'emploi continu» contenus au paragraphe 240(1) et que, par conséquent, il n'était pas nécessaire qu'elle soit présente. Tant et aussi longtemps qu'existe un droit latent de rappel découlant d'un cycle de travail temporaire établi depuis longtemps, on peut affirmer que le travail en question n'a pas été interrompu. En fin de compte, les arbitres en sont venus à considérer un travail saisonnier exercé pendant une période limitée de trois mois au cours d'une année donnée comme un travail qui pouvait satisfaire au critère exigeant que l'intéressé ait «terminé douze mois consécutifs d'emploi continu au service d'un employeur».

In my view, this result offends the wording of subsection 240(1) and arises from a misapprehension of the *ratio* of the Court of Appeal in *Pioneer Grain*. There is nothing in the language of subsection 240(1) which suggests that the essential feature of “employment”, namely the performance of work for a salary or wages, can be ignored in assessing its existence. Indeed, the use of the words “consecutive” and “continuous” strongly suggests that it is employment characterized by the ongoing performance of work that is meant to be measured by the provision, and not a lingering right of recall stemming from a pattern of prior employment. One who has a right to be recalled at some future point in time is not in the state of employment while awaiting the recall, and such a person is certainly not experiencing “consecutive months of continuous employment” during that period. A very clear expression of intent would be required to give to the word “employment” a meaning which excludes therefrom its fundamental constitutive feature.

The purposive interpretation adopted by the Adjudicator is based on the continued existence of a right stemming from a pattern of prior employment rather than on the continued existence of the employment itself. As such it offends the wording of subsection 240(1). In my view, the Adjudicator erred when he assumed the jurisdiction to hear the three complaints on that basis.

Before concluding his argument, counsel for the respondents also brought to my attention section 29 of the *Canada Labour Standards Regulations*.⁶⁹ It provides:

29. For the purposes of Divisions IV, VII, VIII, X, XI, XIII and XIV of the Act, the absence of an employee from employment shall be deemed not to have interrupted continuity of employment where

(a) the employee is absent from employment as a result of a lay-off that is not a termination under these Regulations; *i*
or

(b) the employer permits or condones the employee's absence from employment.

This Regulation became effective September 2, 1991, that is after the period relevant to the present

À mon avis, ce résultat va à l'encontre du libellé du paragraphe 240(1) et découle d'une compréhension erronée des motifs essentiels de la Cour d'appel dans l'arrêt *Pioneer Grain*. Il n'y a rien dans le libellé du paragraphe 240(1) qui permette de penser qu'on puisse faire fi de la caractéristique fondamentale d'un «emploi», à savoir l'exécution d'un travail en contrepartie d'un salaire ou d'une rémunération, pour en vérifier l'existence. D'ailleurs, l'emploi des mots «consécutifs» et «continue» donne fortement à penser que ce sont les emplois caractérisés par l'exécution continue d'un travail qu'entend mesurer cette disposition, et non un droit latent de rappel découlant d'un cycle de travail antérieur. Celui qui possède le droit d'être rappelé éventuellement au travail n'est pas en «instance d'emploi» pendant qu'il attend d'être rappelé et il n'a certainement pas vécu «douze mois consécutifs d'emploi continu au service d'un employeur» durant cette période. Il aurait fallu que le législateur exprime dans les termes les plus nets son intention pour qu'on puisse donner au mot «travailler» un sens qui en exclue sa caractéristique constitutive fondamentale.

L'interprétation en fonction de l'objet que l'arbitre a retenue repose sur l'existence continue d'un droit découlant d'un cycle de travail antérieur plutôt que de l'existence continue du travail lui-même. En tant que telle, cette interprétation va à l'encontre du libellé du paragraphe 240(1). À mon avis, l'arbitre a commis une erreur lorsqu'il s'est déclaré compétent pour entendre les trois plaintes sur ce fondement.

Avant de clore sa plaidoirie, l'avocat des intimés a également appelé mon attention sur l'article 29 du *Règlement du Canada sur les normes du travail*⁶⁹:

29. Pour l'application des sections IV, VII, VIII, X, XI, XIII et XIV de la Loi, n'est pas réputée avoir interrompu la continuité de l'emploi l'absence d'un employé qui est:

a) soit attribuable à une mise à pied qui n'est pas un licenciement aux termes du présent règlement;

b) soit autorisée ou acceptée par l'employeur.

Ce règlement est entré en vigueur le 2 septembre 1991, c'est-à-dire après la période en cause en

matter. Nevertheless, counsel for the respondents points out that the Regulations do not contain a provision defining a seasonal lay-off as a termination of employment. He therefore asserts that section 29 of the Regulations is evocative of a clear legislative intent that a seasonal lay-off should not be considered as interrupting the continuity of employment. He adds that by virtue of section 44 of the *Interpretation Act*,⁷⁰ it is open to me to take guidance from this newly enacted provision inasmuch as this may be done consistently with the legislation as it stood at the relevant time.

This argument is of no assistance to the respondents, and indeed reinforces the conclusion which I have reached. If a deeming provision was considered necessary to provide that absence from employment by reason of a lay-off does not interrupt the continuity of an employment, it must be because such an absence does in fact interrupt the continuity of employment. If anything, section 29 of the Regulations strongly suggests that, during the relevant period, a lay-off did interrupt the continuity of employment.

For the foregoing reasons, I therefore conclude that the Adjudicator erred in holding that the respondents "had completed twelve consecutive months of continuous employment" within the meaning of subsection 240(1), and hence lacked jurisdiction to hear the complaints in issue. An order setting aside the decision of the Adjudicator with respect to each of the complainants is accordingly issued.

¹ *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2 (hereinafter *Canada Labour Code*).

² In the matter of an adjudication pursuant to Part III of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, as amended, between Michael Carew, Hugh Davis, Douglas Dean (complainants) and Beothuk Data Systems Ltd., Seawatch Division (respondent), at pp. 1-2 (hereinafter *Reasons*).

³ *Canada Post Corp. v. Pollard*, [1994] 1 F.C. 652 (C.A.) (hereinafter *Pollard*).

⁴ [1993] 1 S.C.R. 941, at pp. 961-962.

⁵ [1988] 2 S.C.R. 1048, at p. 1086 (hereinafter *Bibeault*).

⁶ *Bibeault*, *supra*, note 5, at p. 1087.

⁷ *Ibid.*, at p. 1088.

l'espèce. Néanmoins, l'avocat des intimés souligne que le Règlement ne renferme pas de disposition assimilant une mise à pied saisonnière à un licenciement. Il affirme en conséquence qu'il ressort de l'article 29 du Règlement que le législateur voulait de toute évidence qu'on ne considère pas qu'une mise à pied saisonnière interrompt la continuité de l'emploi. Il ajoute qu'en vertu de l'article 44 de la *Loi d'interprétation*⁷⁰, il m'est loisible de me guider sur cette disposition nouvellement édictée dans la mesure où elle est compatible avec la disposition qui était en vigueur à l'époque en cause.

Cet argument n'est d'aucun secours pour les intimés et renforce en fait la conclusion à laquelle j'arrive. Si le législateur a jugé nécessaire d'insérer une disposition qui prévoit que l'absence d'un employé attribuable à une mise à pied n'est pas réputée interrompre la continuité de l'emploi, ce doit être parce que cette absence interrompt effectivement la continuité de l'emploi. L'article 29 du Règlement donne plutôt fortement à penser qu'au cours de la période en cause, une mise à pied interrompait effectivement la continuité de l'emploi.

Par ces motifs, je conclus en conséquence que l'arbitre a commis une erreur en statuant que les intimés ont «terminés douze mois consécutifs d'emploi continu» au sens du paragraphe 240(1) et je conclus qu'il n'avait donc pas compétence pour entendre les plaintes en litige. Une ordonnance annulant la décision de l'arbitre en ce qui concerne chacun des plaignants est par conséquent prononcée.

¹ *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2 (ci-après appelé *Code canadien du travail*).

² Affaire intéressant un arbitrage régi par la partie III du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, modifié, entre Michael Carew, Hugh Davis, Douglas Dean (plaignants) et Beothuk Data Systems Ltd., Division Seawatch (intimé), aux p. 1 et 2 (ci-après appelé les motifs).

³ *Société canadienne des postes c. Pollard*, [1994] 1 C.F. 652 (C.A.) (ci-après appelé *Pollard*).

⁴ [1993] 1 R.C.S. 941, aux p. 961 et 962.

⁵ [1988] 2 R.C.S. 1048, à la p. 1086 (ci-après appelé *Bibeault*).

⁶ *Bibeault*, précité, note 5, à la p. 1087.

⁷ *Ibid.*, à la p. 1088.

⁸ *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 243.

⁹ See *Caimaw v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983, at p. 1003 *per* La Forest J.:

Where, as here, an administrative tribunal is protected by a privative clause, this Court has indicated that it will only review the decision of the Board if that Board has either made an error in interpreting the provisions conferring jurisdiction on it, or has exceeded its jurisdiction by making a patently unreasonable error of law in the performance of its function

¹⁰ [1991] 2 S.C.R. 5 (hereinafter *Cuddy Chicks*).

¹¹ *Ibid.*, at p. 17.

¹² [1994] 3 F.C. 449 (T.D.) (hereinafter *Sagkeeng*).

¹³ *Ibid.*, at p. 454.

¹⁴ [1994] 3 F.C. 376 (T.D.), at p. 395 (hereinafter *Norway House*).

¹⁵ *Pollard*, *supra*, note 3.

¹⁶ *Canada Labour Code*, s. 242(1); *Pollard*, *supra*, note 3 at p. 669.

¹⁷ *Canada Labour Code*, ss. 240(1) and 242(3.1).

¹⁸ *Canada Labour Code*, s. 242(3)(a).

¹⁹ For example, while s. 242(2)(c) gives adjudicators powers to summon witnesses, administer oaths and receive evidence, s. 60(1)(b) provides arbitrators with an additional power to “determine any question as to whether a matter referred to the arbitrator or arbitration board is arbitrable”. By virtue of s. 16(p) of the *Canada Labour Code*, the CLRB has the power to “decide for all purposes of this Part any question that may arise in the proceeding”.

²⁰ *Pollard*, *supra*, note 3, at pp. 671-673.

²¹ *Byers Transport Ltd. v. Kosanovich*, [1995] 3 F.C. 354 (C.A.).

²² Application record, applicant’s concise memorandum of points at par. 19-26.

²³ [1980] 1 S.C.R. 115, at p. 132 (hereinafter *Northern Telecom #1*).

²⁴ *Ibid.*, at p. 132.

²⁵ [1976] 1 S.C.R. 477, at p. 495; this statement appeared in Laskin C.J.’s dissenting judgment, but was not the subject of disagreement by the majority, and was approved by the Supreme Court in its subsequent decision in *Fowler v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 213, at p. 223.

²⁶ *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14 (hereinafter *Fisheries Act*).

²⁷ Application record, tab 4.

²⁸ Reasons, *supra*, note 2, at p. 12.

²⁹ *Northern Telecom #1*, *supra*, note 23.

³⁰ [1975] 1 S.C.R. 178 (hereinafter *Letter Carrier’s Union*).

³¹ *Ibid.*, at p. 183.

³² Reasons, *supra*, note 2, at p. 6.

⁸ *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 243.

⁹ Voir l’arrêt *Caimaw c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983, à la p. 1003 (le juge La Forest):

Lorsque, comme en l’espèce, un tribunal administratif est protégé par une clause privative, notre Cour a déclaré qu’elle n’examinera la décision du tribunal que si celui-ci a commis une erreur en interprétant les dispositions attributives de compétence ou s’il a excédé sa compétence en commettant une erreur de droit manifestement déraisonnable dans l’exercice de sa fonction

¹⁰ [1991] 2 R.C.S. 5 (ci-après appelé *Cuddy Chicks*).

¹¹ *Ibid.*, à la p. 17.

¹² [1994] 3 C.F. 449 (1^{re} inst.) (ci-après appelé *Sagkeeng*).

¹³ *Ibid.*, à la p. 454.

¹⁴ [1994] 3 C.F. 376 (1^{re} inst.), à la p. 395 (ci-après appelé *Norway House*).

¹⁵ *Pollard*, précité, note 3.

¹⁶ *Code canadien du travail*, art. 242(1); *Pollard*, précité, note 3, à la p. 669.

¹⁷ *Code canadien du travail*, art. 240(1) et 242(3.1).

¹⁸ *Code canadien du travail*, art. 242(3)(a).

¹⁹ Par exemple, alors que l’art. 242(2)(c) confère à l’arbitre le pouvoir de convoquer des témoins, de faire prêter serment et de recueillir des témoignages, l’art. 60(1)(b) confère en outre à l’arbitre le pouvoir «de décider si l’affaire qui lui est soumise est susceptible d’arbitrage». Aux termes de l’art. 16p) du *Code canadien du travail*, le CCRT a le pouvoir de «trancher, dans le cadre de la présente partie, toute question qui peut se poser à l’occasion de la procédure».

²⁰ *Pollard*, précité, note 3, aux p. 671 à 673.

²¹ *Byers Transport Ltd. c. Kosanovich*, [1995] 3 C.F. 354 (C.A.).

²² Dossier de la demande, exposé concis des points soulevés par la requérante, par. 19 à 26.

²³ [1980] 1 R.C.S. 115, à la p. 132 (ci-après appelé *Northern Telecom n° 1*).

²⁴ *Ibid.*, à la p. 132.

²⁵ [1976] 1 R.C.S. 477, à la p. 495; cette déclaration figurait dans le jugement dissident du juge en chef Laskin, mais n’a pas fait l’objet d’un désaccord de la part des juges majoritaires et a été approuvée par la Cour suprême dans un arrêt ultérieur, l’arrêt *Fowler c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 213, à la p. 223.

²⁶ *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14 (ci-après appelée *Loi sur les pêches*).

²⁷ Dossier de la demande, onglet 4.

²⁸ Motifs, précités, note 2, à la p. 12.

²⁹ *Northern Telecom n° 1*, précité, note 23.

³⁰ [1975] 1 R.C.S. 178 (ci-après appelé *Union des facteurs*).

³¹ *Ibid.*, à la p. 183.

³² Motifs, précités, note 2, à la p. 6.

³³ *Canada Labour Relations Board et al. v. Yellowknife*, [1977] 2 S.C.R. 729, at p. 736 (hereinafter *Yellowknife*).

³⁴ Reasons, *supra*, note 2, at p. 8.

³⁵ *Ibid.*, at p. 9.

³⁶ *Ibid.*, at p. 10.

³⁷ *Ibid.*, at p. 10.

³⁸ *Ibid.*, at p. 9.

³⁹ *Ibid.*, at p. 21.

⁴⁰ *Ibid.*, at p. 5.

⁴¹ I. Christie *et al.*, *Employment Law in Canada*, 2d ed. (Toronto: Butterworths, 1993), at pp. 672-674 (hereinafter *Employment Law in Canada*).

⁴² Reasons, *supra*, note 2, at p. 18.

⁴³ February 1988 (Willes), Adjudication No. 839-840 (hereinafter *Howard Bus Service*).

⁴⁴ *Idem*, at pp. 18 and 20.

⁴⁵ (1986), 86 CLLC 12,247 (F.C.A.) (hereinafter *Eskasoni*).

⁴⁶ *Ibid.*, at p. 12,249.

⁴⁷ *Howard Bus Service*, *supra* note 43, at p. 21.

⁴⁸ [1992] 1 S.C.R. 986 (hereinafter *Machtinger*).

⁴⁹ *Ibid.*, at p. 998.

⁵⁰ R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3d ed. (Toronto: Butterworths, 1994), at p. 220 (hereinafter *Driedger*).

⁵¹ *Ibid.*, at p. 223.

⁵² (1990), 113 N.R. 7 (F.C.A.) (hereinafter *Deltonic*).

⁵³ (1995), 122 D.L.R. (4th) 347 (F.C.A.), at p. 351 (hereinafter *Jouan*); in interpreting s. 43(2) of the *Unemployment Insurance Regulations*, C.R.C., c. 1576, Marceau J.A. justified the interpretation he had arrived at:

First, this is what the French version says unequivocally, the ambiguous English phrase "so minor in extent" having to be read within the confines of the unambiguous French words "il y consacre si peu de temps" [Emphasis is mine.]

⁵⁴ See *Food Machinery Corp. v. Registrar of Trade Marks*, [1946] Ex. C.R. 266, at p. 275.

⁵⁵ *R. v. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 S.C.R. 865 (hereinafter *BCN Ltée*).

⁵⁶ *An Act to amend the Canada Labour Code*, S.C. 1977-78, c. 27, s. 21 amending R.S.C. 1970, c. L-1.

⁵⁷ See *An Act to amend the Canada Labour Code and the Financial Administration Act*, R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9.

⁵⁸ [1981] 2 F.C. 815 (C.A.) (hereinafter *Pioneer Grain*).

⁵⁹ *Ibid.*, at p. 824.

³³ *Conseil canadien des relations du travail et autre c. Yellowknife*, [1977] 2 R.C.S. 729, à la p. 736 (ci-après appelé *Yellowknife*).

³⁴ Motifs, précités, note 2, à la p. 8.

³⁵ *Ibid.*, à la p. 9.

³⁶ *Ibid.*, à la p. 10.

³⁷ *Ibid.*, à la p. 10.

³⁸ *Ibid.*, à la p. 9.

³⁹ *Ibid.*, à la p. 21.

⁴⁰ *Ibid.*, à la p. 5.

⁴¹ I. Christie, *et al.*, *Employment Law in Canada*, 2d ed. (Toronto: Butterworths, 1993), aux p. 672 à 674 (ci-après appelé *Employment Law in Canada*).

⁴² Motifs, précités, note 2, à la p. 18.

⁴³ Février 1988 (Willes), décision n° 839-840 (ci-après appelée *Howard Bus Service*).

⁴⁴ *Idem*, aux p. 18 et 20.

⁴⁵ (1986), 86 CLLC 12,247 (C.A.F.) (ci-après appelé *Eskasoni*).

⁴⁶ *Ibid.*, à la p. 12,249.

⁴⁷ *Howard Bus Service*, précité, note 43, à la p. 21.

⁴⁸ [1992] 1 R.C.S. 986 (ci-après appelé *Machtinger*).

⁴⁹ *Ibid.*, à la p. 998.

⁵⁰ R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3^e éd. (Toronto: Butterworths, 1994), à la p. 220 (ci-après appelé *Driedger*).

⁵¹ *Ibid.*, à la p. 223.

⁵² (1990), 113 N.R. 7 (C.A.F.) (ci-après appelé *Deltonic*).

⁵³ (1995), 122 D.L.R. (4th) 347 (C.A.F.), à la p. 351 (ci-après appelé *Jouan*); pour interpréter l'art. 43(2) du *Règlement sur l'assurance-chômage*, C.R.C., ch. 1576, le juge d'appel Marceau a justifié de la manière suivante l'interprétation à laquelle il en arrivait:

C'est ce que prévoit de manière non ambiguë la version française, le membre de phrase ambigu "so minor in extent" qui se trouve dans la version anglaise devant être lu dans le contexte des mots dénués de toute ambiguïté «il y consacre si peu de temps» utilisés dans la version française» [Non souligné dans l'original.]

⁵⁴ Voir le jugement *Food Machinery Corp. v. Registrar of Trade Marks*, [1946] R.C.E. 266, à la p. 275.

⁵⁵ *R. c. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 R.C.S. 865 (ci-après appelé *BCN Ltée*).

⁵⁶ *Loi modifiant le Code canadien du travail*, S.C. 1977-78, ch. 27, art. 21, modifiant S.R.C. 1970, ch. L-1.

⁵⁷ Voir la *Loi modifiant le Code canadien du travail et la Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9.

⁵⁸ [1981] 2 C.F. 815 (C.A.) (ci-après appelé *Pioneer Grain*).

⁵⁹ *Ibid.*, à la p. 824.

- ⁶⁰ Abramowitz (August 12, 1986) (hereinafter *Mongrain*).
- ⁶¹ *Mongrain, supra*, at p. 14.
- ⁶² *Ibid.*
- ⁶³ *Ibid.*, at p. 16.
- ⁶⁴ J. W. Samuels (October 27, 1986), at p. 9 (hereinafter *Beaudril*).
- ⁶⁵ *Ibid.*, at p. 8.
- ⁶⁶ Tousignant (September 27, 1989) (hereinafter *Simard*).
- ⁶⁷ Reasons, *supra*, note 2, at pp. 21-22.
- ⁶⁸ *Simard, supra*, note 66, at p. 10.
- ⁶⁹ C.R.C., c. 986, as am. by SOR/91-461, s. 29.
- ⁷⁰ R.S.C., 1985, c. I-21.
- ⁶⁰ Abramowitz (12 août 1986) (ci-après appelée *Mongrain*).
- ⁶¹ *Mongrain, précité*, à la p. 14.
- ⁶² *Ibid.*
- ⁶³ *Ibid.*, à la p. 16.
- ⁶⁴ J. W. Samuels (27 octobre 1986), à la p. 9 (ci-après appelée *Beaudril*).
- ⁶⁵ *Ibid.*, à la p. 8.
- ⁶⁶ Tousignant (27 septembre 1989) (ci-après appelé *Simard*).
- ⁶⁷ Motifs, précités, note 2, aux p. 21 et 22.
- ⁶⁸ *Simard, précité*, note 66, à la p. 10.
- ⁶⁹ C.R.C., ch. 986, mod. par DORS/91-461, art. 29.
- ⁷⁰ L.R.C. (1985), ch. I-21.

A-859-92

A-859-92

Harjinderpal Singh Nagra (*Applicant*)**Harjinderpal Singh Nagra** (*requérant*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration (*Respondent*)^a **Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration** (*intimé*)*INDEXED AS: NAGRA v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)*^b *RÉPERTORIÉ: NAGRA c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)*

Trial Division, Muldoon J.—Vancouver, February 3; Ottawa, November 15, 1995.

Section de première instance, juge Muldoon—Vancouver, 3 février; Ottawa, 15 novembre 1995.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent residents — Citizen of India entering Canada, marrying Canadian — Granted visa exemption — Convicted of criminal offences — Adjudicator holding not permanent resident, issuing conditional removal order — I.R.B. Appeal Division holding not permanent resident, lacked jurisdiction to hear appeal from removal order — Admission to Canada two-stage proceeding: (1) obtaining visa overseas before presenting self at Canadian port of entry; (2) immigrant's self-presentation to immigration officer at port of entry for examination — Applicant exempted from first stage only — As not complying with second stage, not permanent resident.

^c *Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Le requérant est un citoyen de l'Inde qui a épousé une Canadienne après être entré au Canada — Il a obtenu une dispense de visa — Il a été déclaré coupable de crimes — L'arbitre a jugé que le requérant n'était pas un résident permanent et a pris une mesure de renvoi conditionnel contre lui — La section d'appel de la C.I.S.R. a statué que le requérant n'était pas un résident permanent et qu'elle n'avait pas compétence pour se prononcer sur l'appel interjeté de la mesure de renvoi — L'admission au Canada est un processus à deux étapes: (1) l'immigrant doit obtenir un visa à l'étranger avant de se présenter à un point d'entrée au Canada; (2) l'immigrant doit se présenter en personne devant un agent d'immigration à un point d'entrée pour y être interrogé — Le requérant a été exempté seulement de la première étape — Comme il n'a pas respecté la seconde étape, il n'est pas un résident permanent.*

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Removal of visitors — Applicant entering Canada in 1986 — Convicted of criminal offences in 1990 — Conditional removal order issued on ground person described in Immigration Act, s. 27(2)(d) — S.C.C. subsequently setting aside criminal convictions — As ground therefor eliminated, removal order quashed.

^d *Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de visiteurs — Le requérant est entré au Canada en 1986 — Il a été déclaré coupable de crimes en 1990 — Une mesure de renvoi conditionnel a été prise contre lui au motif qu'il était visé à l'art. 27(2)d) de la Loi sur l'immigration — La C.S.C. a par la suite annulé les déclarations de culpabilité — Son fondement ayant été supprimé, la mesure de renvoi est annulée.*

This was an application to set aside Immigration and Refugee Board Appeal Division (the Board) orders granting a motion to dismiss an appeal for lack of jurisdiction, and dismissing the appeal from a removal order; for an order quashing the removal order; and for a declaration that the applicant was a permanent resident.

^e ^f ^g ^h ⁱ Il s'agit d'une demande visant 1) à faire annuler les ordonnances par lesquelles la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) a accueilli une requête visant à faire rejeter un appel pour défaut de compétence et a rejeté l'appel interjeté d'une mesure de renvoi; (2) à obtenir une ordonnance annulant une mesure de renvoi; (3) à obtenir un jugement déclaratoire portant que le requérant est un résident permanent.

The applicant is a citizen of India. He entered Canada as a visitor in 1985 and subsequently married a Canadian citizen. In 1986 the Governor in Council granted him an exemption from the requirements of *Immigration Act*, subsection 9(1), which requires an immigrant to apply for

^j Le requérant est citoyen de l'Inde. Il est entré au Canada avec le statut de visiteur en 1985. Il a par la suite épousé une citoyenne canadienne. En 1986, le gouverneur en conseil a dispensé le requérant des exigences du paragraphe 9(1) de la *Loi sur l'immigration*, qui oblige tout immigrant

and obtain a visa overseas before appearing at a Canadian port of entry. In 1990, the applicant was convicted of two criminal offences. At a subsection 27(2) inquiry the adjudicator determined that the applicant was not a permanent resident, was a person described in paragraph 27(2)(d), and issued a conditional removal order. The Board concluded that the applicant was not a permanent resident, and therefore he was not a person described in section 70 and it did not have jurisdiction to hear an appeal from the removal order. Subsequently the Supreme Court of Canada set aside the criminal convictions and ordered a new trial, which has yet to take place.

The issues were: (1) whether the applicant was a permanent resident; and, (2) whether the Board had jurisdiction to hear the appeal from the removal order.

Held, the application should be dismissed, except that the removal order should be quashed.

Admission to Canada is at least a two-stage proceeding. The essence of the first stage is set out in subsection 9(1). The second stage is the immigrant's self-presentation to an immigration officer at a port of entry for examination. There are also other requirements, including background enquiries for a security clearance and the medical clearance required in section 11.

The applicant was exempted from the first stage only. He was never exempted from complying with the provisions of the second stage such as are manifested in sections 11, 12 and 14. As he did not comply with the requirements of the second stage, he did not become a permanent resident of Canada: he was never landed.

The ground for the removal order was eliminated by the setting aside of the criminal convictions. The removal order had no sustaining basis and had to be quashed.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5), 28(1)(g) (rep. by S.C. 1992, c. 49, s. 128).

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 9(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 4), 11 (as am. *idem*, s. 6), 12(1) (as am. *idem*, s. 7), (3), 14(1), (2) (as am. *idem*, s. 8), (4) (as am. *idem*), 27(2) (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 4; S.C. 1992, c. 49, s. 16), 70 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; c. 29, s. 6).

à demander et à obtenir un visa avant de se présenter à un point d'entrée au Canada. En 1990, le requérant a été déclaré coupable de deux crimes. Lors de l'enquête subséquente tenue conformément au paragraphe 27(2), l'arbitre a déterminé que le requérant n'était pas un résident permanent et qu'il était une personne visée à l'alinéa 27(2)d) de la Loi, et il a pris une mesure de renvoi conditionnel contre l'appelant. La Commission a conclu que le requérant n'était pas un résident permanent, qu'il n'était donc pas visé à l'article 70 et qu'elle n'avait pas compétence pour se prononcer sur l'appel interjeté de la mesure de renvoi. Par la suite, la Cour suprême du Canada a annulé les déclarations de culpabilité et a ordonné la tenue d'un nouveau procès, qui n'a pas encore eu lieu.

Les questions en litige sont celles de savoir: (1) si le requérant était un résident permanent; (2) si la Commission avait compétence pour entendre l'appel interjeté de la mesure de renvoi.

Jugement: la demande devrait être rejetée, mais la mesure de renvoi devrait être annulée.

L'admission au Canada est un processus qui comporte au moins deux étapes. Le paragraphe 9(1) contient l'essentiel de la première étape. La seconde étape est celle au cours de laquelle l'immigrant se présente en personne devant un agent d'immigration à un point d'entrée. Il existe aussi d'autres conditions, dont l'enquête sur les antécédents en vue de l'autorisation sécuritaire et la visite médicale exigée par l'article 11.

Le requérant n'a été dispensé que des exigences de la première étape. Il n'a jamais été dispensé de se conformer aux dispositions de la seconde étape que l'on retrouve aux articles 11, 12 et 14. Comme il n'a pas satisfait aux exigences de la seconde étape, il n'est pas devenu un résident permanent du Canada: il n'a jamais obtenu le droit de s'y établir.

Le fondement de la mesure de renvoi est disparu par suite de l'annulation des déclarations de culpabilité. La mesure d'expulsion n'a aucun fondement valable et elle doit être annulée.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5), 28(1)(g) (abrogé par L.C. 1992, ch. 49, art. 128).

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 9(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 4), 11 (mod., *idem*, art. 6), 12(1) (mod., *idem*, art. 7), (3), 14(1), (2) (mod., *idem*, art. 8), (4) (mod., *idem*), 27(2) (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 4; L.C. 1992, ch. 49, art. 16), 70 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18; ch. 29, art. 6).

Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 12 (as am. by SOR/83-540, s. 2).

Immigration Visa Exemption Regulations No. 1, 1986, SOR/86-180, s. 3.

Règlement de dispense du visa — Immigration n° 1, 1986, DORS/86-180, art. 3.

Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 12 (mod. par DORS/83-540, art. 2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

NOT FOLLOWED:

Dass v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1993] 2 F.C. 337; (1993), 59 F.T.R. 312 (T.D.).

DISTINGUISHED:

Sivacilar v. Minister of Employment and Immigration (1984), 57 N.R. 57 (F.C.A.).

CONSIDERED:

Ho v. Can. (Min. of Employment and Immigration) (1986), 47 Alta. L.R. (2d) 82; 6 F.T.R. 78 (F.C.T.D.); *Ferrerya v. Minister of Employment and Immigration* (1992), 56 F.T.R. 270 (F.C.T.D.); *Escamilla v. Canada (Solicitor General)* (1993), 68 F.T.R. 93; 22 Imm. L.R. (2d) 94 (F.C.T.D.); *R. v. Nagra (H.S.)* (1993), 44 W.A.C. 81 (B.C.C.A.); revd [1994] 1 S.C.R. 355; (1994), 40 B.C.A.C. 79; 164 N.R. 191; 65 W.A.C. 79.

REFERRED TO:

Dawson v. Minister of Employment and Immigration (1988), 21 F.T.R. 212; 6 Imm. L.R. (2d) 37 (F.C.T.D.); *Minister of Employment and Immigration et al. v. Jiminez-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; *John v. Minister of Employment and Immigration*, T-2463-89, judgment dated 10/4/90, Addy J., F.C.T.D., not reported; *Virke v. Minister of Employment and Immigration* (1991), 46 F.T.R. 145 (F.C.T.D.); *Taei v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 64 F.T.R. 311 (F.C.T.D.); *Pillay v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 70 F.T.R. 12; 22 Imm. L.R. (2d) 146 (F.C.T.D.); *Kanes v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 72 F.T.R. 226 (F.C.T.D.).

APPLICATION for judicial review of Immigration and Refugee Board Appeal Division decision that the applicant was not a permanent resident, and that it lacked jurisdiction to hear an appeal from a conditional removal order (*Nagra v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1992), 17 Imm. L.R. (2d) 279 (I.R.B.A.D.)). Application dismissed, except

a JURISPRUDENCE

DÉCISION NON SUIVIE:

Dass c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1993] 2 C.F. 337; (1993), 59 F.T.R. 312 (1^{re} inst.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Sivacilar c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (1984), 57 N.R. 57 (C.A.F.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Ho c. Can. (Min. de l'Emploi et de l'Immigration) (1986), 47 Alta. L.R. (2d) 82; 6 F.T.R. 78 (C.F. 1^{re} inst.); *Ferrerya c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1992), 56 F.T.R. 270 (C.F. 1^{re} inst.); *Escamilla c. Canada (Solliciteur général)* (1993), 68 F.T.R. 93; 22 Imm. L.R. (2d) 94 (C.F. 1^{re} inst.); *R v. Nagra (H.S.)* (1993), 44 W.A.C. 81 (C.A.C.-B.); inf. à [1994] 1 R.C.S. 355; (1994), 40 B.C.A.C. 79; 164 N.R. 191; 65 W.A.C. 79.

DÉCISIONS CITÉES:

Dawson c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (1988), 21 F.T.R. 212; 6 Imm. L.R. (2d) 37 (C.F. 1^{re} inst.); *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration et autres c. Jiminez-Perez et autre*, [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; *John c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, T-2463-89, jugement en date du 10-4-90, le juge Addy, C.F. 1^{re} inst., non publié; *Virke c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1991), 46 F.T.R. 145 (C.F. 1^{re} inst.); *Taei c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 64 F.T.R. 311 (C.F. 1^{re} inst.); *Pillay c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 70 F.T.R. 12; 22 Imm. L.R. (2d) 146 (C.F. 1^{re} inst.); *Kanes c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 72 F.T.R. 226 (C.F. 1^{re} inst.).

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a statué que le requérant n'était pas un résident permanent et qu'elle n'avait pas compétence pour entendre l'appel interjeté d'une mesure de renvoi conditionnel (*Nagra c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*)

that the removal order was quashed because its sustaining basis was eliminated when the criminal convictions on which it was based were set aside.

COUNSEL:

William J. Macintosh for applicant.
Sandra E. Weafer for respondent.

SOLICITORS:

William Macintosh Associates, Vancouver, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

MULDOON J.: Although this proceeding bears a case number of this Court's Appeal Division, it has been transferred by the Chief Justice to the Trial Division, pursuant to his Direction No. 18. (Hereinafter, the term "Appeal Division" will refer to Immigration and Refugee Board's Appeal Division.) Consequently an amended originating notice of motion was filed herein as document 12, on March 2, 1993.

The relief requested by the applicant is stated in his said motion in this way:

(a) an Order to set aside the order of the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board dated April 30, 1992 whereby the Board ordered that the Motion of the Respondent to dismiss the appeal for lack of jurisdiction be allowed;

(b) an Order to set aside the order and decision of the Board dated April 30, 1992 to dismiss the appeal of the Applicant against a removal order made against the Applicant on October 25, 1991;

(c) an Order to quash the removal Order made by Adjudicator Leach made against the Applicant on October 25, 1991;

(d) a Declaration that the Applicant is a permanent resident; and

(e) such further relief as the Court considers appropriate.

(1992), 17 Imm. L.R. (2d) 279 (S.A.C.I.S.R.)). La demande est rejetée, mais la mesure de renvoi est annulée parce que son fondement est disparu par suite de l'annulation des déclarations de culpabilité sur lesquelles elle était fondée.

AVOCATS:

William J. Macintosh pour le requérant.
Sandra E. Weafer pour l'intimé.

PROCUREURS:

William Macintosh Associates, Vancouver, 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 MULDOON: Bien que la présente instance porte un numéro de dossier de la Section d'appel de la Cour, le juge en chef l'a déférée à la Section de première instance conformément à sa directive n° 18. (L'expression «section d'appel» désigne ci-après la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié.) En conséquence, une requête introductive d'instance modifiée a été déposée en l'espèce le 2 mars 1993 à titre de document n° 12.

Voici le redressement que sollicite le requérant dans la requête en question:

[TRADUCTION] a) une ordonnance annulant l'ordonnance du 30 avril 1992 de la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié par laquelle la Commission a accueilli la requête présentée par l'intimé en vue de faire rejeter l'appel pour défaut de compétence;

b) une ordonnance annulant l'ordonnance et la décision datées du 30 avril 1992 par lesquelles la Commission a rejeté l'appel interjeté par le requérant de la mesure de renvoi prise contre lui le 25 octobre 1991;

c) une ordonnance annulant la mesure de renvoi prise le 25 octobre 1991 contre le requérant par l'arbitre Leach;

d) un jugement déclaratoire portant que le requérant est un résident permanent;

e) tout autre redressement que la Cour jugera bon d'accorder.

The principal ground for the above-stated relief asserted by the applicant is this:

(a) that the Board erred in law in making its decision and orders, and without limiting the generality of the foregoing that the Board erred in law in determining that the Applicant was not a permanent resident and therefore that the Board did not have jurisdiction to hear an appeal by the Applicant pursuant to section 70 of the *Immigration Act*; and

The Appeal Division (sometimes also: the Board) rendered its decision on April 30, 1992, file No. V91-01621 [(1992), 17 Imm. L.R. (2d) 279]. "It" consisted of a single member of the Appeal Division, by agreement of the parties' respective counsel. The two issues [at page 281] raised for the Board's determination were:

(a) whether the adjudicator erred in finding that the appellant [now the applicant] was not a permanent resident and also that he was a person described in paragraph 27(2)(d) of the Act; and

(b) whether the Appeal Division has jurisdiction to hear this appeal.

The reasons of the Board in their salient portions can be utilized here for their findings of fact and demonstration of the member's reasoning on the issues for which his reasoning is impugned here. Those reasons, starting on page 281, run as follows:

The appellant is a citizen of India. He entered Canada as a visitor in February, 1985. Subsequently, he was married to a Canadian citizen. His wife filed an Undertaking of Assistance to sponsor the appellant's application for permanent residence. The appellant applied for an exemption from the requirements of subs. 9(1) of the *Immigration Act, 1976* [S.C. 1976-77, c. 52] (also subs. 9(1) of the Act) that he make application and obtain a visa before he appears at the port of entry. (9.(1) Except in such cases as are prescribed, every immigrant and visitor shall make an application for and obtain a visa before he appears at a port of entry.) The appellant's application for permanent residence was considered by . . . [an] Immigration Officer. On June 11, 1985, she made a determination to approve the application for visa exemption. As a consequence of this decision, she prepared an IMM 655 form. This is a request for special authority from the Governor-in-Council for a waiver of the requirements of subs. 9(1) of the *Immigration Act, 1976*.

Le principal moyen que le requérant invoque pour justifier les réparations qu'il sollicite est le suivant:

[TRADUCTION] a) que la Commission a commis une erreur de droit en rendant sa décision et ses ordonnances, notamment en décidant que le requérant n'était pas un résident permanent; et que, par conséquent, la Commission n'avait pas compétence pour entendre tout appel interjeté par le requérant en vertu de l'article 70 de la *Loi sur l'immigration*;

La section d'appel (on emploiera parfois: la Commission) a rendu sa décision le 30 avril 1992 dans le dossier n° V91-01621 [(1992), 17 Imm. L.R. (2d) 279]. Elle était composée d'un seul membre de la section d'appel, par suite d'une entente intervenue entre les avocats des parties. Voici les deux questions litigieuses qui ont été soumises à la section d'appel [à la page 281]:

a) l'arbitre a-t-il commis une erreur en concluant que l'appelant [maintenant le requérant] n'était pas un résident permanent et qu'il était une personne visée à l'alinéa 27(2)d) de la Loi?

b) la Section d'appel est-elle compétente pour entendre le présent appel?

Les extraits saillants des motifs de la section d'appel sont utiles en raison des conclusions de fait qu'ils contiennent et parce qu'ils illustrent le raisonnement que le membre de la section d'appel a suivi en ce qui concerne les questions litigieuses à l'égard desquelles son raisonnement est contesté en l'espèce. Les extraits en question commencent à la page 281:

L'appelant est citoyen de l'Inde. Il est entré au Canada avec le statut de visiteur en février 1985. Il s'est marié par la suite à une citoyenne canadienne. Sa femme a présenté un engagement à fournir de l'aide dans le cadre du processus de parrainage de la demande de résidence permanente de l'appelant. L'appelant a présenté une demande d'exemption aux exigences énoncées au par. 9(1) de la *Loi sur l'immigration de 1976* [S.C. 1976-77, ch. 52] (également le par. 9(1) de la Loi actuelle); le paragraphe exige que l'appelant demande et obtienne un visa avant de se présenter à un point d'entrée. (9.(1) Sous réserve des dispositions réglementaires, tout immigrant et tout visiteur doit demander et obtenir un visa avant de se présenter à un point d'entrée.) La demande de résidence permanente de l'appelant a été traitée par . . . [l']agente d'immigration. Le 11 juin 1985, elle a décidé d'approuver la demande d'exemption du visa. Cette décision exigeait en outre qu'elle prépare un formulaire IMM 655. Il s'agit d'une demande d'autorisation spéciale qu'on soumet au Gouverneur en Conseil en vue de

The form was duly completed by Ms. [the immigration officer]. It was submitted to the Governor-in-Council. On January 30, 1986, the Governor-in-Council granted the exemption sought by the appellant. Order in Council no. 1986-291 was registered and published in the Canada Gazette, Part II, as a statutory order. The appellant's exemption was included in that Order in Council as item 738.

In 1990, the appellant was convicted of two criminal offences. As a result of these convictions, he became the subject of an immigration inquiry held pursuant to subs. 27(2) of the Act. The appellant asserted at the inquiry that he was a permanent resident of Canada because on January 30, 1986, the Governor-in-Council had granted him a visa exemption. The adjudicator determined that the appellant was not a permanent resident and that he was a person described in para. 27(2)(d) of the Act.

Accordingly, the adjudicator issued a conditional removal order against the appellant. On the same date, the appellant's refugee claim was forwarded to the Convention Refugee Determination Division (the "Refugee Division") by the panel because the respondent's representative at the credible basis hearing conceded that the appellant had a credible basis for his refugee claim.

Counsel for the appellant contends that the appellant became a permanent resident on the day that the Order in Council was granted. The appellant had met all the requirements under the Act and the regulations. There was nothing further that needed to be done by the immigration officer. There was no qualification put on the request form by the Governor-in-Council. Therefore, the adjudicator should have determined the appellant to be a permanent resident. The consequence of such a determination by the adjudicator would have been that the adjudicator would have been obliged to dismiss the report against the appellant. (*Anderson v. Minister of Employment & Immigration*, [1981] 2 F.C. 30, 113 D.L.R. (3d) 243, 36 N.R. 423 (C.A.), where the Federal Court of Appeal held that an adjudicator could only make a deportation order based on grounds contained in the written report to the Deputy Minister that formed the basis of the inquiry.) This is because as a permanent resident, the appellant could not be a person described in paragraph 27(2)(d) of the Act. There was no other allegation contained in the section 27 report.

Counsel for the appellant relied upon the decision of the Federal Court of Appeal in *Sivacilar (Sivacilar v. Canada (Minister of Employment & Immigration))* (1984), 57 N.R. 57 (Fed. C.A.). In that case, Mr. Sivacilar had come to Canada as a visitor. He was married in Canada to a Canadian citizen. He was able to obtain a visa exemption. An Order

dispenser l'intéressé des exigences énoncées au par. 9(1) de la *Loi sur l'immigration*.

Le formulaire a été dûment rempli par [l'agente d'immigration]. On l'a ensuite présenté au Gouverneur en Conseil. Le 30 janvier 1986, le Gouverneur en Conseil a accordé la demande d'exemption de l'appellant. Le décret du conseil n° 1986-291 a été enregistré et publié comme ordonnance statutaire dans la Gazette du Canada, Partie II. L'exemption de l'appellant a été incluse dans le décret du conseil sous l'article 738.

En 1990, l'appellant a été déclaré coupable de deux crimes. Du fait de ces inculpations, il a fait l'objet d'une enquête de l'immigration, conformément au paragraphe 27(2) de la Loi. À l'enquête, l'appellant a confirmé qu'il était résident permanent du Canada grâce à l'exemption de visa que lui avait accordée le Gouverneur en Conseil le 30 janvier 1986. L'arbitre a déterminé que l'appellant n'était pas un résident permanent et qu'il était une personne visée à l'alinéa 27(2)d) de la Loi.

Par conséquent, l'arbitre a prononcé une ordonnance de renvoi conditionnel contre l'appellant. À cette même date, la demande de réfugié de l'appellant a été transmise à la Section du statut de réfugié (la «Section du statut») par le tribunal parce que, au moment de l'audience visant à déterminer si la revendication du demandeur avait un minimum de fondement, le représentant de l'intimé avait concédé que la revendication du statut de réfugié de l'appellant avait le fondement requis.

Le conseil de l'appellant a soutenu que ce dernier était devenu résident permanent le jour où on lui avait accordé le décret du conseil. L'appellant avait satisfait à toutes les exigences énoncées dans la Loi et dans son règlement. L'agent d'immigration avait suivi toutes les démarches appropriées. Aucune réserve ne figurait sur le formulaire de demande du Gouverneur en Conseil. Par conséquent, l'arbitre aurait dû déterminer que l'appellant était un résident permanent. Le fait que l'arbitre a rendu une telle décision aurait dû le placer dans l'obligation d'annuler le rapport établi contre l'appellant. (*Anderson c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1981] 2 C.F. 30; 113 D.L.R. (3d) 243, 36 N.R. 423 (C.A.); la Cour d'appel fédérale avait maintenu qu'un arbitre ne pouvait rendre une ordonnance de renvoi que pour les motifs énoncés dans le rapport écrit du sous-ministre, qui constituait le fondement de l'enquête.) Étant donné que l'appellant était un résident permanent, il ne pouvait pas être visé par l'alinéa 27(2)d) de la Loi. Le rapport établi conformément à l'article 27 ne contenait aucune autre allégation.

Le conseil de l'appellant a cité la décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans *Sivacilar (Sivacilar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration))* (1984), 57 N.R. 57 (C.A.F.). Dans cette affaire, M. Sivacilar était entré au Canada avec le statut de visiteur. Il avait épousé une citoyenne canadienne au Canada. Il était parvenu à obtenir

in Council to this effect was granted by the Governor-in-Council.

Subsequently, Mr. Sivacilar's wife purported to withdraw her sponsorship. An inquiry was convened on the basis that Mr. Sivacilar had been employed in Canada without first obtaining an employment authorization. The adjudicator had to determine if Mr. Sivacilar should be removed from Canada. The adjudicator issued a departure notice. Mr. Sivacilar applied for judicial review of the adjudicator's decision. The Federal Court of Appeal set aside the decision of the adjudicator. Hugessen J.A. writing for the Court, stated at p. 59:

The document submitted to the Governor in Council requesting special authority contains, as I have indicated, in two separate places a formal assertion, endorsed by a senior immigration officer, that all the requirements of the Act have been met. The document is a request for authority to admit the applicant notwithstanding subsection 9(1). *Upon the adoption of the order in council P.C. 1983-2469, the applicant became a person with a right to come into or remain in Canada. He had acquired the right to be landed and nothing remained to be done in the granting of landing to him.* His wife's subsequent purported withdrawal of the sponsorship was accordingly without effect.

(Italic added.)

(Typed as per original with errors and/or omissions.)

Appellant's counsel submitted that *Sivacilar* stands for the proposition that landing is effected by a process of decisions. In particular, "landing" which is defined in subs. 2(1) of the Act as meaning "lawful permission to come into Canada to establish permanent residence" is merely a determination by an immigration officer that a person is admissible to Canada. In the case where the requirement of obtaining an immigrant visa is waived, the person is landed after the immigration officer makes a decision that the person meets all the requirements of the Act and regulations.

Appellant's counsel submitted that, in this case, this decision was made by Ms. [immigration officer] when she submitted the request for exemption to the Governor-in-Council. Once this was obtained, the appellant was landed.

There was no requirement in the Act or the regulations that an immigration officer take an additional step and land the appellant by completing a record of landing. Counsel for the appellant categorized this step as an after the fact recording of the previous determination by the immigration officer.

une exemption de visa grâce au décret octroyé par le Gouverneur en Conseil.

Par la suite, la femme de M. Sivacilar a renoncé au parrainage. Une enquête a été convoquée pour le motif que M. Sivacilar travaillait au Canada sans avoir d'abord obtenu un permis de travail. L'arbitre devait déterminer si M. Sivacilar devait être renvoyé du Canada. L'arbitre a par conséquent signifié un avis d'interdiction de séjour. M. Sivacilar a demandé qu'on procède à un contrôle judiciaire de la décision de l'arbitre. La Cour d'appel fédérale a rejeté la décision de l'arbitre. Le juge Hugessen, J.C.A., rédigeant au nom du tribunal, a déclaré ce qui suit à la p. 59:

Comme je l'ai indiqué, le document soumis au gouverneur en conseil pour demander une autorisation spéciale contient, à deux endroits distincts, l'affirmation officielle, approuvée par un agent d'immigration supérieur, que toutes les conditions de la Loi ont été remplies. Dans ce document, il est demandé l'autorisation d'admettre le requérant malgré le paragraphe 9(1). *Le décret en conseil C.P. 1983-2469 une fois adopté, le requérant est devenu une personne ayant droit d'entrer au Canada et d'y demeurer. Il avait acquis le droit d'être reçu et il ne restait aucune formalité à remplir pour lui octroyer le droit d'établissement.* Le fait que, par la suite, sa femme ait prétendu retirer son parrainage n'affectait aucunement ce droit.

(Italique ajouté.)

(Reproduction de l'original avec erreurs et omissions.)

Le conseil de l'appelant a allégué qu'on peut invoquer l'affaire *Sivacilar* lorsque le droit d'établissement entre en vigueur par suite d'un processus de décision. L'expression «droit d'établissement» est définie au paragraphe 2(1) de la Loi et signifie «autorisation d'entrer au Canada pour y établir sa résidence permanente». Il s'agit tout simplement d'une décision rendue par un agent d'immigration selon laquelle une personne est admissible au Canada. Dans le cas où l'on accorde une dispense aux exigences relatives à l'obtention d'un visa d'immigrant, la personne obtient le droit d'établissement après que l'agent d'immigration décide qu'elle satisfait à toutes les exigences énoncées dans la Loi et son règlement.

Le conseil de l'appelant a allégué que, dans l'affaire en l'espèce, cette décision a été prise par [l'agente d'immigration] lorsqu'elle a présenté la demande d'exemption au Gouverneur en Conseil. Une fois la dispense obtenue, l'appelant a obtenu le droit d'établissement.

La Loi et le règlement n'exigent pas qu'un agent d'immigration effectue d'autres démarches et accorde le droit d'établissement à l'appelant en remplissant une fiche relative au droit d'établissement. Le conseil de l'appelant a qualifié cette étape «d'enregistrement après les faits» qui suit la première décision de l'agent d'immigration.

Counsel for the respondent submitted that the Federal Court of Appeal in *Sivacilar* simply set aside the departure notice against Mr. Sivacilar. By the granting of the exemption from the requirements of subs. 9(1) of the *Immigration Act, 1976*, the Governor-in-Council conferred upon Mr. Sivacilar the right to be landed in Canada. The Court did not confer permanent resident status upon Mr. Sivacilar. It simply allowed Mr. Sivacilar to exercise the right to be landed by an immigration officer.

In support of his argument, respondent's counsel relied upon the decisions of the Federal Court of Canada, Trial Division in *Ho (Ho v. Canada (Minister of Employment & Immigration))* (1986), 47 Alta. L.R. (2d) 82, 6 F.T.R. 78 and *Dawson (Dawson v. Canada (Minister of Employment & Immigration))* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 37, 21 F.T.R. 212.

The sole Board member of the I.R.B.'s Appeal Division then continued to report the Minister's counsel's analysis of *Ho [Ho v. Can. (Min. of Employment and Immigration)]* (1986), 47 Alta. L.R. (2d) 82 (F.C.T.D.) and *Dawson [Dawson v. Minister of Employment and Immigration]* (1988), 21 F.T.R. 212 (F.C.T.D.). The Board continued at pages 285-286 thus:

The learned Associate Chief Justice made it clear that the effect of his ruling was not to confer landed immigrant status upon Mr. Ho.

The learned judge stated at p. 80 [F.T.R.]:

I also assume that, since the effect of this decision is only to preserve the right of Kwong Man Ho to pursue his application for landed status and does not order the granting of status, the respondent's concerns in that regard are fully met.

The Federal Court of Canada reached a similar conclusion in *Dawson*. The Honourable Mr. Justice Teitelbaum followed *Sivacilar* and held that the wife's withdrawal of her sponsorship had no force or effect because the applicant had acquired the right to be granted permanent residency in Canada as a landed immigrant when the Governor-in-Council's exemption from the requirements of s. 9 of the *Immigration Act, 1976* had been granted. The court issued an order by way of mandamus that the respondent Minister process the application for landing filed by the applicant and to grant him permanent resident status in Canada.

Counsel for the respondent argued that the above two cases supported the proposition that, while the appellant had

Le conseil de l'intimé a allégué que, dans *Sivacilar*, la Cour d'appel fédérale avait simplement décidé de casser l'avis d'interdiction de séjour dont M. Sivacilar avait été frappé. En accordant une exemption face aux exigences du paragraphe 9(1) de la *Loi sur l'immigration de 1976*, le Gouverneur en Conseil a par le fait même conféré à M. Sivacilar le droit d'établissement au Canada. Le tribunal n'a pas conféré le statut de résident permanent à l'intéressé. Il lui a seulement permis de présenter une demande de droit d'établissement à un agent d'immigration.

Pour étayer cet argument, le conseil de l'intimé s'est référé aux décisions rendues par la Cour fédérale du Canada, Section de première instance, dans *Ho (Ho c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration))* (1986), 47 Alta. L.R. (2d) 82, 6 F.T.R. 78 et *Dawson (Dawson c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration))* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 37, 21 F.T.R. 212.

Le membre unique de la section d'appel de la C.I.S.R. a poursuivi en présentant l'analyse que l'avocat du ministre avait faite des décisions *Ho [Ho c. Can. (Min. de l'Emploi et de l'Immigration)]* (1986), 47 Alta. L.R. (2d) 82 (C.F. 1^{re} inst.) et *Dawson [Dawson c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration]* (1988), 21 F.T.R. 212 (C.F. 1^{re} inst.). La section d'appel a poursuivi en déclarant, aux pages 285 et 286:

Le savant juge en chef adjoint a fait savoir que sa décision ne visait pas à conférer le statut d'immigrant ayant reçu le droit d'établissement à M. Ho.

Le savant juge a déclaré à la p. 80 [F.T.R.] que:

En outre, conformément à la décision, on ne peut que reconnaître à Kwong Man Ho le droit de présenter sa demande d'établissement, mais non ordonner que le statut qu'il demande lui soit accordé. En ce sens, les conditions de l'intimé sont respectées.

La Cour fédérale du Canada est parvenue à une conclusion semblable dans *Dawson*. L'honorable juge Teitelbaum s'est référé à *Sivacilar* et a maintenu que la renonciation de la femme au processus de parrainage était sans effet parce que le requérant avait reçu le droit d'obtenir le statut de résident permanent au Canada en tant qu'immigrant reçu ayant reçu le droit d'établissement dès le moment où le Gouverneur en Conseil lui avait accordé une exemption aux exigences de l'art. 9 de la *Loi sur l'immigration de 1976*. Le tribunal a émis un bref de mandamus selon lequel l'intimé, le Ministre, devait traiter la demande de droit d'établissement présentée par le requérant et devait lui conférer le statut de résident permanent au Canada.

Le conseil de l'intimé a allégué que les deux cas précités appuyaient la proposition selon laquelle, même si l'appellant

acquired the right to obtain permanent resident status following the granting of the exemption from the requirements of subs. 9(1) of the Act by the Governor-in-Council, it did not confer landed immigrant status upon the appellant. Status as a permanent resident could only be conferred by an immigration officer taking the additional step of landing the appellant or by an order of the court ordering the respondent Minister to take that action. Provided that the requirements of the Act and the regulations had been met, the person concerned would be landed by an immigration officer. This action did not take place in this case. Therefore, the appellant was not a permanent resident.

Counsel for the respondent submitted that the adjudicator did not err in rejecting the appellant's claim for permanent resident status and in finding the appellant to be a person described in para. 27(2)(d) of the Act.

The Board member concluded that the respondent's counsel was correct. He found that the waiver of requirement of subsection 9(1) of the Act [*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2] from the Governor in Council is akin to being issued a visa by a visa officer and then presenting oneself before an immigration officer for examination at a port of entry pursuant to the Regulations' section 12 [*Immigration Regulations*, 1978, SOR/78-172 (as am. by SOR/83-540, s. 2)].

The Board's reasons continue at page 286:

The issuance of the visa by the visa officer does not confer landed immigrant status on the prospective immigrant any more than does the granting of an exemption by the Governor-in-Council.

Landed immigrant status is only obtained after the immigrant is landed by the immigration officer at the port of entry. Similarly, while the appellant had acquired the right to obtain permanent resident status, his right would only crystallize when he was landed by an immigration officer.

Nowhere in the reasons for judgment of the Honourable Mr. Justice Hugessen in *Sivacilar* is there any mention that the mere granting of the waiver by the Governor-in-Council from the requirements of subs. 9(1) of the *Immigration Act*, 1976, confer upon the person concerned the status of a landed immigrant.

avait reçu le droit d'obtenir le statut de résident permanent du fait de l'octroi d'une exemption aux exigences du par. 9(1) de la Loi par le Gouverneur en Conseil, cela ne lui conférerait pas automatiquement le statut d'immigrant ayant reçu le droit d'établissement. Le statut de résident permanent ne peut être conféré que par un agent d'immigration qui prend des mesures supplémentaires pour accorder à l'intéressé le droit de s'établir ou encore, par une ordonnance du tribunal selon laquelle l'intimé, le Ministre, doit faire une telle démarche. Sous réserve que les exigences de la Loi et de son règlement aient été satisfaites, l'intéressé se verrait conférer le droit d'établissement par un agent d'immigration. Cette étape n'a pas été effectuée dans l'affaire en l'espèce. Par conséquent, l'appellant n'était pas un résident permanent.

Le conseil de l'intimé a allégué que l'arbitre n'avait pas commis d'erreur en rejetant la demande de résidence permanente de l'appelant et en déterminant que l'appelant était une personne visée à l'al. 27(2)d) de la Loi.

Le membre de la section d'appel a jugé que l'avocat de l'intimé avait raison. Il a estimé que la situation de la personne qui a été soustraite par le gouverneur en conseil à l'application du paragraphe 9(1) de la Loi [*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2] s'apparente à celle de l'immigrant à qui un agent des visas a délivré un visa et qui se présente ensuite en personne devant un agent d'immigration à un point d'entrée conformément à l'article 12 du Règlement [*Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172 (mod. par DORS/83-540, art. 2)].

Les motifs de la section d'appel se poursuivent à la page 286:

La délivrance du visa par l'agent des visas ne confère pas le statut d'immigrant ayant reçu le droit d'établissement à l'immigrant éventuel, pas plus que l'octroi d'une exemption par le Gouverneur en Conseil.

Le statut d'immigrant ayant reçu le droit d'établissement ne peut être obtenu qu'après que l'immigrant a obtenu de l'agent d'immigration au point d'entrée le droit de s'établir au pays. De même, même si l'appelant avait obtenu le droit de revendiquer le statut de résident permanent, ce droit n'aurait été concrétisé que lorsqu'un agent d'immigration lui aurait octroyé le droit d'établissement.

Nulle part dans les motifs du jugement rendu par le juge Hugessen dans *Sivacilar* ne retrouve-t-on une mention selon laquelle le simple octroi par le Gouverneur en Conseil d'une dispense aux exigences du par. 9(1) de la *Loi sur l'immigration de 1976* confère à l'intéressé le statut d'immigrant ayant reçu le droit d'établissement.

I am further of the opinion that decisions of the Federal Court of Canada in *Ho* and *Dawson* accurately set out the state of the law in this area. Both decisions are consistent with the decision of the Supreme Court of Canada in *Jiminez-Perez* [[1984] 2 S.C.R. 565]. In *Jiminez-Perez*, the Supreme Court of Canada held that there is no landing application to be granted or sponsored until the Order in Council waiver is granted. *Jiminez-Perez* was not considered by the Federal Court of Appeal in *Sivacilar*. I am prepared to follow both *Ho* and *Dawson*. I therefore agree with the adjudicator's conclusion that the appellant was not a permanent resident and thus a person described in para. 27(2)(d) of the Act.

The Board [at page 287] also concluded that since the applicant is not a person described in section 70 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; c. 29, s. 6] of the Act, he is "not a person who has been conferred with a right of appeal to the Appeal Division", which, he concluded, was without jurisdiction to hear and determine the appeal. The Board's decision is reported at (1993), 17 Imm. L.R. (2d) 279.

This issue of whether the exempting order in council *ipso facto*, itself, constitutes permanent residence for the applicant, or not, although the Act and Regulations do not explicitly so provide, has been recently considered by a Trial Division Judge in *Dass v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 2 F.C. 337. With complete and willing respect to a colleague of equal rank, this judge notes that there are findings in *Dass* upon which reasonable people could respectfully disagree without rancour. Thus, at page 346:

... it is the subsequent conviction of Mr. Dass that caused the Department to refuse to continue to process his application for landing and permanent residency. I am of the opinion that Mr. Dass's subsequent conviction is analogous to the withdrawal of sponsorship by the wives in *Sivacilar* and *Dawson*, (*supra*). As the withdrawal was found not to affect the right to landing documents in those cases, I am of the view that the subsequent criminal convictions here should not affect the issuance of landing or the processing of the permanent residency application in this case.

It is that analogy which this judge finds some difficulty in reconciling. Withdrawal of sponsorship does not imply or necessarily involve any antisocial or

En outre, j'estime que la décision rendue par la Cour fédérale du Canada dans *Ho* et *Dawson* énonce exactement l'état du droit à cet égard. Ces deux décisions correspondent à celle rendue par la Cour suprême du Canada dans *Jiminez-Perez* [[1984] 2 R.C.S. 565]. Dans *Jiminez-Perez*, la Cour suprême du Canada a maintenu qu'il n'y avait pas eu de parrainage d'une demande de droit d'établissement avant qu'un décret du conseil soit obtenu. Dans *Sivacilar*, la Cour d'appel fédérale ne s'est pas référée à *Jiminez-Perez*. Je suis disposé à suivre les motifs énoncés dans *Ho* et *Dawson*. Je souscris donc à la conclusion de l'arbitre selon laquelle l'appelant n'était pas un résident permanent et qu'il était une personne visée à l'alinéa 27(2)d) de la Loi.

La section d'appel [à la page 287] a également conclu que, comme le requérant n'était pas une personne visée à l'article 70 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18; ch. 29, art. 6] de la Loi, il n'était pas non plus «une personne à qui on a conféré un droit d'interjeter appel devant la Section d'appel», laquelle, a-t-elle conclu, n'était pas compétente pour entendre l'appel. La décision de la section d'appel est publiée à (1993), 17 Imm. L.R. (2d) 279.

La question de savoir si le décret de dispense confère *ipso facto* de lui-même la résidence permanente au requérant même si la Loi et le Règlement ne le prévoient pas explicitement a récemment été examinée par la Section de première instance dans le jugement *Dass c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 2 C.F. 337. En toute déférence pour un collègue de rang égal, le juge en l'espèce fait observer que le jugement *Dass* renferme des conclusions avec lesquelles des personnes raisonnables pourraient, sans rancœur, ne pas être d'accord. Ainsi, à la page 346:

... c'est la condamnation subséquente de M. Dass qui a poussé le Ministère à refuser de poursuivre l'instruction de sa demande de droit d'établissement et de résidence permanente. À mon avis, la condamnation subséquente de M. Dass rappelle le retrait du parrainage par l'épouse dans les causes *Sivacilar* et *Dawson*, *supra*. Tout comme il a été jugé que le retrait du parrainage n'affectait pas le droit à l'autorisation d'établissement dans ces cas, j'estime en l'espèce que les condamnations subséquentes ne devaient avoir aucun effet sur la délivrance de l'autorisation d'établissement ou sur l'instruction de la demande de résidence permanente.

C'est cette analogie que le juge en l'espèce trouve difficile à accepter. Le retrait de l'engagement de parrainage ne suppose pas nécessairement que le

criminal acts on the applicant's part. There is no perpetration of any crime or other offence against Canada and the Canadian people implied in the withdrawal of spousal sponsorship. To analogize criminal offences on the applicant's part with the withdrawal of sponsorship on the applicant's spouse's part, is to draw a long bow—perhaps far too long. With utmost respect for a learned colleague, criminal acts on the applicant's part must be viewed, in general and without mitigating factors, as acts which disqualify an applicant from proceeding with an application for landing.

If landing or establishing permanent residence be a two-stage proceeding, then, obtaining exemption from applying abroad for a visa will not of itself eliminate the second stage. Such, at least, seems to be the true intent of Parliament. Here is the critical path; starting in the Act's Part II "Admission to Canada" [s. 9(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 4)]:

9. (1) Except . . . as . . . prescribed . . . every immigrant . . . shall make an application for and obtain a visa before that person appears at a port of entry.

The theme of appearing at a port of entry continues in the ordinary course of events. An "immigrant" is a "person who seeks landing" through, of course, a port of entry.

Still in Part II—Admission to Canada, one finds [ss. 12(1) (as am. *idem*, s. 7), (3), 14(1), (2) (as am. *idem*, s. 8), (4) (as am. *idem*)]:

12. (1) Subject to the regulations, every person seeking to come into Canada shall appear before an immigration officer at a port of entry . . . for examination to determine whether that person is a person who shall be allowed to come into Canada or may be granted admission [i.e. entry or landing].

...

(3) Where an immigration officer commences an examination referred to in subsection (1), the officer may, in such circumstances as the officer deems proper,

requérant a commis des actes anti-sociaux ou criminels. Le retrait de l'engagement de parrainage du conjoint n'implique pas qu'il y a eu perpétration d'un crime ou d'une autre infraction contre le Canada et la population canadienne. L'analogie entre la perpétration d'infractions criminelles de la part du requérant et le retrait de l'engagement de parrainage de la part de la femme du requérant est forte, voire même tirée par les cheveux. En toute déférence pour un éminent collègue, les actes criminels commis par le requérant doivent être considérés—en général et sans circonstances atténuantes—comme des actes qui rendent le requérant irrecevable à présenter une demande d'établissement.

Si le droit d'établissement ou l'établissement d'une résidence permanente constitue un processus à deux étapes, l'obtention d'une dispense de présenter une demande de visa à l'étranger ne fera pas disparaître en elle-même la seconde étape. Voilà, du moins, ce qui semble être la véritable intention du législateur. Le chemin critique se trouve dans les dispositions suivantes: à la partie II de la Loi intitulée «Admission au Canada» [art. 9(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 4)]:

9. (1) . . . sauf cas prévus par règlement, les immigrants . . . doivent demander et obtenir un visa avant de se présenter à un point d'entrée.

En temps normal, l'obligation de se présenter à un point d'entrée subsiste. Un «immigrant» est une «personne qui sollicite l'établissement» en se présentant, évidemment, à un point d'entrée.

Toujours à la partie II (Admission au Canada), on trouve ce qui suit [art. 12(1) (mod., *idem*, art. 7), (3), 14(1), (2) (mod., *idem*, art. 8), (4) (mod., *idem*)]:

12. (1) Sous réserve des règlements, quiconque cherche à entrer au Canada est tenu de se présenter devant un agent d'immigration à un point d'entrée ou à tout autre lieu désigné par l'agent principal en vue de l'interrogatoire visant à déterminer s'il est autorisé à entrer au Canada ou s'il peut y être admis.

...

(3) L'agent d'immigration qui procède à l'interrogatoire peut, lorsqu'il le juge à propos:

- (a) adjourn the examination and refer the person being examined to another immigration officer for completion of the examination; and
- (b) detain . . . the person.

- a) confier la fin de l'interrogatoire à un autre agent d'immigration;
- b) retenir la personne interrogée . . .

. . .

a

. . .

14. (1) Where an immigration officer is satisfied that a person whom the officer has examined

14. (1) L'agent d'immigration laisse entrer au Canada ceux dont l'interrogatoire l'a convaincu:

- (a) has a right to come into Canada,

b

- a) soit qu'ils en ont le droit;

. . .

. . .

the officer shall allow that person to come into Canada.

c

(2) Where an immigration officer is satisfied that it would not be contrary to this Act or the regulations to grant landing to an immigrant whom the officer has examined, the officer shall

(2) L'agent d'immigration qui est convaincu, après interrogatoire d'un immigrant, que l'octroi du droit d'établissement ne contreviendrait pas, dans son cas, à la présente loi ni à ses règlements est tenu:

- (a) grant landing to that immigrant; or

d

- a) soit de lui accorder ce droit;

- (b) authorize that immigrant to come into Canada on condition that the immigrant be present for further examination by an immigration officer within such time and at such place as the immigration officer who examined the immigrant may direct.

e

- b) soit de l'autoriser à entrer au Canada à condition qu'il se présente, pour interrogatoire complémentaire, devant un agent d'immigration dans le délai et au lieu fixés.

. . .

. . .

(4) Where an immigration officer is satisfied that it would not be contrary to this Act or the regulations to grant landing to an immigrant who has been authorized pursuant to paragraph (2)(b), 23(1)(b) or 32(3)(b) to come into Canada, the officer shall, after such further examination as the officer deems necessary, grant landing to the immigrant.

f

(4) L'agent d'immigration qui est convaincu, après interrogatoire complémentaire, que l'établissement au Canada d'un immigrant autorisé à y entrer au titre des alinéas (2)b), 23(1)b) ou 32(3)b) ne contreviendrait pas à la présente loi ni à ses règlements lui en accorde le droit.

g

Above are recited the bare essentials of the statutory scheme of admission to Canada. As noted earlier herein, it is at least a two-stage proceeding. Subsection 9(1) is the essence of the first stage, requiring applying for and obtaining a visa overseas before presenting oneself at a Canadian port of entry. The second stage is the self-presenting of the immigrant, would-be permanent resident, to an immigration officer at a port of entry for examination. It is at least a two-stage proceeding, unless and until Parliament enacts otherwise. There are, of course, other requirements, the most obvious of which are background enquiries for a security clearance and the medical clearance required in section 11 [as am. *idem*, s. 6].

h

Sont reproduits ci-dessus les éléments essentiels du régime d'admission au Canada prévu par la loi. Ainsi que la Cour l'a déjà fait remarquer, il s'agit d'un processus qui comporte au moins deux étapes. Le paragraphe 9(1) contient l'essentiel de la première étape, celle qui consiste à demander et obtenir un visa à l'étranger avant de se présenter à un point d'entrée au Canada. La seconde étape est celle au cours de laquelle l'immigrant—le résident permanent potentiel—se présente en personne devant un agent d'immigration à un point d'entrée pour y être interrogé. Il s'agit donc d'un processus qui comporte au moins deux étapes, tant que le législateur fédéral n'en aura pas décidé autrement. Il existe, bien sûr, d'autres

In the case of *Sivacilar* [*Sivacilar v. Minister of Employment and Immigration* (1984), 57 N.R. 57] the Court of Appeal held that the applicant there, holder of an immigrant visa, had the right to come into Canada. Such people, including Mr. Sivacilar had acquired the right to be landed. The Court however did not hold that he had acquired permanent resident status. It did say “nothing remains to be done” in granting landing to Sivacilar, but that was because in that instance, on those facts, all the necessary clearances had been effected. The right to be landed is not of itself landing, but only a right still to be exercised if there be no legal obstacles in the opinion of an immigration officer. Two distinct stages. *Sivacilar*, then, does not govern this present case at bar, so as to obviate those stages.

Such a notion of two stages, at least, was expressed in *Ho v. Can. (Min. of Employment and Immigration)* (1986), 47 Alta. L.R. (2d) 82 (F.C.T.D.), where, at page 85, the Associate Chief Justice is reported, thus:

The facts are identical to those in *Sivacilar* and I consider myself bound by the *Sivacilar* decision. The proper conclusion here is that Kwong Man Ho retains the right to perfect his application from within Canada, exempt from the provisions of s. 9 of the Act, a right which cannot be taken from him by any withdrawal of sponsorship on the part of his wife. As such, he is not subject to inquiry as would be a visitor who had overstayed the authorized period, and an order will go prohibiting the conduct of any such inquiry. There will also be an order by way of mandamus directing the respondents to process such application from within Canada in accordance with existing law and regulations. The outcome of any such application is not my concern and any order purporting to direct a result of that application would be inappropriate. [Emphasis not in original text.]

The Associate Chief Justice declined to declare that the applicant was already landed.

conditions, dont les plus évidentes sont l'enquête sur les antécédents en vue de l'autorisation sécuritaire et la visite médicale exigée par l'article 11 [mod., *idem*, art. 6].

Dans l'arrêt *Sivacilar* [*Sivacilar c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1984), 57 N.R. 57], la Cour d'appel a statué que le requérant, à qui avait été délivré un visa d'immigrant, avait le droit d'entrer au Canada. La Cour a jugé que les titulaires de visas d'immigrant—dont M. Sivacilar faisait partie—acquièrent ainsi le droit d'être reçus. La Cour n'a cependant pas statué que M. Sivacilar avait acquis le statut de résident permanent. Elle a bel et bien dit qu'«il ne restait aucune formalité à remplir» pour lui octroyer le droit d'établissement, mais cela tenait au fait que, dans cette affaire, vu l'ensemble des faits, toutes les autorisations nécessaires avaient été accordées. Le droit d'être reçu ne constitue pas en soi le droit d'établissement, mais uniquement un droit qu'il reste à exercer si l'agent d'immigration estime qu'il n'existe aucun obstacle juridique. Il y a deux étapes distinctes. L'arrêt *Sivacilar* ne régit donc pas la présente espèce et il ne permet pas de se soustraire à ces deux étapes.

Ce concept des deux étapes a du moins été formulé dans le jugement *Ho c. Can. (Min. de l'Emploi et de l'Immigration)* (1986), 47 Alta. L.R. (2d) 82 (C.F. 1^{re} inst.), dans lequel à la page 85, le juge en chef adjoint déclare:

Les faits sont identiques à ceux de l'affaire *Sivacilar* et je me considère lié par cette décision. Par conséquent, Kwong Man Ho conserve le droit de présenter sa demande depuis le Canada, et il est exempté des dispositions de l'art. 9 de la Loi. Ce droit ne peut lui être refusé parce que sa femme lui a retiré son parrainage. Il ne peut donc être soumis à une enquête comme le serait le visiteur qui a prolongé son séjour au Canada sans autorisation; et une ordonnance interdira la tenue d'une telle enquête. De plus, un mandamus enjoindra aux intimés de traiter la demande depuis le Canada, conformément aux lois et règlements actuels. Je ne veux pas présumer de l'issue de cette demande et toute ordonnance visant un résultat particulier serait mal venue. [Non souligné dans le texte original.]

Le juge en chef adjoint a refusé de déclarer que le requérant avait déjà obtenu le droit d'établissement.

Madam Justice Reed, in *Ferrerya v. Minister of Employment and Immigration* (1992), 56 F.T.R. 270 (F.C.T.D.), did not repudiate the at-least-two-stages notion. She held, as recorded at page 272:

It is clear, in my view, that an order-in-council exempting an individual from the visa requirements of subs. 9(1) of the *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. 1-2, does not confer a right to permanent residence on the applicant. The exemption's effect is to allow the making of an application for landing despite the fact that the applicant is already within Canada. [s. 9(1) stated:] "Except in such cases as are prescribed, every immigrant and visitor shall make an application for and obtain a visa before that person appears at a port of entry".

The *Sivacilar* decision (*Sivacilar v. Minister of Employment and Immigration* (1984), 57 N.R. (F.C.A.)) is based on the fact that the application for landing had been determined. It had been dealt with before the exempting order-in-council issued. Mr. Justice Hugessen makes it abundantly clear that on two occasions in the application, it was stated that, that applicant had met all the requirements of the Act.

Mr. Justice Gibson, in *Escamilla v. Canada (Solicitor General)* (1993), 68 F.T.R. 93 (F.C.T.D.), where a record of landing had never been issued to the applicant, is reported to have this to say about the at-least-two-stages notion, at page 99:

The Applicant certainly was not a Canadian citizen. Permanent residents are persons who, among other things, have been granted landing. Having just concluded that the Department was not, by virtue of the Order-in-Council described above, obliged to grant the applicant landing, that is, permission to come into Canada or remain in Canada to establish permanent residence, and there being no evidence whatsoever before me that the Applicant had de facto been landed, the adjudicator as an official who is bound by the provisions of the *Immigration Act*, had no alternative but to proceed with the inquiry pursuant to s. 27(2).

The conditional deportation order made by the adjudicator was made by him in accordance with law. I find no basis that would justify an order quashing it or setting it aside. Two reports were appropriately made by immigration officers to the Deputy Minister of Employment and Immigration. The choice to proceed on the basis of the report under s. 19(1)(c) of the *Immigration Act* in respect of the offence committed within Canada for which the applicant was convicted after the Order-in-Council was issued rather

Dans le jugement *Ferrerya c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1992), 56 F.T.R. 270 (C.F. 1^{re} inst.), madame le juge Reed n'a pas désavoué le concept du processus comportant au moins deux étapes. Elle a déclaré, à la page 272:

Or, il est évident, selon moi, qu'un décret du conseil qui soustrait une personne à l'obligation d'obtenir un visa énoncée au paragraphe 9(1) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. 1-2, n'est nullement attributif du droit à la résidence permanente. L'exemption permet simplement de demander le droit d'établissement en dépit du fait que l'auteur de la demande se trouve déjà au Canada. [Le paragraphe 9(1) disposait:] «Sauf dans les cas prévus, tous les immigrants et visiteurs sont tenus de demander et d'obtenir un visa avant d'arriver à un point d'entrée».

L'arrêt *Sivacilar* (*Sivacilar c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*) (1984), 57 N.R. 57 (C.A.F.)) repose sur le fait qu'une décision avait déjà été rendue relativement à la demande du droit d'établissement. Cela s'était passé avant la prise du décret portant exemption et le juge Hugessen souligne bien qu'à deux endroits dans la demande il avait été affirmé que le requérant avait rempli toutes les conditions de la Loi.

Voici, pour sa part, ce que le juge Gibson a déclaré au sujet du processus comportant au moins deux étapes dans le jugement *Escamilla c. Canada (Soliciteur général)* (1993), 68 F.T.R. 93 (C.F. 1^{re} inst.), dans lequel le requérant n'avait jamais reçu de fiche relative au droit d'établissement. Le juge a déclaré à la page 99:

Le requérant n'est certainement pas citoyen canadien. Les résidents permanents sont des personnes qui, entre autres, ont obtenu le droit d'établissement. Comme je viens de conclure que le décret susmentionné n'oblige pas le ministre à accorder au requérant le droit d'établissement, c'est-à-dire la permission d'entrer au Canada ou d'y demeurer pour y établir sa résidence permanente, et que rien dans la preuve dont je dispose ne m'indique que le requérant a obtenu de fait ce droit, l'arbitre, en tant que fonctionnaire lié par la *Loi sur l'immigration*, ne peut faire autrement que procéder à l'enquête en vertu du paragraphe 27(2).

La mesure d'expulsion conditionnelle prise par l'arbitre l'a été légalement. Je ne trouve rien qui puisse justifier son annulation. Deux rapports ont été faits comme il se doit par des agents d'immigration au sous-ministre de l'Emploi et de l'Immigration. Le choix de donner suite au rapport fondé sur l'alinéa 19(1)c) de la *Loi sur l'immigration*, concernant l'infraction commise au Canada et dont le requérant a été déclaré coupable après que le décret a été pris, plutôt qu'un rapport antérieur, fondé sur l'alinéa 19(2)a), concernant

than to proceed on the basis of the earlier report under s. 19(2) in respect to the offence committed outside Canada, was entirely open to the Deputy Minister of Employment and Immigration who directed the Inquiry. . . .

As indicated above, I have concluded, as did the Adjudicator, that the applicant was not a person who had acquired the right to come into or remain in Canada. He was effectively barred at all relevant times by s. 19(2)(a) of the **Immigration Act**. Although that paragraph contains a relieving process, the onus to institute it in the circumstances of this case lay on the applicant and there was no evidence before me that he endeavoured to discharge that onus.

Other jurisprudence cited by the parties consisted of:

Minister of Employment and Immigration et al. v. Jiminez-Perez et al., [1984] 2 S.C.R. 565; *John v. Minister of Employment and Immigration* (T-2463-89, April 10, 1990 Addy, J.), not reported; *Virk v. Minister of Employment and Immigration* (1991), 46 F.T.R. 145 (F.C.T.D.); *Taei v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 64 F.T.R. 311 (F.C.T.D.); *Pillay v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 70 F.T.R. 12 (F.C.T.D.); and *Kanes v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 72 F.T.R. 226 (F.C.T.D.).

The applicant is a Sikh preacher according to the information on page 70 of his application record, a copy of his request for special authority from the governor in council: in the transcript of the hearing before the adjudicator, he is said to be a lawyer. The two professions are not incompatible. The immigration officer who signed that request for special authority to waive the requirements of the Act's subsection 9(1) "visa", was principally concerned about the *bona fides* of the applicant's marriage and her concern was allayed. She signed that request on June 11, 1985. The exempting Order in Council P.C. 1986-291, registered as SOR/86-180 [*Immigration Visa Exemption Regulations No. 1*, 1986], January 30, 1986, is published in the Canada Gazette, Part II, Vol. 120, No. 4 of 19/2/86. It is stated to be made "pursuant to subsection 9(1) and paragraph 115(1)(ii) of the Immigration Act, 1976." Its operative section is 3, "Subsection 9(1) of the Act does not apply to an immigrant whose

l'infraction commise à l'étranger, appartenait entièrement au sous-ministre de l'Emploi et de l'Immigration qui a ordonné l'enquête . . .

Comme je l'ai indiqué plus haut, j'ai conclu, comme l'a fait l'arbitre, que le requérant n'était pas une personne ayant obtenu le droit d'entrer au Canada ou d'y demeurer. Il ne pouvait absolument pas obtenir ce droit parce qu'il se heurtait, pendant toute la période pertinente, à l'empêchement prévu à l'alinéa 19(2)a) de la **Loi sur l'immigration**. Même si cet alinéa prévoit une procédure d'exemption, le fardeau de mettre celle-ci en oeuvre incombe, dans les circonstances de l'espèce, au requérant, et rien dans la preuve dont je dispose ne m'indique qu'il s'est déchargé de ce fardeau.

Les parties ont également cité les décisions suivantes:

Ministre de l'Emploi et de l'Immigration et autres c. Jiminez-Perez et autre, [1984] 2 R.C.S. 565; *John c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (T-2463-89, 10 avril 1990, le juge Addy) non publiée; *Virk c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1991), 46 F.T.R. 145 (C.F. 1^{re} inst.); *Taei c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 64 F.T.R. 311 (C.F. 1^{re} inst.); *Pillay c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 70 F.T.R. 12 (C.F. 1^{re} inst.); et *Kanes c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 72 F.T.R. 226 (C.F. 1^{re} inst.).

Le requérant est un prédicateur sikh, suivant les renseignements contenus à la page 70 de son dossier de demande, une copie de sa demande d'autorisation spéciale du gouverneur en conseil; suivant la transcription des notes sténographiques de l'audience qui s'est déroulée devant l'arbitre, il serait un avocat. Ces deux professions ne sont pas incompatibles. L'agente d'immigration qui a signé cette demande d'autorisation spéciale de dispense de l'obligation faite par le paragraphe 9(1) de la Loi d'obtenir un visa avait surtout des doutes au sujet de l'authenticité du mariage du requérant. Ses soupçons ont été dissipés. Elle a signé la demande en question le 11 juin 1985. Le décret de dispense C.P. 1986-291, enregistré sous le numéro DORS/86-180 [*Règlement de dispense du visa—Immigration n° 1*, 1986] le 30 janvier 1986 est publié dans la partie II de la Gazette du Canada, vol. 120, n° 4 du 19 février 1986. Le texte de ce décret précise qu'il est pris «en vertu du paragraphe 9(1) et de

name appears in the schedule.” The applicant is named in the schedule. What does not thereby apply to him? The very same subsection 9(1) which is earlier recited herein is what. So, the applicant was lawfully exempted from the statutory requirement to “make an application for and obtain a visa before [he] appears at a port of entry”. That is the first stage and that is his exemption, no more and no less.

The applicant was never exempted from complying with the provisions of the second stage such as are manifested in sections 11, 12 and 14, for example. But, as this file reveals, he did not comply with the requirements of the second stage. Thus, he did not become a permanent resident of Canada: he was never landed. This is confirmed by the certificate by J.-Y. Prévost copied on page 63 of the applicant’s record. The learned member of the Appeal Division rightly held:

The issuance of the visa by the visa officer does not confer landed immigrant status on prospective immigrant any more than does the granting of an exemption by the Governor-in-Council.

This Court upholds that conclusion.

The Appeal Division further held that because the applicant was not a permanent resident, he was not a person described in the Act’s section 70. Therefore the Appeal Division had no jurisdiction to pronounce on his appeal against the removal order issued against him.

The foregoing finding was strongly pressed by the applicant’s counsel for adjudication, and to be reserved.

In the meanwhile, in February and June, 1990, even before the adjudicator’s decision, and before the conditional deportation order was issued on October

l’alinéa 115(1)ii) de la Loi sur l’immigration de 1976». Son paragraphe clé est le paragraphe 3, qui dispose: «Le paragraphe 9(1) de la Loi ne s’applique pas à un immigrant dont le nom figure à l’annexe». Le requérant est nommé désigné dans l’annexe. Qu’est-ce qui ne s’applique pas à lui? Le même paragraphe 9(1) déjà reproduit dans les mêmes motifs. Ainsi donc, le requérant a été légalement dispensé de l’obligation légale de «demander et obtenir un visa avant de se présenter à un point d’entrée». Il s’agit là de la première étape qu’il devait franchir et de la dispense qu’il a obtenue—rien de plus, rien de moins.

Le requérant n’a jamais été dispensé de se conformer aux dispositions de la seconde étape que l’on retrouve par exemple aux articles 11, 12 et 14. Mais, ainsi qu’il ressort du dossier, il n’a pas satisfait aux exigences de la seconde étape. Par conséquent, il n’est pas devenu un résident permanent du Canada: il n’a jamais obtenu le droit de s’y établir, comme le confirme l’attestation de M. J.-Y. Prévost qui est reproduite à la page 63 du dossier du requérant. À cet égard, le membre de la section d’appel a déclaré:

La délivrance du visa par l’agent des visas ne confère pas plus le statut d’immigrant ayant reçu le droit d’établissement à l’immigrant éventuel, pas plus que l’octroi d’une exemption par le Gouverneur en Conseil.

La Cour confirme cette conclusion.

La section d’appel a également statué que, comme le requérant n’était pas un résident permanent, il n’était pas une personne visée à l’article 70 de la Loi. La section d’appel a statué qu’elle n’avait donc pas compétence pour se prononcer sur l’appel interjeté par le requérant de la mesure de renvoi prise contre lui.

L’avocat du requérant a fortement insisté pour que la Cour se prononce sur la conclusion qui précède. La Cour a sursis au prononcé d’une décision sur cette question.

Dans l’intervalle, en février et en juin 1990, même avant la décision de l’arbitre et avant que la mesure d’expulsion conditionnelle ne soit prise le 25 octo-

25, 1991, the applicant was experiencing trouble with the criminal law.

So, obviously at the time when the Board's decision was being formulated and rendered, between March 12 and April 30, 1992, a criminal law conviction on two counts of conspiracy was in place against the applicant, and it was on this conviction, in essence, that the deportation order was based. The offences are described in a document, "Admission of Facts" which the applicant's counsel signed on his behalf on April 30, 1991, which is confirmed by the copy of the indictment, and the other documents of and in the County Court of Vancouver, pages 51 through 64 of the applicant's record. Paragraph 3 of the Admission of Facts (page 64) runs:

3. [The applicant, Nagra] was convicted in Vancouver, B.C. on June 28th, 1990 [by Wetmore, C.C.J. and a jury] of the following offences: (a) one count of conspiracy to commit the indictable offence of fraudulent personation contrary to paragraph 403(a) of the Criminal Code of Canada; and (b) one count of conspiracy to commit the indictable offence of procuring a passport by knowingly making a written or an oral statement that is false, contrary to paragraph 57(2)(b) of the Criminal Code of Canada.

The applicant was sentenced to a concurrent term of four months' imprisonment on the first two of three counts, as seen on page 62.

The British Columbia Court of Appeal found some flaws in the County Court's verdict but nevertheless dismissed the applicant's appeal [(1993), 44 W.A.C. 81]. The wheels of justice ground on and on March 14, 1994, rather long after the I.R.B. Appeal Division's decision was released (April 30, 1992), the Supreme Court of Canada spoke. The citation is *R. v. Nagra*, [1994] 1 S.C.R. 355. The judgment of the Supreme Court was delivered orally by the Chief Justice [at page 356]:

We need not hear from you Mr. Tammen. We are allowing the appeal. We are of the view that we do not think this is an appropriate case in which the provisos of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46,

bre 1991, le requérant a eu des démêlés avec la justice.

Ainsi, de toute évidence au moment même où la section d'appel formulait et rendait sa décision, c'est-à-dire entre le 12 mars et le 30 avril 1992, le requérant a été reconnu coupable de deux chefs d'accusation de complot et c'est essentiellement sur cette déclaration de culpabilité que la mesure d'expulsion était fondée. Les infractions reprochées sont exposées dans un document intitulé «Reconnaissance des faits» que l'avocat du requérant a signé au nom de ce dernier le 30 avril 1991 et qui est confirmé par la copie de l'acte d'accusation et par les autres documents de la Cour de comté de Vancouver qui se trouvent aux pages 51 à 64 du dossier du requérant. Le paragraphe 3 de la Reconnaissance des faits est ainsi libellé (page 64):

[TRADUCTION] 3. [Le requérant, Nagra] a été reconnu coupable à Vancouver (C.-B.) le 28 juin 1990 [par le juge Westmore et un jury] des infractions suivantes; a) un chef d'accusation de complot en vue de commettre l'acte criminel de supposition intentionnelle de personne prévu à l'alinéa 403a) du Code criminel du Canada; b) d'un chef d'accusation de complot en vue de commettre l'acte criminel prévu à l'alinéa 57(2)b) du Code criminel du Canada (obtention d'un passeport par suite d'une déclaration écrite ou orale qu'il savait être fausse).

Le requérant a, comme on le voit à la page 62, été condamné à une peine concurrente d'emprisonnement de quatre mois pour les deux premiers des trois chefs d'accusation.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a constaté que le verdict de la Cour de comté n'était pas exempt de défauts, mais elle a néanmoins débouté le requérant de son appel [(1993), 44 W.A.C. 81]. La justice a péniblement suivi son cours et, le 14 mars 1994, assez longtemps après le prononcé de la décision de la section d'appel de la C.I.S.R. (le 30 avril 1992), la Cour suprême du Canada a parlé. L'intitulé de cet arrêt est *R. c. Nagra*, [1994] 1 R.C.S. 355. L'arrêt de la Cour suprême a été prononcé à l'audience par le juge en chef [à la page 356]:

Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M^c Tammen. Nous accueillons le pourvoi. Nous sommes d'avis qu'il ne s'agit pas d'un cas où il convenait [que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique applique] les dispositions du sous-

[no substantial wrong or miscarriage of justice] should have been applied [by the B.C. Court of Appeal].

Therefore, the appeal is allowed, the conviction is set aside and a new trial is ordered.

That disposition is a far cry from an outright acquittal. It did, however, set aside, or vacate, the convictions upon which the deportation order was based. No word of the new trial, if any, has been received by this Court.

Now, what? The impugned decision by the Board's learned member on April 30, 1992 was and remains quite correct. Since then, the ground for the deportation order has been cut out from under it by the setting aside of the criminal convictions imposed on the applicant. It can now more clearly be seen why the applicant's counsel is so insistent to have this Court declare the applicant to be already a permanent resident. But the best one can say about it, is that with the convictions set aside maybe he should be a permanent resident, but maybe not.

The Supreme Court of Canada ordered a new trial. Whether the new trial will ever be held, this Court does not know. Essential witnesses could have drifted away or, if not, their memories may not be so acute now, as they were at the time of trial. There could be other reasons. The question of new trial or not, can possibly be answered by the Attorney General of British Columbia.

In the meanwhile, the applicant is not shown to have completed the second stage for obtaining permanent residence, because of the then quite legitimate report under subsection 27(2) [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 4; S.C. 1992, c. 49, s. 16] of the *Immigration Act*. The respondent's counsel "concedes that the deportation order can no longer stand" (transcript: page 5, lines 8 and 9). That is a perfectly proper concession, but, of course, the deportation order will not just lie down and die because of it. It needs to be put down, or quashed, by judicial authority, if the adjudicator who made the deportation order cannot do that because he is perhaps *functus officio*.

al. 686(1b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 [décision entachée d'une erreur grave ou erreur judiciaire].

En conséquence, le pourvoi est accueilli, la déclaration de culpabilité est annulée et un nouveau procès est ordonné.

^a On est loin d'un acquittement pur et simple. La Cour suprême a cependant bel et bien annulé les condamnations sur lesquelles la mesure d'expulsion était fondée. Notre Cour n'a pas entendu parler d'un éventuel nouveau procès.

Alors donc, où en sommes-nous? La décision contestée qui a été rendue le 30 avril 1992 par le membre de la section d'appel était et demeure bien fondée. Depuis lors, le motif fondant la mesure d'expulsion en a été supprimé par suite de l'annulation des condamnations criminelles dont le requérant a fait l'objet. Il est maintenant possible de mieux comprendre pourquoi l'avocat du requérant insiste tant pour que la Cour déclare que le requérant est déjà un résident permanent. Mais tout ce qu'on peut dire, c'est que maintenant que les condamnations ont été annulées, il devrait peut-être avoir le statut de résident permanent ou ne pas l'avoir.

La Cour suprême du Canada a ordonné la tenue d'un nouveau procès. La Cour fédérale ne sait pas si le nouveau procès aura jamais lieu. Il se peut que des témoins essentiels aient disparu, que leurs souvenirs soient moins précis maintenant qu'ils ne l'étaient au moment du premier procès. Il pourrait y avoir d'autres raisons. Il est possible que le procureur général de la Colombie-Britannique puisse répondre à la question de savoir si un nouveau procès aura lieu.

Dans l'intervalle, il n'a pas été démontré que le requérant avait franchi la seconde étape lui permettant d'obtenir la résidence permanente, à cause du rapport alors tout à fait légitime qui a été fait en vertu du paragraphe 27(2) [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 4; L.C. 1992, ch. 49, art. 16] de la *Loi sur l'immigration*. L'avocat de l'intimé [TRADUCTION] «concede que la mesure d'expulsion n'est plus valide» (lignes 8 et 9 de la page 5 de la transcription). Il s'agit là d'une concession tout à fait légitime, mais elle ne suffit évidemment pas à faire disparaître la mesure d'expulsion. La mesure d'expulsion doit être invalidée ou annulée par une autorité judiciaire si l'arbitre qui

Here, at pages 50-51 of the transcript, is the respondent's entirely reasonable position:

MS. WEAVER: [respondent's counsel] My Lord, as I indicated to you at the outset, this question did not need to be determined today, as the whole issue of whether he is a permanent resident arises because of the fact that he would like to appeal the deportation order. And as I have indicated to Your Lordship, the respondent is prepared to concede that the deportation order, being based on convictions which have been overturned by the Supreme Court of Canada, can't stand.

I also note that, although my friend in his application for what was at that time an originating Notice of Motion, did seek to have the deportation order quashed. I don't think that question can actually properly be before your Lordship in a case where the only decision being challenged is the decision of the Immigration Appeal Division. But I take it from my friend he does not wish to do whatever is necessary to get that question directly before Your Lordship.

Both counsel enter into questionable arguments as recorded in the transcript at page 55, line 19, to page 57, line 57 and page 59, line 25, to page 60, line 11. One thing is entirely clear and that is that the respondent seems willing to bend over backwards to help the applicant to vacate or to extinguish the deportation order made by the Adjudicator on October 25, 1991:

ON THE BASIS OF THE EVIDENCE ADDUCED AT THE INQUIRY HELD UNDER THE PROVISIONS OF THE IMMIGRATION ACT AS AMENDED I HEREBY CONDITIONALLY ORDER THAT YOU BE DEPORTED PURSUANT TO PARAGRAPH 32.1(4) OF THAT ACT BECAUSE YOU ARE A PERSON DESCRIBED IN

paragraph 27(2)(d) of the Immigration Act, in that you are a person who has been convicted of an offence under the Criminal Code of Canada.

(Typed as per original with errors and/or omissions.)

Both counsel seemed to be oblivious of:

1. the Chief Justice's Direction No. 18;

a pris la mesure d'expulsion ne peut plus le faire parce qu'il est dessaisi de l'affaire.

Voici, aux pages 50 et 51 de la transcription, la thèse tout à fait raisonnable de l'intimé:

a [TRADUCTION] M^c WEAVER: [l'avocate de l'intimé] Monsieur le juge, ainsi que je vous l'ai précisé au départ, il n'est pas nécessaire de trancher cette question aujourd'hui, étant donné que la question de savoir s'il est un résident permanent se pose en raison du fait qu'il désire interjeter appel de la mesure d'expulsion. Et, comme je vous l'ai déjà précisé, l'intimé est disposé à concéder que la mesure d'expulsion n'est pas valide, étant donné qu'elle est fondée sur des condamnations qui ont été annulées par la Cour suprême du Canada.

c Je vous fais également remarquer que, bien que, dans la demande qu'il a alors présentée sous forme de requête introductive d'instance, mon collègue concluait effectivement à l'annulation de la mesure d'expulsion, je ne crois pas que vous puissiez être régulièrement saisi de cette question alors que la seule décision qui est contestée est celle de la Section d'appel de l'immigration. Mais si je le comprends bien, mon collègue ne désire pas prendre les mesures nécessaires pour soumettre directement cette question à la Cour.

e Les deux avocats se sont engagés dans un débat discutable qui est consigné dans la transcription, de la page 55, ligne 19, à la page 57, ligne 57, et de la page 59, ligne 25, à la page 60, ligne 11. Il y a une chose qui est parfaitement claire et c'est que l'intimé semble disposé à se mettre en quatre pour aider le requérant à annuler ou à éteindre la mesure d'expulsion suivante qui a été prise le 25 octobre 1991 par l'arbitre:

g [TRADUCTION] VU L'ENSEMBLE DE LA PREUVE PRODUITE À L'ENQUÊTE TENUE CONFORMÉMENT AUX DISPOSITIONS DE LA LOI SUR L'IMMIGRATION, MODIFIÉE, J'ORDONNE PAR LES PRÉSENTES QUE VOUS FASSIEZ L'OBJET D'UN RENVOI CONDITIONNEL EN VERTU DU PARAGRAPHE 32.1(4) DE LADITE LOI PARCE QUE VOUS ÊTES UNE PERSONNE VISÉE À

h l'alinéa 27(2)(d) de la Loi sur l'immigration du fait que vous êtes une personne qui a été déclarée coupable d'une infraction prévue au Code criminel du Canada.

i (Reproduit conformément à l'original avec les erreurs et les omissions)

j Les deux avocats semblent ne pas être conscients:

1. de la directive n° 18 du juge en chef;

2. the repeal of paragraph 28(1)(g) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] by S.C. 1992, c. 49, section 128; and

3. the relief sought by the applicant herein as recited, above, from paragraph (c) of his amended originating notice of motion pursuant to section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act*: an order to quash the removal order made by Adjudicator Leach made against the applicant, on October 25, 1991.

The first two items above are procedural provisions. The very salutary rule of interpretation exacts that, an applicant (or plaintiff) is not to be deprived of his or her standing in substantive law at the time of invoking the Court's power to relieve, but that the parties must nevertheless abide by procedural amendments as and when such amendments come into force. Given the import of factors 1 and 2 above, this Court is not in the least hampered in according the applicant the relief he seeks in his motion's paragraph (c). This appears to be the common-sense knife with which to cut the Gordian knot in which the parties' respective counsel have tied themselves. This particular knot appears to be a unique one.

So, in summation the Adjudicator was correct in holding that the applicant is not a landed, permanent resident; but it now turns out after the decision that the concurrent deportation order made by the Adjudicator has no sustaining basis, and must be quashed; and, the orders rendered by the Appeal Division's sole member are all also correct because the applicant had, and still has no status as a permanent resident; and no serious question of general importance arises here.

The respondent's designation must be modified *nunc pro tunc* to that which appears above.

Accordingly, this Court is concurrently ordering that, with leave, the removal order made by Adjudicator Leach against the applicant on October 25, 1991,

2. de l'abrogation de l'alinéa 28(1)g) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] par L.C. 1992, ch. 49, article 128;

3. de la réparation demandée par le requérant en l'espèce à l'alinéa c) de sa requête introductive d'instance modifiée fondée sur l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*, à savoir une ordonnance annulant la mesure d'expulsion prise le 25 octobre 1991 par l'arbitre Leach contre le requérant.

Les deux premiers points sont des questions d'ordre procédural. Le principe d'interprétation salutaire qui s'applique exige que le requérant (ou le demandeur) ne soit pas privé de la qualité pour agir que lui reconnaît le droit substantiel au moment où il invoque le pouvoir de réparation de la Cour, mais que les parties respectent néanmoins les modifications procédurales au moment de leur entrée en vigueur. Compte tenu de la portée du premier et du deuxième facteur susmentionnés, la Cour a toute la latitude voulue pour accorder au requérant la réparation qu'il sollicite à l'alinéa c) de sa requête. Il semble qu'il s'agisse là du couteau qui permet de trancher de façon logique et sensée le nœud gordien dans lequel les avocats des parties se sont empêtrés. Ce nœud semble unique.

Ainsi donc, en résumé, l'arbitre a eu raison de statuer que le requérant n'est pas un résident permanent qui a obtenu le droit d'établissement; toutefois, il s'avère, depuis le prononcé de cette décision, que la mesure d'expulsion que l'arbitre a prise simultanément n'a aucun fondement valable et qu'elle doit être annulée. En outre, les ordonnances prononcées par le membre unique de la section d'appel sont également bien fondées, étant donné que le requérant n'avait pas—et n'a toujours pas—le statut de résident permanent. Finalement, la présente affaire ne soulève aucune question grave de portée générale.

La désignation de l'intimé doit être remplacée *nunc pro tunc* par celle qui figure ci-dessus.

En conséquence, la Cour accorde la permission demandée et annule la mesure d'expulsion prise le 25 octobre 1991 par l'arbitre Leach contre le requé-

shall be quashed; and in all other respects the applicant's amended originating notice of motion is accorded leave and is dismissed.

rant. La Cour accorde la permission demandée en ce qui concerne tous les autres aspects de la requête introductive d'instance modifiée du requérant et rejette à cet égard la requête en question.

A-656-94

A-656-94

Her Majesty the Queen (*Appellant*)**Sa Majesté la Reine** (*appelante*)

v.

c.

Fording Coal Limited (*Respondent*)^a **Fording Coal Limited** (*intimée*)*INDEXED AS: CANADA v. FORDING COAL LTD. (C.A.)**RÉPERTORIÉ: CANADA c. FORDING COAL LTD. (C.A.)*Court of Appeal, Strayer, Décary and McDonald JJ.A.
—Ottawa, September 26 and November 15, 1995.b Cour d'appel, juges Strayer, Décary et McDonald,
J.C.A.—Ottawa, 26 septembre et 15 novembre 1995.

Income tax — Income calculation — Deductions — Successor rules — Applying Income Tax Act, s. 245, seeding transaction (successor mining corporation (Fording) transferring nominal interest (.001%) in productive resource property to predecessor mining corporation (Elco) before acquisition by successor corporation of all or substantially all of predecessor's Canadian resource properties) not permitting deduction (over \$13,000,000 in cumulative Canadian exploration expense (CCEE) and cumulative Canadian development expense (CCDE)), from successor's future income from property already owned by it, of expenses incurred by predecessor prior to sale on other property subject of sale — Deduction of CCEE and CDEE amounts serving to artificially and unduly reduce Fording's income.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Règles concernant les corporations remplaçantes — Par application de l'art. 245 de la Loi de l'impôt sur le revenu, l'opération d'amorçage (par laquelle la compagnie minière remplaçante a cédé une participation nominale (0,001 %) dans un avoir minier au prédécesseur (Elco) avant de racheter à celui-ci la totalité ou quasi-totalité de ses avoirs miniers canadiens) ne permet pas la déduction (plus de 13 000 000 \$ en frais cumulatifs d'exploration au Canada (FCEC) et frais cumulatifs d'aménagement au Canada (FCAC)) du revenu que la corporation remplaçante tire à l'avenir d'avoirs qui lui appartenaient déjà, de dépenses engagées avant la vente par le prédécesseur sur les autres biens faisant l'objet de l'achat — La déduction des FCEC et FCAC sert à réduire le revenu de Fording indûment et de façon factice.

This was an appeal from a decision of the Tax Court of Canada allowing an appeal by the respondent, Fording Coal Ltd., from a reassessment of its 1985 to 1990 tax years.

f Appel contre la décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a fait droit à l'appel formé par l'intimée, Fording Coal Ltd., contre une nouvelle cotisation de ses années d'imposition 1985 à 1990.

By an agreement in 1985, Elco Mining Ltd. (which had accumulated both cumulative Canadian exploration expense (CCEE) in the amount of \$7,277,134 and cumulative Canadian development expense (CCDE) in the amount of \$6,642,581) purchased from Fording a .001% interest in the Fording River coal mine. About a month later, Fording purchased all or substantially all of Elco's Canadian resource properties, including the .001% interest in Fording. As a result of a joint election under subsections 66.1(4) and 66.2(3) of the *Income Tax Act* (successor rules), thereby making Fording a "successor corporation", Fording deducted Elco's CCEE and CCDE from the income generated by the Fording coal mine. Revenue Canada disallowed the deductions on the basis that Fording had adopted a tax avoidance scheme within section 245 of the Act and the deduction would artificially reduce taxpayer's income. The Tax Court allowed Fording's appeal from that decision on the basis that the literal and plain meaning of subsections 66.1(4) and 66.2(3) permits the deduction of these amounts; that there was no sham; and that subsection 245(1) of the Act (artificial transactions) did not apply.

g Par un accord conclu en 1985, Elco Mining Ltd., qui avait accumulé à la fois 7 277 134 \$ de frais cumulatifs d'exploration au Canada (FCEC) et 6 642 581 \$ de frais cumulatifs d'aménagement au Canada (FCAC), a acheté de Fording une participation de 0,001 p. 100 dans la houillère de Fording River. Au bout d'un mois à peu près, Fording a acheté à Elco la totalité ou quasi-totalité de ses «avoirs miniers canadiens», y compris sa participation de 0,001 p. 100 dans la houillère de Fording. Les deux ayant fait conjointement un choix sous le régime des paragraphes 66.1(4) et 66.2(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (les règles concernant les corporations remplaçantes), ce qui fait de Fording une «corporation remplaçante», elle a déduit les FCEC et FCAC d'Elco du revenu produit par la houillère de Fording River. Revenue Canada a rejeté ces déductions par ce motif que ce qu'a fait Fording, c'était une manœuvre d'évitement fiscal tombant sous le coup de l'article 245 de la Loi, du fait que ces déductions avaient pour effet de réduire son revenu de façon factice. La Cour de l'impôt a fait droit à l'appel formé par Fording contre cette décision par ce motif que les termes sans équivoque des paragraphes 66.1(4) et 66.2(3) permettent la déduction de ces sommes, qu'il n'y a pas trompe-

Held (McDonald J.A. dissenting), the appeal should be allowed.

Per Strayer J.A.: The literal and plain meaning of the successor rules permits the deduction of these amounts. Where the words are clear they must prevail. There was no sham here: these were legal transactions which had the effect of transferring interests so as to make possible the claim by the respondent for the deductions.

However, the deduction was disallowed under section 245. It provides that "no deduction may be made in respect of a disbursement or expense made or incurred in respect of a transaction or operation that, if allowed, would unduly or artificially reduce the income". In *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, the Supreme Court held that the words "in respect of" were of the widest possible scope. The deduction in this case had its origin in the disbursement or expense made or incurred by the predecessor company in respect of the Elco lands. The section did not require that a disbursement or expense have been made or incurred by the taxpayer in question. The wording was inclusive enough to cover disbursements or expenses incurred by Elco on Elco's lands. The phrase "made or incurred in respect of a transaction or operation" modified "disbursement or expense" and seemed to add very little to the content of the latter.

The deductions unduly or artificially reduced income. Section 245 was not designed to disallow transactions or operations, but rather to deny them a tax consequence where income would be artificially reduced. Thus the central issue was the undue or artificial nature of the reduction of income, not the artificiality of the transaction. The deduction claim arose out of the seeding transaction which was not in accordance with normal business practice. That of itself was not determinative of the artificiality of the deduction, but it was relevant. The fact that the seeding transaction was incidental to the much larger transaction by which the taxpayer acquired a 50% interest in the Elk River coal joint venture was not relevant. Nor was the issue whether the seeding transaction was legally effective. It was. The crux of the matter was the artificiality of the deduction which was claimed solely in consequence of the seeding transaction.

It was not contradictory that subsection 245(1) could operate to disallow a deduction which the Act, as here, specifically authorized. It must be assumed that Parliament contemplated that deductions permitted under the criteria

l'œil, et que le paragraphe 245(1) de la Loi (opérations factices) ne s'applique pas.

Arrêt (avec avis dissident du juge McDonald, J.C.A.): l'appel doit être accueilli.

Le juge Strayer, J.C.A.: Pris littéralement, les termes sans équivoque des règles concernant les corporations remplaçantes permettent la déduction des sommes en cause. Lorsque le texte est clair, il doit prévaloir. Il n'y a pas eu trompe-l'œil en l'espèce: il s'agit d'opérations licites de cession et de rétrocession de parts de façon à rendre possible la demande de déduction de l'intimée.

Cependant, cette déduction a été rejetée en application de l'article 245, aux termes duquel «aucune déduction ne peut être faite à l'égard d'[in respect of] un débours fait ou d'une dépense faite ou engagée, relativement à une affaire ou opération qui, si elle était permise, réduirait indûment ou de façon factice le revenu». Dans *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, la Cour suprême a conclu que les mots «in respect of» (quant à) ont la portée la plus large possible. En l'espèce, la déduction avait son origine dans le débours fait ou la dépense engagée par le prédécesseur à l'égard des avoirs miniers Elco. L'article 245 n'exige pas que le débours ou la dépense ait été fait par le contribuable lui-même. Sa formulation est suffisamment générale pour couvrir les débours ou dépenses faits par Elco sur les avoirs miniers Elco. L'expression «faite ou engagée relativement à [in respect of] une affaire ou opération» qualifie les «débours ou dépense» et ne semble guère ajouter à leur contenu.

Les déductions en cause réduisent le revenu indûment ou de façon factice. L'article 245 ne vise pas à exclure des affaires ou opérations, mais à empêcher qu'elles aient pour conséquence fiscale la réduction factice du revenu. La question centrale est donc le caractère indu ou factice de la réduction du revenu, non pas le caractère factice de l'opération. En l'espèce, la déduction revendiquée découle de l'opération d'amorçage qui n'était pas conforme aux habitudes normales du commerce. Ce fait en soi ne constitue pas le facteur déterminant du caractère factice de la déduction, mais il doit certainement entrer en ligne de compte. Peu importe que l'opération d'amorçage soit un élément d'une opération bien plus importante, par laquelle la contribuable a acquis une participation de 50 % dans la coentreprise houillère d'Elk River. La question de savoir si elle est légalement valide ou non n'est pas non plus déterminante. Cette opération est légalement valide. Ce qui doit retenir notre attention, c'est le caractère factice de la deduction revendiquée au seul titre de l'opération d'amorçage.

Il n'est pas illogique que le paragraphe 245(1) puisse s'appliquer pour exclure une déduction que la Loi autorise expressément, comme c'est le cas en l'espèce. Il faut présumer que le législateur a prévu que des déductions

specified elsewhere in the Act could in some situations unduly or artificially reduce income, in which case they would be disallowed under subsection 245(1). The deductions, in the circumstances of the present case, were contrary to the object and spirit of the Act. The intention was to allow the purchaser of mining property to acquire along with that property (if the vendor so agrees) the benefit of unused tax pool deductions including CCEE and CCDE, available for use against income derived in the future from that property.

No public purpose would be served by allowing the deduction in the present case so as to allow the respondent to deduct, from future income from properties it previously owned, the expenses incurred in the past exploration and development of other newly acquired property which has produced nothing since its acquisition.

Per McDonald J.A. (*dissenting*): the appeal should be dismissed.

The Tax Court Judge did not err in concluding that Fording was permitted to deduct the CCDE and CCEE as it did. Fording freely admitted that the "seeding transaction" was entered into solely for tax purposes. That alone was not enough to invalidate the deductions to which it gave rise. As the Trial Judge said, a court should not excise a portion from a legitimate business agreement because it may have given rise to the kind of tax advantage the Minister later sought to have specifically prohibited by securing an amendment. There was nothing in the plain wording of the successor rules to prohibit what was done, nor did the respondent contravene the object and spirit of the Act. When the successor rules were amended in 1977 and in 1987, the Department fully understood the use of a seeding transaction as a tax planning strategy. Despite this awareness, when the amendments addressing the issue were finally introduced in 1987, they were not given retrospective effect. This was relevant, particularly when investigating the object and spirit of subsections 66.1(4) and 66.2(3).

There was no limitation on the amount of the interest a predecessor company was required to purchase in order for a successor company such as Fording to utilize the deductions as it did. The Court cannot and should not read in a threshold. Fording did not do anything that was not in keeping with either the plain wording or the object and spirit of the successor rules. An object and spirit analysis should not become a means by which every loophole or omission in the Act is rectified to the detriment of the taxpayer by a judiciary agreeable to the Minister's frequent argument that such an interpretation of the section could not have been what Parliament intended.

permisses selon les critères spécifiés par d'autres dispositions de la Loi pourraient, dans certains cas, réduire le revenu de façon induc ou factice, auxquels cas elles seraient rejetées en application du paragraphe 245(1). Eu égard aux circonstances de la cause, les déductions revendiquées en l'espèce s'opposent à l'objet et à l'esprit de la Loi. Les opérations en cause visaient à permettre à l'acheteur des avoirs miniers d'acquérir en même temps (si le vendeur y consent) le bénéfice des comptes fiscaux, y compris les FCEC et FCAC, non encore utilisés et à valoir sur le revenu à tirer à l'avenir des mêmes avoirs.

Ce serait contraire à l'intérêt public de permettre les déductions en cause de façon que l'intimée puisse déduire, du revenu à tirer à l'avenir de biens qui lui appartiennent déjà, des dépenses faites par le passé pour l'exploration et l'aménagement d'autres biens nouvellement acquis, lesquels n'ont rien produit depuis leur acquisition.

Le juge McDonald, J.C.A. (*dissent*): l'appel doit être rejeté.

Le juge de la Cour de l'impôt n'a pas commis une erreur en concluant que Fording avait le droit de déduire les FCEC et FCAC tels qu'elle les a revendiqués. Fording reconnaît sans difficulté que l'«opération d'amorçage» a été conclue uniquement à des fins fiscales. Ce fait seul ne suffit pas pour invalider les déductions auxquelles l'opération a donné lieu. Ainsi que l'a conclu le juge de première instance, il ne faut pas invalider un élément d'un accord commercial légitime du fait qu'il peut avoir donné lieu à l'avantage fiscal que le ministre a subséquemment cherché à faire interdire expressément au moyen de la modification du texte applicable. Rien dans les termes sans équivoque des règles concernant les corporations remplaçantes n'interdit ce qui a été fait en l'espèce, et l'intimée n'a enfreint ni l'objet ni l'esprit de la Loi. Lorsque ces règles furent modifiées en 1977 et en 1987, le Ministère avait parfaitement conscience du recours aux opérations d'amorçage à titre de stratégie de planification fiscale. N'empêche qu'au moment où les modifications en la matière furent finalement introduites en 1987, elles n'ont pas été rendues rétroactives. Voilà un facteur à prendre en considération, en particulier lorsqu'il s'agit d'examiner la question au regard des paragraphes 66.1(4) et 66.2(3).

Il n'y avait aucune restriction quant à l'ordre de grandeur de la participation qu'un prédécesseur devait acheter afin qu'une corporation remplaçante telle Fording puisse se prévaloir des déductions comme elle l'a fait en l'espèce. La Cour ne peut pas et ne doit pas conclure à l'existence d'un seuil minimum. Fording n'a rien fait qui ne soit pas conforme aux termes clairs ou à l'objet ou l'esprit des règles concernant les corporations remplaçantes. Il ne faut pas faire de l'analyse de l'objet et de l'esprit d'un texte de loi, un moyen de combler toute lacune ou omission de la Loi au détriment du contribuable et dans le sens de l'argument fréquemment avancé par le ministre, savoir que pareille

Subsection 245(1) did not apply to the present case as there was no disbursement or expense made or incurred from which a deduction was claimed. The "transaction or operation" attacked as artificial was the seeding transaction. However, the expenses and disbursements comprising the CCDE and CCEE were not "made or incurred in respect of" the seeding transaction. And since the transaction was found to be within the object and spirit of the successor rules, it could not be said to be artificial and disallowed by subsection 245(1). If a section creates a complex means by which a taxpayer can receive a specific benefit, and if the taxpayer's actions in so doing have been found to be in keeping with both the plain meaning and the object and spirit of the relevant sections, then subsection 245(1) cannot operate to disallow the deductions which arose.

interprétation de la disposition en question ne pourrait être conforme à la volonté du législateur.

Le paragraphe 245(1) ne s'applique pas en l'espèce car il n'y a eu aucun débours ou aucune dépense faits ou engagés à l'égard desquels une déduction a été revendiquée. L'«affaire ou l'opération» qualifiée de factice est l'opération d'amorçage. Cependant, les dépenses et débours constituant les FCAC et FCEC n'ont pas été «faits ou engagés relativement à» l'opération d'amorçage. Et puisque cette opération a été jugée conforme à l'objet et à l'esprit des règles concernant les corporations remplaçantes, elle ne saurait être jugée factice et exclue par le paragraphe 245(1). Si une disposition établit un régime complexe dont le contribuable puisse se prévaloir pour recevoir un avantage spécifique, et ce, de manière jugée conforme aux termes clairs comme à l'objet et l'esprit des dispositions applicables, le paragraphe 245(1) ne s'applique pas pour exclure les déductions en qui découlent.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 324.
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 66.1(4) (as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 36; S.C. 1977-78, c. 1, s. 30; 1984, c. 1, s. 28), 66.2(3) (as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 36; S.C. 1977-78, c. 1, s. 31; 1979, c. 5, s. 21; 1980-81-82-83, c. 48, s. 35; 1984, c. 1, s. 29), 66.7(3) (as enacted by S.C. 1987, c. 46, s. 23), 66.7(4) (as enacted *idem*), 245(1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

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; *Canada v. Irving Oil Ltd.*, [1991] 1 C.T.C. 350; (1991), 91 DTC 5106; 126 N.R. 47 (F.C.A.); *Shulman, Isaac v. Minister of National Revenue*, [1961] Ex. C.R. 410; [1961] CTC 385; (1960), 61 DTC 1213; *Fell (D) Ltd et al v The Queen*, [1981] CTC 363; (1981), 81 DTC 5282 (F.C.T.D.); *Consolidated-Bathurst Ltd. v. Canada*, [1987] 2 F.C. 3; [1987] 1 C.T.C. 55; (1986), 87 DTC 5001; 72 N.R. 147 (C.A.).

DISTINGUISHED:

R v Alberta and Southern Gas Co Ltd, [1977] CTC 388; (1977), DTC 5244 (F.C.A.).

CONSIDERED:

Stuart Investments Ltd. v. The Queen, [1984] 1 S.C.R. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 66.1(4) (édicte par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 36; S.C. 1977-78, ch. 1, art. 30; 1984, ch. 1, art. 28), 66.2(3) (édicte par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 36; S.C. 1977-78, ch. 1, art. 31; 1979, ch. 5, art. 21; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 35; 1984, ch. 1, art. 29), 66.7(3) (édicte par S.C. 1987, ch. 46, art. 23), 66.7(4) (édicte, *idem*), 245(1).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 324.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

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; *Canada c. Irving Oil Ltd.*, [1991] 1 C.T.C. 350; (1991), 91 DTC 5106; 126 N.R. 47 (C.A.F.); *Shulman, Isaac v. Minister of National Revenue*, [1961] R.C.É. 410; [1961] CTC 385; (1960), 61 DTC 1213; *Fell (D) Ltd et al c La Reine*, [1981] CTC 363; (1981), 81 DTC 5282 (C.F. 1^{re} inst.); *Consolidated-Bathurst Ltd. c. Canada*, [1987] 2 C.F. 3; [1987] 1 C.T.C. 55; (1986), 87 DTC 5001; 72 N.R. 147 (C.A.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

R c Alberta and Southern Gas Co Ltd, [1977] CTC 388; (1977), DTC 5244 (C.A.F.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Stuart Investments Ltd. c. La Reine, [1984] 1 R.C.S. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84

DTC 6305; 53 N.R. 241; *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3; (1994), 63 Q.A.C. 161; 95 DTC 5017; 171 N.R. 161; *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312; [1994] 2 C.T.C. 25; (1994), 94 DTC 6314; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; [1995] 2 C.T.C. 369; (1995), 95 DTC 5551 (S.C.C.); *Mattabi Mines Ltd. v. Ontario (Minister of Revenue)*, [1988] 2 S.C.R. 175; (1988), 53 D.L.R. (4th) 656; [1988] 2 C.T.C. 294; 87 N.R. 300; 29 O.A.C. 268; *Canterra Energy Ltd. v. The Queen*, [1987] 1 C.T.C. 89; (1986), 87 DTC 5019; 71 N.R. 394 (F.C.A.); *Canada v. Mara Properties Ltd.*, [1995] 2 F.C. 433; [1995] 2 C.T.C. 86; (1995), 95 DTC 5168; 179 N.R. 363 (C.A.); *Mark Resources Inc. v. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 2259; (1993), 93 DTC 1004 (T.C.C.); *Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of)*, [1936] A.C. 1 (H.L.).

a

b

c

REFERRED TO:

R v Esskay Farms Ltd., [1976] CTC 24; (1975), 76 DTC 6010 (F.C.T.D.); *McKee (G) v The Queen*, [1977] CTC 491; (1977), 77 DTC 5345 (F.C.T.D.); *Harris v. Minister of National Revenue*, [1966] S.C.R. 489; (1966), 57 D.L.R. (2d) 403; [1966] CTC 226; 66 DTC 5189.

d

e

APPEAL from a decision of the Tax Court of Canada (*Fording Coal Ltd. v. Canada*, [1995] 1 C.T.C. 2734; (1994), 95 DTC 571 (T.C.C.)) allowing an appeal from a decision of the Minister of National Revenue disallowing a deduction of cumulative Canadian exploration expense and cumulative Canadian development expense claimed under subsections 66.1(4) and 66.2(3) of the *Income Tax Act* on the basis that the seeding transaction which permitted it fell within the ambit of section 245 of the Act. Appeal allowed.

f

g

COUNSEL:

Roger E. Taylor and Kathleen T. Lyons for appellant.
Warren J. A. Mitchell, Q.C., Karen R. Sharlow and James H. G. Roche for respondent.

h

i

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Thorsteinssons, Vancouver, for respondent.

j

DTC 6305; 53 N.R. 241; *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3; (1994), 63 Q.A.C. 161; 95 DTC 5017; 171 N.R. 161; *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312; [1994] 2 C.T.C. 25; (1994), 94 DTC 6314; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; [1995] 2 C.T.C. 369; (1995), 95 DTC 5551; *Mattabi Mines Ltd. c. Ontario (Ministre du Revenu)*, [1988] 2 R.C.S. 175; (1988), 53 D.L.R. (4th) 656; [1988] 2 C.T.C. 294; 87 N.R. 300; 29 O.A.C. 268; *Canterra Energy Ltd. c. La Reine*, [1987] 1 C.T.C. 89; (1986), 87 DTC 5019; 71 N.R. 394 (C.A.F.); *Canada c. Mara Properties Ltd.*, [1995] 2 C.F. 433; [1995] 2 C.T.C. 86; (1995), 95 DTC 5168; 179 N.R. 363 (C.A.); *Mark Resources Inc. c. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 2259; (1993), 93 DTC 1004 (C.C.I.); *Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of)*, [1936] A.C. 1 (H.L.).

DÉCISIONS CITÉES:

R c Esskay Farms Ltd., [1976] CTC 24; (1975), 76 DTC 6010 (C.F. 1^{re} inst.); *McKee (G) c La Reine*, [1977] CTC 491; (1977), 77 DTC 5345 (C.F. 1^{re} inst.); *Harris v. Minister of National Revenue*, [1966] R.C.S. 489; (1966), 57 D.L.R. (2d) 403; [1966] CTC 226; 66 DTC 5189.

APPEL contre la décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt (*Fording Coal Ltd. c. Canada*, [1995] 1 C.T.C. 2734; (1994), 95 DTC 571 (C.C.I.)) a fait droit à l'appel interjeté de la décision du ministre du Revenu national qui a rejeté la déduction, revendiquée en application des paragraphes 66.1(4) et 66.2(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, de frais cumulatifs d'exploration et d'aménagement au Canada, par ce motif que l'opération d'amorçage qui y a donné lieu tombe sous le coup de l'article 245 de la Loi. Appel accueilli.

AVOCATS:

Roger E. Taylor et Kathleen T. Lyons pour l'appelante.
Warren J. A. Mitchell, c.r., Karen R. Sharlow et James H. G. Roche pour l'intimée.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante.
Thorsteinssons, Vancouver, pour l'intimée.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STRAYER J.A.: I have read the reasons of my colleague McDonald J.A. I agree with his statement of the facts. As will be seen in the following analysis I also agree with him that the deductions in question are permitted by the literal meaning of subsections 66.1(4) [as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 36; S.C. 1977-78, c. 1, s. 30; 1984, c. 1, s. 28] and 66.2(3) [as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 36; S.C. 1977-78, c. 1, s. 31; 1979, c. 5, s. 21; 1980-81-82-83, c. 48, s. 35; 1984, c. 1, s. 29] of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63] and that *prima facie* this literal interpretation should be applied. I respectfully disagree with him, however, with respect to the object and spirit of those deduction provisions, the interpretation of subsection 245(1), and the implications of the object and spirit of the deduction provisions for the application of that subsection.

I will deal with the three issues raised by the appellant as set out in the reasons of McDonald J.A.

Is the seeding transaction contrary to the object and spirit of the successor rules?

As described by the appellant, this issue really implies that the object and spirit of legislation should always be determinative of its application. I understand the appellant's argument to be that if the successor rules are interpreted correctly according to their object and spirit, they do not permit the deduction, from the successor's future income from property already owned by it, of expenses incurred by the predecessor prior to sale on other property which was the subject of the sale. I agree with the learned Trial Judge [[1995] 1 C.T.C. 2734 (T.C.C.)] and McDonald J.A. that the literal and plain meaning of subsections 66.1(4) and 66.2(3) permits the deduction of these amounts. I do not understand the leading authorities on the interpretation of taxing statutes such as *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*¹ and *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*,²

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

LE JUGE STRAYER, J.C.A.: J'ai lu les motifs prononcés par mon collègue le juge McDonald, et partage sa recension des faits. Ainsi qu'il ressortira de l'analyse qui suit, je conviens aussi avec lui que les déductions en cause sont admissibles par interprétation littérale des paragraphes 66.1(4) [édicte par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 36; S.C. 1977-78, ch. 1, art. 30; 1984, ch. 1, art. 28] et 66.2(3) [édicte par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 36; S.C. 1977-78, ch. 1, art. 31; 1979, ch. 5, art. 21; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 35; 1984, ch. 1, art. 29] de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63] et que, sauf preuve du contraire, cette interprétation littérale doit prévaloir. Je ne partage cependant pas ses conclusions relatives à l'objet et l'esprit de ces dispositions portant déductibilité, à l'interprétation du paragraphe 245(1), et aux conséquences de l'objet et l'esprit de celles-là sur l'application de celui-ci.

J'examinerai successivement les trois questions soulevées par l'appelante, telles qu'en font état les motifs prononcés par le juge McDonald.

L'opération d'amorçage va-t-elle à l'encontre de l'objet et de l'esprit des règles concernant les corporations remplaçantes?

Selon l'appelante, cette question sous-entend en fait que l'objet et l'esprit du texte de loi doivent toujours en déterminer l'application. Elle soutient que si les dispositions concernant les corporations remplaçantes sont interprétées conformément à leur objet et à leur esprit, elles ne permettent pas de déduire, du revenu que la corporation remplaçante tirera à l'avenir d'un bien dont elle a déjà été la propriétaire, des dépenses faites avant la vente par le prédécesseur à l'égard d'autres biens compris dans cette vente. Je conviens avec le juge de première instance [[1995] 1 C.T.C. 2734 (C.C.I.)] et le juge McDonald que pris littéralement, les termes sans équivoque des paragraphes 66.1(4) et 66.2(3) permettent la déduction des sommes en cause. Si elle prescrit une interprétation téléologique des lois fiscales, la jurisprudence applicable en la matière, que représentent les décisions *Stubart Invest-*

although they call for a teleological approach to the interpretation of such statutes, to direct that the object and spirit of the Act are to govern even where the words are clear but not in accord with such object and spirit.³ Where the words are clear they must prevail, subject to other provisions of the Act to be discussed later.

Further, I agree with the learned Trial Judge and McDonald J.A. that there was no sham here: these were legal transactions which had the effect of transferring and retransferring interests so as to make possible the claim by the respondent for the deductions.

Although I find, for reasons to be discussed later, that such a deduction in these circumstances is contrary to the object and spirit of the sections in question and of the Act, I do not consider this to be a justification for treating the "seeding transaction" as of no effect for the purposes of subsections 66.1(4) and 66.2(3). (I believe however, it may be relevant to the application of subsection 245(1), with which I will deal below.) I would note, in passing, that I do not seek to apply the general statement of Estey J. in the *Stuart* case where he stated that:

... the formal validity of the transaction may also be insufficient where ...

(c) "the object and spirit" of the allowance or benefit provision is defeated by the procedures blatantly adopted by the taxpayer to synthesize a loss, delay or other tax saving device ...⁴

It is apparent from the context that he is there speaking of situations where section 245 or its predecessor would not apply. I must confess to some uncertainty as to what he meant by "formal validity" of the transaction. I note that in *Mattabi Mines Ltd. v. Ontario (Minister of Revenue)*⁵ the Supreme Court itself seems to have drawn back from giving effect to this particular "guideline" where the transaction was in accordance with the clear meaning of the legislative provisions in issue, notwithstanding the argument that the object and spirit of the legislation might be differ-

*ments Ltd. c. La Reine*¹ et *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*², ne pose pas que l'objet et l'esprit de la loi doivent primer dans les cas mêmes où le texte est clair mais ne leur est pas conforme³. Lorsque le texte est clair, il doit prévaloir, sous réserve d'autres dispositions de la Loi que nous verrons autre part.

En outre, je conviens avec le juge de première instance et avec le juge McDonald qu'il n'y a pas eu trompe-l'œil en l'espèce: il s'agit d'opérations licites de cession et de rétrocession de parts de façon à rendre possible la demande de déduction de l'intimée.

Bien que, par les motifs pris autre part, je conclue que cette déduction est, dans les circonstances de la cause, contraire à l'objet et à l'esprit des dispositions en question, cette conclusion ne justifie pas de considérer l'«opération d'amorçage» comme nulle et non avenue au regard des paragraphes 66.1(4) et 66.2(3). (Je pense cependant qu'elle peut tomber sous le coup du paragraphe 245(1), ce que nous verrons plus loin.) Je ferais remarquer en passant que je ne chercherai pas à appliquer la règle générale dégagée par le juge Estey dans l'arrêt *Stuart* en ces termes:

... la validité de l'opération quant à la forme peut également être insuffisante lorsque ...

c) «l'objet et l'esprit» de la disposition qui accorde la déduction ou l'avantage sont mis en échec par le processus manifestement adopté par le contribuable pour créer une perte, un report ou tout autre mécanisme d'évitement de l'impôt ...⁴

Il ressort du contexte que ce passage vise les cas où l'article 245 ou son prédécesseur ne s'appliquait pas. Je dois avouer ne pas être trop certain de ce qu'il voulait dire par la «validité quant à la forme» de l'opération. Il y a lieu de noter que dans *Mattabi Mines Ltd. c. Ontario (Ministre du Revenu)*⁵, la Cour suprême elle-même semblait se garder de donner effet à cette règle du moment que l'opération était conforme au libellé sans équivoque du texte de loi applicable, quand bien même l'objet et l'esprit pourraient être tout autres. Quoi qu'il en soit, je conclus, par les

ent. In any event, as I will next discuss, I find the deduction here to fall within subsection 245(1) and therefore the quoted passage is not directly relevant.

Were the CCEE [cumulative Canadian exploration expense] and CCDE [cumulative Canadian development expense] “disbursements or expenses” within subsection 245(1)?

At the time in question subsection 245(1) provided as follows:

245. (1) In computing income for the purposes of this Act, no deduction may be made in respect of a disbursement or expense made or incurred in respect of a transaction or operation that, if allowed, would unduly or artificially reduce the income.

If I understand the Trial Judge correctly, he concluded that because the respondent was seeking to make deductions, not because of expenses it had incurred but because of expenses incurred by its predecessor, there was no “disbursement or expense” being claimed by the respondent within the meaning of subsection 245(1). While the main reason appears to be that the expenses were incurred by a party other than the taxpayer, it may be surmised from jurisprudence cited by the Trial Judge that he regarded such a deduction when used by the successor to be in the nature of an allowance rather than representing a “disbursement or expense”. He cited some jurisprudence of the Federal Court Trial Division of the 1970’s in support of a strict interpretation of the words “disbursement or expense”.⁶ Those cases were decided prior to the decision of the Supreme Court of Canada in *Nowegijick v. The Queen*⁷ where the Court had this to say concerning the meaning of the phrase “in respect of”.

The words “in respect of” are, in my opinion, words of the widest possible scope. They import such meanings as “in relation to”, “with reference to” or “in connection with”. The phrase “in respect of” is probably the widest of any expression intended to convey some connection between two related subject matters.⁸

In that case the Court held that section 87 of the *Indian Act* [R.S.C. 1970, c. I-6] which provided that “no Indian or band is subject to taxation in respect of

motifs qui suivent, que la déduction qui nous occupe en l’espèce tombe sous le coup du paragraphe 245(1) et que, de ce fait, le passage cité ci-dessus n’est pas directement applicable.

^a Les FCEC [frais cumulatifs d’exploration au Canada] et FCAC [frais cumulatifs d’aménagement au Canada] sont-ils un «débours ou dépense» au sens du paragraphe 245(1)?

^b À l’époque considérée, le paragraphe 245(1) prévoyait ce qui suit:

245. (1) Dans le calcul du revenu aux fins de la présente loi, aucune déduction ne peut être faite à l’égard d’un débours fait ou d’une dépense faite ou engagée, relativement à une affaire ou opération qui, si elle était permise, réduirait indûment ou de façon factice le revenu.

^d Si je le comprends bien, le juge de première instance a conclu que, l’intimée ayant fondé ses déductions non pas sur des dépenses qu’elle aurait faites mais sur les dépenses de son prédécesseur, elle ne s’est prévalué d’aucun «débours ou dépense» au sens du paragraphe 245(1). Le principal motif pris était que les dépenses en question avaient été faites par quelqu’un d’autre que le contribuable, mais on peut déduire de la jurisprudence citée par le juge de première instance qu’à son sens, pareille déduction de la part de la corporation remplaçante représentait un dégrèvement plutôt qu’un «débours ou dépense». Il a cité certaines décisions rendues au cours des années 1970 par la Section de première instance de la Cour fédérale à l’appui d’une interprétation restrictive des mots «débours ou dépense»⁶. Ces décisions étaient antérieures à la décision *Nowegijick c. La Reine*⁷, où la Cour suprême du Canada a tiré la conclusion suivante au sujet des mots «quant à» (en anglais «*in respect of*»):

À mon avis, les mots «quant à» ont la portée la plus large possible. Ils signifient, entre autres, «concernant», «relativement à» ou «par rapport à». Parmi toutes les expressions qui servent à exprimer un lien quelconque entre deux sujets connexes, c’est probablement l’expression «quant à» qui est la plus large⁸.

Dans cette affaire, la Cour a jugé que l’article 87 de la *Loi sur les Indiens* [S.R.C. 1970, ch. I-6], aux termes duquel «nul Indien ou bande n’est assujéti à

the ownership . . . of any property” was broad enough to exempt taxable income of an Indian living on a reserve. Although taxable income is an artificial concept requiring calculations imposed by the *Income Tax Act*, such income would ultimately be derived from wages (i.e. personal property) and thus income tax was taxation “in respect of” personal property, a tax from which the appellant in that case was exempted by section 87.

The term “in respect of” appears twice in subsection 245(1). The deduction in question must be made “in respect of a disbursement or expense”. The deduction in this case surely had its origin in the disbursement or expense made or incurred by the predecessor company in respect of the Elco lands. The section does not require that a disbursement or expense have been made or incurred by the taxpayer in question. Using some of the similes of “in respect of” employed by the Supreme Court in *Nowegijick* I find it hard to see why the deductions claimed by the respondent in the present case were not made “with reference to” or “in connection with” the disbursements or expenses incurred by Elco on Elco’s lands even if in the books of the respondent this deduction might be regarded as an allowance.

For subsection 245(1) to apply the disbursement or expense on which the deduction is based must also be “made or incurred in respect of a transaction or operation”. The phrase “made or incurred in respect of a transaction or operation” modifies “disbursement or expense” and seems to add very little to the content of the latter. The disbursements or expenses here were made or incurred by Elco in respect of the operation of its mining lands and I see no need to consider this further.

Did these deductions unduly or artificially reduce income?

Notwithstanding its marginal note “Artificial transactions”, subsection 245(1) is directed to a “deduction . . . that, if allowed, would unduly or artificially reduce

une taxation concernant la propriété . . . d’un bien» était suffisamment large pour exempter le revenu imposable d’un Indien habitant une réserve. Bien que le revenu imposable soit un concept artificiel nécessitant les calculs prescrits par la *Loi de l’impôt sur le revenu*, il est en dernière analyse tiré des salaires (c’est-à-dire des biens personnels); comme l’impôt sur le revenu est un impôt «concernant» (en anglais «*in respect of*») des biens personnels, l’appelant était exempté par application de l’article 87 dans cette affaire.

La locution prépositive «*in respect of*» apparaît deux fois dans le paragraphe 245(1). La déduction en question doit être faite «relativement à un débours ou une dépense». En l’espèce, la déduction avait certainement son origine dans le débours fait ou la dépense engagée par le prédécesseur à l’égard des avoirs miniers Elco. Cette disposition n’exige pas que le débours ou la dépense ait été fait par le contribuable lui-même. Si on transpose en l’espèce les équivalents de «*in respect of*» qu’a mentionnés la Cour suprême dans *Nowegijick*, je vois mal pourquoi les déductions faites par l’intimée en l’espèce ne l’auraient pas été «relativement» ou «par rapport» aux débours ou dépenses faits par Elco sur les avoirs miniers Elco même si dans les livres de l’intimée, cette déduction pourrait être considérée comme un dégrèvement.

Le paragraphe 245(1) ne s’applique que si le débours ou la dépense, sur lequel le contribuable fonde la déduction, a été «faite ou engagée, relativement à une affaire ou opération». L’expression «faite ou engagée, relativement à une affaire ou opération» qualifie les «débours ou dépense» et ne semble guère ajouter à leur contenu. En l’espèce, les débours ou dépenses ont été faits ou engagés par Elco relativement à l’exploitation de ses avoirs miniers et je ne vois pas la nécessité de m’étendre plus longuement sur cette question.

Ces déductions ont-elles réduit le revenu indûment ou de façon factice?

Bien que l’indication marginale porte «Opérations factices», le paragraphe 245(1) vise la «déduction . . . qui, si elle était permise, réduirait indûment ou de

the income". The word "artificially" is an adverb modifying "reduce", a verb whose subject is "deduction". "Allowed" also modifies "deduction" and not "transaction" or "operation": the section is not designed to disallow transactions or operations, but rather to deny them a tax consequence where income would be artificially or unduly reduced.⁹ Thus the central issue is the undue or artificial nature of the reduction of income, not the artificiality of the transaction in question.

It has been held that one indicator that a deduction artificially reduces income is that it is based on a transaction or arrangement which is not in accordance with normal business practice.¹⁰ In the present case the deduction claim arises out of the seeding transaction which in my view was not in accordance with normal business practice. It should first be noted that the respondent admits that there was no *bona fide* business purpose for this transaction unrelated to tax avoidance. That of itself is not determinative of the artificiality of the deduction, but is certainly relevant. In *Stubart*¹¹ Estey J. specifically stated in *obiter* that, where a transaction has no *bona fide* business purpose, then subsection 245(1) "may be found to be applicable depending upon all the circumstances of the case". (Subsection 245(1) had no application in that case because the Crown had not invoked it.) The circumstances here underline the abnormality of the seeding transaction. It consisted of the respondent selling a minute interest (.001%) in the Fording mine to Elco for \$10,000, with an irrevocable option to repurchase. It is clear from the circumstances that both parties intended this interest to be repurchased very soon, as it was within 28 days. The only advantage to Elco in the seeding transaction was that it received a royalty of \$116.49 in respect of minerals produced from the Fording mine during that period. It is difficult to see in this an arrangement in accordance with normal business practice. What is apparent is that by the temporary sale of this minute interest the respondent sought to deduct, from its income from the Fording River coal mine, over \$13,000,000 of expenses incurred by Elco on Elco lands prior to their acquisition by the respondent.

façon factice le revenu». Les mots «de façon factice» sont le complément circonstanciel de manière du verbe «réduirait» dont le sujet est «déduction». Le mot «permise» se rapporte également à «déduction», et non pas à «affaire» ou «opération»: cette disposition ne vise pas à exclure des affaires ou opérations, mais à empêcher qu'elles aient pour conséquence fiscale la réduction factice ou indue du revenu⁹. La question centrale est donc le caractère indu ou factice de la réduction du revenu, non pas le caractère factice de l'opération en question.

Il a été jugé qu'une déduction qui réduit le revenu de façon factice peut être reconnue par le fait qu'elle est fondée sur une opération ou convention échappant aux habitudes normales du commerce¹⁰. En l'espèce, la déduction revendiquée découle de l'opération d'amorçage qui, à mon avis, n'était pas conforme aux habitudes normales du commerce. Il y a lieu de noter en tout premier lieu que l'intimée reconnaît que l'opération en question n'avait pas un objet commercial véritable sans rapport avec l'évitement fiscal. Ce fait en soi ne constitue pas le facteur déterminant du caractère factice de la déduction, mais il doit certainement entrer en ligne de compte. Dans *Stubart*¹¹, le juge Estey a souligné, dans une observation incidente, que si l'opération n'avait aucun objet commercial véritable, la disposition qui tenait lieu à l'époque du paragraphe 245(1) «peut s'appliquer, mais il faut tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce». (Le paragraphe 245(1) n'avait pas application dans cette affaire parce que la Couronne ne l'avait pas invoqué.) En l'espèce, les circonstances font ressortir l'anomalie de l'opération d'amorçage. Par cette opération, l'intimée vendait à Elco une participation minimale (0,001 p. 100) dans la mine de Fording River pour 10 000 \$, avec option irrévocable de rachat. On voit bien que dans l'esprit de l'une et l'autre parties, cette participation devait être rachetée à bref délai, et elle l'a été au bout de 28 jours. Le seul avantage tiré par Elco de l'opération d'amorçage consistait en une redevance de 116,49 \$ sur la houille produite par la mine de Fording River durant cette période. Il est difficile d'y voir une convention conforme aux habitudes normales du commerce. Ce qui est manifeste, c'est que par la vente temporaire de cette participation minimale, l'intimée a cherché à déduire du revenu qu'elle tirait de la houillère de Fording River, plus de 13 000 000 \$ de

The learned Trial Judge gave some emphasis to the need to treat the seeding transaction as only incidental to the much larger transaction by which the respondent acquired a 50% interest in the Elk River coal joint venture. I am not persuaded that this is necessary. As noted above, what we must focus on is the artificiality of the deduction which is claimed solely in consequence of the seeding transaction. Were it not for the seeding transaction the purchase of the 50% interest in the joint venture would not be before the Court. I believe that the learned Trial Judge became preoccupied with this issue because in part he focussed on whether the seeding transaction was a legally effective one. While that might be relevant to the question of sham, it is not determinative of the application of subsection 245(1) which looks primarily to the artificiality of the deduction which in turn may be affected by the nature of the transaction out of which it arises. One does not reach subsection 245(1) if the transaction itself is a sham: this subsection applies where, notwithstanding the genuineness of the legal relationships established by the taxpayer, a deduction based on such a transaction would unduly or artificially reduce income.¹²

It was argued by the respondent, however, that subsection 245(1) could not operate to disallow a deduction which the Act, as here, specifically authorizes.

In response to this I would first observe that if subsection 245(1) has no application to deductions otherwise permitted by the Act then I can see no purpose or effect for this subsection. Nor should it be seen as a general provision which must be considered overridden by "special" provisions which permit deductions in certain circumstances. The Act must be read as a whole. It must be assumed that Parliament contemplated that deductions permitted under the criteria specified elsewhere in the Act could in some situations unduly or artificially reduce income, in which case they would be disallowed under subsection 245(1). There are certainly *obiter dicta* in the Supreme Court of Canada¹³ and in this Court¹⁴ to this effect.

dépenses faites par Elco sur les avoirs miniers Elco avant leur acquisition par l'intimée.

Le juge de première instance a invoqué la nécessité de voir dans l'opération d'amorçage juste un élément d'une opération bien plus importante, par laquelle l'intimée a acquis une participation de 50 p. 100 dans la co-entreprise houillère d'Elk River. Je ne suis pas persuadé que ce soit nécessaire. Comme noté *supra*, ce qui doit retenir notre attention, c'est le caractère factice de la déduction revendiquée au seul titre de l'opération d'amorçage. N'eût été cette dernière, la Cour n'aurait pas eu à connaître de l'acquisition de la participation de 50 p. 100. Je pense que l'opération d'amorçage a retenu l'attention du juge de première instance en partie parce qu'il a tenu à savoir si elle était légalement valide. Bien que cette question puisse présenter un intérêt quand il s'agit de savoir s'il y a trompe-l'œil, elle n'est pas déterminante pour ce qui est de l'application du paragraphe 245(1), qui porte au premier chef sur le caractère factice de la déduction, lequel peut être fonction de la nature de l'opération qui est à l'origine de cette déduction. Ce paragraphe n'entre pas en jeu si l'opération elle-même est factice; il s'applique dans le cas où, malgré l'authenticité des rapports de droit établis par le contribuable, une déduction faite au titre de pareille opération réduirait le revenu de façon indue ou factice¹².

L'intimée soutient cependant que le paragraphe 245(1) ne saurait s'appliquer pour exclure une déduction que la Loi autorise expressément, comme c'est le cas en l'espèce.

En réponse, je tiens à faire observer en premier lieu que si le paragraphe 245(1) ne s'applique pas aux déductions permises à d'autres égards par la Loi, je ne vois pas à quoi il peut bien servir. Il ne faut pas non plus y voir une disposition générale qui doit être considérée comme primée par des dispositions «spéciales» qui permettent la déduction dans certains cas. La Loi doit être envisagée comme un tout. Il faut présumer que le législateur a prévu que des déductions permises selon les critères spécifiés par d'autres dispositions de la Loi pourraient, dans certains cas, réduire le revenu de façon indue ou factice, auxquels cas elles seraient rejetées en application du paragraphe 245(1). Il y a certainement des observations incidentes

Further, in the *Alberta and Southern Gas Co* case¹⁵ Jackett C.J. looked to the object and spirit of the section permitting the deduction as a test of whether the deduction claimed would unduly or artificially reduce income. In that case he found the deduction to be within that object and spirit and therefore not to reduce income artificially. But I find that the deductions in the circumstances of the present case were contrary to the object and spirit of the Act. I do not understand the respondent to argue otherwise. The respondent simply relies on the literal interpretation of the Act as supporting its deductions. No one has suggested a rational legislative purpose which would be served by permitting the deductions in this case. I believe that the appellant has correctly described that intention as being to allow the purchaser of mining property to acquire along with that property (if the vendor so agrees) the benefit of unused tax pool deductions including CCEE and CCDE, available for use against income derived in the future from that property. There is eminent sense in encouraging: firstly, the initial investment through making expenses potentially deductible, with added value to the property by making those expense pools transferable to a purchaser; and secondly, the further development and putting into production of that same mining property by one who takes it over. But I can imagine no public purpose, nor has any been suggested, which would be served by allowing the deduction in the present case so as to allow the respondent to deduct, from future income from properties it previously owned, the expenses incurred in the past exploration and development of other newly acquired property which has produced nothing since its acquisition. In my view, these deductions being contrary to the object and spirit of the sections which nevertheless permit them, they may be seen as artificially reducing income.¹⁶

Conclusion

I would therefore allow the appeal with costs. As it appears that the judgment appealed from was in part consented to with respect to certain matters in issue

faites par la Cour suprême du Canada¹³ et par cette Cour¹⁴ dans ce sens.

Qui plus est, dans *Alberta and Southern Gas Co*¹⁵, le juge en chef Jackett a vu dans l'objet et l'esprit de la disposition permettant la déduction, le critère à appliquer pour juger si la déduction revendiquée réduirait le revenu de façon indue ou factice. Dans cette affaire, il a conclu que la déduction en cause était conforme à l'objet et à l'esprit de l'article en question et, de ce fait, ne réduisait pas le revenu de façon factice. Par contre, je trouve qu'eu égard aux circonstances de la cause, les déductions revendiquées en l'espèce s'opposent vraiment à l'objet et à l'esprit de la Loi. L'intimée ne dit pas le contraire. Elle se contente de faire valoir l'interprétation littérale de la Loi à l'appui de ses déductions. Personne n'a pu dire quel objectif législatif rationnel serait atteint si on permettait les déductions en question. L'appelante a raison de dire que les opérations en cause visaient à permettre à l'acheteur des avoirs miniers d'acquérir en même temps (si le vendeur y consent) le bénéfice des comptes fiscaux, y compris les FCEC et FCAC, non encore utilisés et à valoir sur le revenu à tirer à l'avenir des mêmes avoirs. Il est éminemment logique d'encourager: d'abord l'investissement initial en prévoyant la déductibilité des dépenses, ce qui ajoute à la valeur du bien en rendant ces comptes fiscaux transférables à l'acheteur; puis l'aménagement et la mise en production du même bien minier par celui-ci qui en a fait l'acquisition. Mais je ne peux voir, et personne n'a pu me dire, quel intérêt public serait servi si on permettait les déductions en cause de façon que l'intimée puisse déduire, du revenu à tirer à l'avenir de biens qui lui ont appartenu, des dépenses faites par le passé pour l'exploration et l'aménagement d'autres biens nouvellement acquis, lesquels n'ont rien produit depuis leur acquisition. À mon avis, ces déductions étant contraires à l'objet et à l'esprit des dispositions qui les permettent quand même, on peut conclure qu'elles réduisent le revenu de façon factice¹⁶.

Conclusion

Par ces motifs, j'accueillerais l'appel avec dépens. Comme les parties ont acquiescé en partie au jugement dont appel, j'estime qu'il y a lieu pour elles

between the parties I believe they should assist the Court in drafting the judgment of this Court. I therefore request the appellant to prepare a draft of the formal judgment to be submitted, on consent of the respondent as to form if possible, to the Court for approval. If agreement cannot be reached between the parties the appellant will have to move for judgment, preferably under Rule 324 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663].

DÉCARY J.A.: I concur.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MCDONALD J.A. (*dissenting*): This is an appeal from a decision of the Tax Court of Canada in which the appeal by the respondent, Fording Coal Limited (Fording) from a reassessment of its 1985 through 1990 tax years was allowed.

BACKGROUND

By an agreement dated December 2, 1985, Elco Mining Limited (Elco) purchased from Fording an interest in the Fording River coal mine, which entitled Elco to take in kind and separately dispose of coal equivalent in value to its .001% interest in that mine. In an agreement dated December 30, 1985, Fording purchased all or substantially all of Elco's "Canadian resource properties" which included both a 50% interest in the joint venture property known as the Elk River coal joint venture (an aspect the parties had been negotiating for some months) and Elco's recently purchased .001% interest in the Fording coal mine. Elco had accumulated both cumulative Canadian exploration expense (CCEE) in the amount of \$7,277,134 and cumulative Canadian development expense (CCDE) equalling \$6,642,581. These cumulative accounts are referred to as "tax pools". Fording and Elco then jointly elected under subsections 66.1(4) and 66.2(3) of the *Income Tax Act*,¹⁷ thereby making Fording a "successor corporation". As a successor

d'aider la Cour à formuler sa décision. Je demande donc à l'appelante de préparer et de soumettre à l'approbation de la Cour le projet de dispositif de jugement, si possible avec le consentement de l'intimée quant à la forme. Faute d'accord entre les parties, l'appelante aura à introduire une requête en jugement, préférablement sous le régime de la Règle 324 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663].

b

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

* * *

c

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

LE JUGE MCDONALD, J.C.A. (*dissentant*) Il y a en l'espèce appel contre la décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a fait droit à l'appel formé par l'intimée, Fording Coal Limited (Fording), contre une nouvelle cotisation de ses années d'imposition 1985 à 1990.

LES FAITS DE LA CAUSE

Par accord en date du 2 décembre 1985, Elco Mining Limited (Elco) a acheté à Fording une participation dans la houillère de Fording River, ce qui lui donnait le droit de prendre et de vendre à part de la houille dont la valeur correspondait à sa participation de 0,001 p. 100 dans la houillère. Par accord en date du 30 décembre 1985, Fording a acheté à Elco la totalité ou quasi-totalité de ses «avoirs miniers canadiens», y compris une participation de 50 p. 100 dans une co-entreprise connue sous le nom de «Elk River coal joint venture» (la «co-entreprise houillère de la rivière Elk» que les parties avaient négociée depuis des mois) ainsi que la participation de 0,001 p. 100, récemment acquise par Elco, dans la houillère de Fording River. Elco avait accumulé à la fois 7 277 134 \$ de frais cumulatifs d'exploration au Canada (FCEC) et 6 642 581 \$ de frais cumulatifs d'aménagement au Canada (FCAC). Ces comptes cumulatifs sont appelés «comptes fiscaux». Fording et Elco ont alors conjointement fait un choix sous le

corporation, Fording deducted Elco's CCEE and CCDE from the income generated by the Fording coal mine. On reassessment, Revenue Canada disallowed the use of these deductions by Fording from the years 1985 through 1990. Fording argued that it was entitled to the deductions as claimed on the basis that Elco had an interest or right to take or remove minerals from the Fording coal mine by virtue of the .001% purchase. It is the position of the appellant, the Minister of National Revenue, that the Elco tax pools should only be used as deductions on income produced by the Elk River coal joint venture (there was no income from this property during the years in question) or at least limited to the income derived from Elco's .001% interest. The Minister further argues that what Fording did was a tax avoidance scheme falling within the ambit of section 245 of the Act, as the deduction of the CCEE and CCDE amounts served to artificially and unduly reduce Fording's income. The seeding transaction (the sale of the .001% interest) was merely entered into between the two in order to circumvent subsections 66.1(4) and 66.2(3) of the Act.

The relevant sections of the Act regarding the tax pool deductions are subsections 66.1(4) and 66.2(3) for Fording's 1985 and 1986 tax years and subsections 66.7(3) [as enacted by S.C. 1987, c. 46, s. 23] and 66.7(4) [as enacted *idem*] for 1987 through 1990. Subsections 66.7(3) and 66.7(4) "grandfathered" the previous rules as they effected Fording coal. Therefore, subsections 66.1(4) and 66.2(3) are adequate for this discussion:

66.1 ...

(4) Where a corporation (in this subsection referred to as the "successor corporation") has, at any time after May 6, 1974, acquired, by purchase or otherwise (including an acquisition as a result of an amalgamation described in section 87), from another person (in this subsection referred to as the "predecessor") all or substantially all of the property of the predecessor used by him in carrying on in Canada such of the businesses described in any of subparagraphs 66(15)(h)(i) to (vii) as were carried on by him, and (except in the case of an amalgamation or a

régime des paragraphes 66.1(4) et 66.2(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹⁷, ce qui a fait de Fording une «corporation remplaçante». C'est à ce titre que Fording a déduit les FCEC et FCAC d'Elco du revenu produit par la houillère de Fording River. Par nouvelle cotisation, Revenu Canada a rejeté ces déductions revendiquées par Fording pour les années 1985 à 1990. Celle-ci soutient qu'elle y a droit par ce motif que Elco avait une participation dans la houillère ou le droit d'en extraire ou enlever de la houille en vertu de sa participation de 0,001 p. 100. De son côté, l'appelante, représentée par le ministre du Revenu national, soutient que les comptes fiscaux d'Elco ne pouvaient servir aux déductions qu'à l'égard du revenu produit par la co-entreprise houillère de la rivière Elk (laquelle ne produisait aucun revenu pendant les années en question) ou, du moins, se limitaient au revenu tiré de la participation de 0,001 p. 100 d'Elco. Le ministre soutient encore que ce qu'a fait Fording, c'était une manœuvre d'évitement fiscal tombant sous le coup de l'article 245 de la Loi, du fait que la déduction des FCEC et FCAC avait pour effet de réduire indûment ou de façon factice le revenu de Fording. L'opération d'amorçage (la vente de la part de 0,001 p. 100) n'a été conclue entre les deux que pour tirer parti des paragraphes 66.1(4) et 66.2(3) de la Loi.

Les dispositions de la Loi applicables aux déductions au titre des comptes fiscaux sont les paragraphes 66.1(4) et 66.2(3) pour les années d'imposition 1985 et 1986 de Fording, et les paragraphes 66.7(3) [édicte par S.C. 1987, ch. 46, art. 23] et 66.7(4) [édicte, *idem*] pour les années 1987 à 1990. Les deux derniers faisaient que les règles antérieures demeuraient applicables à l'égard de Fording coal. Il suffit donc d'examiner les faits de la cause au regard des paragraphes 66.1(4) et 66.2(3):

66.1 ...

(4) Lorsqu'une corporation (appelée dans le présent paragraphe la «corporation remplaçante») a acquis, par achat ou autrement (y compris une acquisition résultant d'une fusion visée à l'article 87) à une date quelconque après le 6 mai 1974, d'une autre personne (appelée dans le présent paragraphe le «prédécesseur») la totalité ou la presque totalité des biens du prédécesseur qui lui servaient dans l'exploitation au Canada d'une des entreprises prévues à un des sous-alinéas 66(15)h(i) à (vii) qu'il exploitait, et que (sauf dans le cas d'une fusion ou d'une liquidation) le

winding-up) the predecessor and the successor corporation have jointly elected in prescribed form on or before the day that is the earlier of the days on or before which either taxpayer making the election is required to file a return of income pursuant to section 150 for the taxation year in which the transaction to which the election relates occurred, there may be deducted by the successor corporation in computing its income under this Part for a taxation year, such amount as it may claim not exceeding the lesser of

(a) the cumulative Canadian exploration expense of the predecessor, determined at the time immediately after the property so acquired was acquired by the successor corporation, to the extent that it has not been deducted by the successor corporation in computing its income for a previous taxation year and has not been deducted by the predecessor in computing his income for any taxation year, and

(b) the amount that is equal to such part of its income for the year, if no deduction were allowed under this section, section 65 or 66 or the *Income Tax Application Rules, 1971* in respect of this paragraph (minus the deductions allowed for the year by subsections (5) and 66(2), (6) and (7), sections 112 and 113 and the provisions of the *Income Tax Application Rules, 1971* allowing a deduction for the purposes of this paragraph), as may reasonably be regarded as attributable to

(i) the disposition of any property described in any of subparagraphs 66(15)(c)(i) to (vii) owned by the predecessor immediately before the acquisition by the successor corporation of the property so acquired,

(ii) the production of petroleum or natural gas from wells, or the production of minerals from mines, situated on property in Canada in respect of which the predecessor had, immediately before the acquisition by the successor corporation of the property so acquired, an interest or a right to take or remove petroleum or natural gas or a right to take or remove minerals, and

(iii) the amount, if any, by which the aggregate of all amounts each of which is an amount

(A) required by subsection 59(2) or (2.1) to be included in computing its income for the year, and

(B) in respect of a reserve deducted in computing the predecessor's income and deemed by paragraph 87(2)(g) or by virtue of that paragraph and paragraph 88(1)(e.2) to have been deducted by the successor corporation as a reserve in computing its income for a preceding year

prédécesseur et la corporation remplaçante ont choisi conjointement en la forme prescrite au plus tard à la date qui survient la première parmi les dates auxquelles l'un ou l'autre des contribuables faisant le choix doit, au plus tard, produire une déclaration de revenu en application de l'article 150, pour l'année d'imposition pendant laquelle a eu lieu l'opération à laquelle se rapporte le choix, la corporation remplaçante peut, dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition en vertu de la présente Partie, déduire tout montant qu'elle peut réclamer sans dépasser le moins élevé des montants suivants:

a) les frais d'exploration cumulatifs au Canada engagés par le prédécesseur, déterminés immédiatement après que les biens ainsi acquis l'ont été par la corporation remplaçante, dans la mesure où ces frais n'ont pas été déduits par la corporation remplaçante dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition antérieure, ni déduits par le prédécesseur dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition; ou

b) le montant égal à la partie de son revenu pour l'année, si aucune déduction n'était autorisée par le présent article, par les articles 65 ou 66, ni par les *Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le revenu* relativement au présent alinéa (moins les déductions autorisées pour l'année par les paragraphes (5), 66(2), (6) et (7), les articles 112 et 113 et les dispositions des *Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le revenu* qui autorisent une déduction aux fins du présent alinéa), qui peut raisonnablement être attribuée

(i) à la disposition de tout bien visé à l'un des sous-alinéas 66(15)c)(i) à (vii) qui appartenait au prédécesseur immédiatement avant l'acquisition par la corporation remplaçante du bien ainsi acquis,

(ii) à la production de pétrole ou de gaz naturel provenant de puits, ou à la production de minéraux provenant de mines, situés sur des biens au Canada à l'égard desquels le prédécesseur avait, immédiatement avant l'acquisition par la corporation remplaçante des biens ainsi acquis, une participation ou un droit d'extraire ou d'enlever du pétrole, du gaz naturel ou des minéraux, et

(iii) l'excédent éventuel du total de tous les montants dont chacun représente un montant

(A) qui doit être inclus, en vertu du paragraphe 59(2) ou (2.1), dans le calcul de son revenu pour l'année, et

(B) à l'égard d'une réserve déduite dans le calcul du revenu du prédécesseur et réputée, en vertu de l'alinéa 87(2)g) ou en vertu de cet alinéa et de l'alinéa 88(1)e.2), avoir été déduite par la corporation remplaçante à titre de réserve dans le calcul de son revenu pour une année antérieure,

exceeds the aggregate of amounts, if any, deducted in computing the successor corporation's income for the year by virtue of subsection 64(1), (1.1) or (1.2) in respect of dispositions of property by the predecessor;

and, in respect of any expense included in the cumulative Canadian exploration expense referred to in paragraph (a), no deduction may be made under this section by the predecessor in computing his income for a taxation year subsequent to his taxation year in which the property so acquired was acquired by the successor corporation.

66.2 . . .

(3) Where a corporation (in this subsection referred to as the "successor corporation") has, at any time after May 6, 1974, acquired, by purchase or otherwise (including an acquisition as a result of an amalgamation described in section 87), from another person (in this subsection referred to as the "predecessor") all or substantially all of the property of the predecessor used by him in carrying on in Canada such of the businesses described in any of subparagraphs 66(15)(h)(i) to (vii) as were carried on by him, and (except in the case of an amalgamation or a winding-up) the predecessor and the successor corporation have jointly elected in prescribed form on or before the day that is the earlier of the days on or before which either taxpayer making the election is required to file a return of income pursuant to section 150 for the taxation year in which the transaction to which the election relates occurred, there may be deducted by the successor corporation in computing its income under this Part for a taxation year, such amount as it may claim not exceeding the lesser of

(a) 30% of the amount by which

(i) the cumulative Canadian development expense of the predecessor, determined at the time immediately after the property so acquired was acquired by the successor corporation, to the extent it has not been deducted by the predecessor in computing his income for any taxation year and has not been deducted by the successor corporation in computing its income for a preceding taxation year,

exceeds

(ii) the aggregate of all amounts each of which is an amount that became receivable by the successor corporation in the taxation year or in a preceding taxation year, that is required to be included in the amount determined under clause 66.2(5)(b)(v)(A) by virtue of subsection 59(1.1) or paragraph 59(3.1)(a) and that may reasonably be regarded as attributable to the disposition

sur le total des montants éventuels, déduits dans le calcul du revenu de la corporation remplaçante pour l'année en vertu du paragraphe 64(1), (1.1) ou (1.2) à l'égard des dispositions de biens du prédécesseur;

de plus, dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition postérieure à son année d'imposition au cours de laquelle les biens ainsi acquis l'ont été par la corporation remplaçante, le prédécesseur ne peut rien déduire, en vertu du présent article, au titre de toute dépense comprise dans les frais d'exploration cumulatifs au Canada visés à l'alinéa a).

66.2 . . .

(3) Lorsqu'une corporation (appelée dans le présent paragraphe la «corporation remplaçante») a acquis, par achat ou autrement (y compris une acquisition résultant d'une fusion visée à l'article 87) à une date quelconque après le 6 mai 1974, d'une autre personne (appelée dans le présent paragraphe le «prédécesseur») la totalité ou la presque totalité des biens du prédécesseur qui lui servaient dans l'exploitation au Canada d'une des entreprises prévues à l'un quelconque des sous-alinéas 66(15)h(i) à (vii) qu'il exploitait, et que (sauf dans le cas d'une fusion ou d'une liquidation) le prédécesseur et la corporation remplaçante ont choisi conjointement en la forme prescrite au plus tard à la date qui survient la première parmi les dates auxquelles l'un ou l'autre des contribuables faisant le choix doit, au plus tard, produire une déclaration de revenu en application de l'article 150, pour l'année d'imposition pendant laquelle a eu lieu l'opération à laquelle se rapporte le choix, la corporation remplaçante peut, dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition en vertu de la présente Partie, déduire tout montant qu'elle peut réclamer sans dépasser le moins élevé des montants suivants:

a) le montant égal à 30 % de l'excédent

(i) des frais cumulatifs d'aménagement au Canada engagés par le prédécesseur, déterminés immédiatement après que les biens ainsi acquis l'ont été par la corporation remplaçante, dans la mesure où ils n'ont pas été déduits par la corporation remplaçante dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition antérieure; ou

sur

(ii) le total des montants dont chacun représente un montant qui est devenu à recevoir dans l'année d'imposition ou dans une année d'imposition antérieure par la corporation remplaçante, qui doivent, en vertu du paragraphe 59(1.1) ou de l'alinéa 59(3.1)a), être inclus dans le montant déterminé conformément à la disposition 66.2(5)b)(v)(A), et qui peuvent raisonnablement

by the successor corporation of any property owned by the predecessor immediately before the acquisition thereof by the successor corporation, and

(b) the amount that is equal to such part of its income for the year, if no deduction were allowed under this section, section 65, 66 or 66.1 or the *Income Tax Application Rules, 1971* in respect of this paragraph (minus the deductions allowed for the year by subsection (4) and sections 112 and 113), as may reasonably be regarded as attributable to

(i) the production of petroleum or natural gas from wells, or the production of minerals from mines, situated on property in Canada in respect of which the predecessor had, immediately before the acquisition by the successor corporation of the property so acquired, an interest or a right to take or remove petroleum or natural gas or a right to take or remove minerals, and

(ii) the amount, if any, by which the aggregate of all amounts each of which is an amount

(A) required by subsection 59(2) or (2.1) to be included in computing its income for the year, and

(B) in respect of a reserve deducted in computing the predecessor's income and deemed by paragraph 87(2)(g) or by virtue of that paragraph and paragraph 88(1)(e.2) to have been deducted by the successor corporation as a reserve in computing its income for a preceding year,

exceeds the aggregate of amounts, if any, deducted in computing the successor corporation's income for the year by virtue of subsection 64(1), (1.1) or (1.2) in respect of dispositions of property by the predecessor;

and, in respect of any expense included in the cumulative Canadian development expense referred to in subparagraph (a)(i), no deduction may be made under this section by the predecessor in computing his income for a taxation year subsequent to his taxation year in which the property so acquired was acquired by the successor corporation.

In his decision, the learned Tax Court Judge canvassed the history of the successor rules which I will briefly review. Prior to 1955, if a company accumulated undeducted drilling and oil expenses, when it sold its property, the purchaser could not deduct those expenses as it had not personally incurred them. The successor rules allowed a successor corporation to

être attribués à la disposition de biens, par la corporation remplaçante, appartenant au prédécesseur immédiatement avant leur acquisition par la corporation remplaçante, ou

b) le montant égal à la partie de son revenu pour l'année, si aucune déduction n'était autorisée par le présent article, par les articles 65, 66 ou 66.1, ni par les *Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le revenu* relativement au présent alinéa (moins les déductions autorisées pour l'année par le paragraphe (4) et les articles 112 et 113), qui peut raisonnablement être attribuée

(i) à la production de pétrole ou de gaz naturel provenant de puits, ou à la production de minéraux provenant de mines, situés sur des biens au Canada à l'égard desquels le prédécesseur avait, immédiatement avant l'acquisition par la corporation remplaçante des biens ainsi acquis, des intérêts ou un droit d'extraire ou d'enlever du pétrole, du gaz naturel ou un droit d'extraire ou d'enlever des minéraux, et

(ii) la fraction, si fraction il y a, du total de tous les montants dont chacun est un montant

(A) qui doit être inclus, en vertu des paragraphes 59(2) ou (2.1), lors du calcul de son revenu pour l'année, et

(B) à l'égard de la réserve déduite lors du calcul du revenu du prédécesseur et réputée par l'alinéa 87(2)g) ou en vertu de cet alinéa et de l'alinéa 88(1)e.2), avoir été déduite par la corporation remplaçante à titre de réserve lors du calcul de son revenu pour une année d'imposition précédente

qui est en sus du total des montants, si montant il y a, déduits lors du calcul du revenu de la corporation remplaçante pour l'année en vertu du paragraphe 64(1), (1.1) ou (1.2) à l'égard des dispositions de biens par le prédécesseur,

de plus, dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition postérieure à son année d'imposition au cours de laquelle les biens ainsi acquis l'ont été par la corporation remplaçante, le prédécesseur ne peut rien déduire, en vertu du présent article, au titre de toute dépense comprise dans les frais cumulatifs d'aménagement au Canada visés au sous-alinéa a)(i).

Dans sa décision, le juge de la Cour de l'impôt a fait l'historique des règles concernant les corporations remplaçantes, que je résumerai brièvement comme suit. Avant 1955, l'acheteur d'un bien à l'égard duquel l'ancien propriétaire avait accumulé des frais non déduits de forage et d'exploration, ne pouvait pas les déduire s'il ne les avait pas engagés lui-même. Les

access the predecessor's unused resource pool deductions and deduct them against future income from the acquired property. Until 1977 the successor could deduct inherited expenses only against income reasonably attributable to the resource production of the property from which the predecessor had the right to take or remove resources immediately before the transfer. In 1977, the successor rules were amended to include the words "an interest" in subsection 66.1(4). As a result, the predecessor could pass on the ability to use certain forms of income against expenses incurred by the predecessor.

In 1987, the successor rules were again amended to limit "seeding", but this was not done retroactively. On January 15, 1987, the Minister of Finance issued the Special Release Draft Income Tax Amendments, Acquisitions of Gains and Losses and Department of Finance Technical Notes. The commentary on subsections 66.1(4) and 66.1(5) found in the Technical Notes indicates that the situation in issue was anticipated by the Department:

Subsections 66.1(4) and (5) of the Act contain what are generally referred to as the successor and second successor rules for Canadian exploration expenses (CEE). These rules allow the unclaimed Canadian exploration expenses of a taxpayer (the "predecessor") to be deducted by a corporation (the "successor") that acquires all or substantially all of the Canadian resource properties of the predecessor or by another of the Canadian resource properties of the predecessor or by another corporation (the "second successor") that acquires all or substantially all of the Canadian resource properties of the successor. These expenses may generally be deducted by the successor or second successor only against income from the disposition of Canadian resource properties owned by the predecessor and from production income from those Canadian resource properties in which the predecessor had an interest or right.

These restrictions in the deduction of CEE can be circumvented if the successor or second successor transfers a nominal interest in a productive resource property to the predecessor before the acquisition by the successor of all or substantially all of the predecessor's resource properties—a so-called "seeding" transaction. In that case, the predecessor's expenses may be deducted by the successor or second successor against all of its income from that resource

règles concernant les corporations remplaçantes permettaient à ces dernières de se prévaloir des déductions non utilisées par le prédécesseur au titre des ressources minières, et de les appliquer au revenu à tirer du bien acquis. Jusqu'en 1977, la corporation remplaçante ne pouvait appliquer les déductions héritées qu'au revenu raisonnablement imputable aux minéraux produits par le bien dont le prédécesseur avait le droit d'extraire ou d'enlever des minéraux avant la vente. En 1977, les règles applicables ont été modifiées par l'addition du mot «participation» au paragraphe 66.1(4). Par suite, le prédécesseur pouvait transférer la faculté de déduire de certaines formes de revenu les dépenses qu'il avait engagées.

En 1987, les règles ont été modifiées de nouveau pour exclure les opérations d'«amorçage» (en anglais «seeding») et ce, sans effet rétroactif. Le 15 janvier 1987, le ministre des Finances a rendu public un communiqué spécial sur le Projet de modification de l'impôt sur le revenu—acquisitions de gains et pertes, ainsi que des notes techniques du ministère des Finances. Il ressort des passages consacrés dans ces dernières aux paragraphes 66.1(4) et 66.1(5) que le ministère des Finances prévoyait les cas comme celui qui nous occupe en l'espèce:

Les paragraphes 66.1(4) et (5) de la Loi contiennent ce que l'on appelle en général les règles concernant les corporations remplaçantes et les secondes corporations remplaçantes qui se rapportent aux frais d'exploration au Canada (FEC). Grâce à ces règles, les frais d'exploration au Canada qu'un contribuable (le «prédécesseur») ne déduit pas peuvent être déduits par une corporation (la «corporation remplaçante») qui acquiert la totalité ou presque des avoirs miniers canadiens du prédécesseur, ou par une autre corporation (la «seconde corporation remplaçante») qui acquiert la totalité ou presque desdits avoirs de la corporation remplaçante. En général, ces frais ne peuvent être déduits par la corporation remplaçante ou la seconde corporation remplaçante que du revenu qui provient de la disposition des avoirs miniers canadiens appartenant au prédécesseur et du revenu de production provenant des avoirs miniers canadiens dans lesquels le prédécesseur avait une participation ou un droit.

Il est possible de contourner ces restrictions concernant la déduction des FEC si la corporation remplaçante ou la seconde corporation remplaçante transfère au prédécesseur un intérêt minime dans un avoir minier productif, et ce, avant l'acquisition, par la corporation remplaçante, de la totalité ou presque des avoirs miniers du prédécesseur—c'est ce que l'on appelle une opération d'«amorçage». Dans un tel cas, la corporation remplaçante ou la seconde corporation

property rather than just the portion of its income from the property that is attributable to the interest in the property that was acquired from the predecessor. The amendments to subparagraph [*sic*] 66.1(4)(b)(ii) correct this defect by limiting the production income from the property against which the predecessor's CEE may be deducted by the successor or second successor to the production income that may reasonably be regarded as attributable to the property interest or right that was owned by the predecessor.

These amendments are applicable with respect to acquisitions of property occurring after January 15, 1987 other than acquisitions of property occurring before 1988 where the persons acquiring the property were obliged on January 15, 1987 to acquire the property pursuant to agreements in writing entered into on or before that date.

There has been argument as to whether these amendments were meant to correct a defect in the legislation or to clarify the law. The Tax Court Judge however stated clearly that his decision did not rest on the Technical Notes.

THE DECISION UNDER APPEAL

The Minister did not object to the transaction as a whole, just to the seeding transaction. The Minister requested that the seeding transaction be extracted from the overall deal and viewed independently. There was no question either at trial or on appeal that the seeding transaction was anything other than tax motivated.

The learned Tax Court Judge held that had the seeding transaction been the entire transaction between Fording and Elco, Fording may have crossed the line, however it was part of a larger deal. The small amount of the interest in Fording that had been transferred to Elco could not change the legal effect of the contract. The Court cannot excise a portion from a legitimate agreement simply because it gives rise to favourable tax implications to the taxpayer.

The Act could have been amended more fully to address this issue in 1977. It was not. The Tax Court

remplaçante peut déduire les frais engagés par le prédécesseur du revenu qu'elle tire dudit avoir minier, plutôt que de la simple partie de son revenu tiré de l'avoir qui est attribuable à la participation à l'égard de cet avoir qu'elle a acquis du prédécesseur. Les modifications apportées au sous-alinéa 66.1(4)(b)(ii) comblent cette lacune en limitant le revenu de production qui est tiré des avoirs à l'égard desquels la corporation remplaçante ou la seconde corporation remplaçante peut déduire les FEC du prédécesseur au revenu de production que l'on peut raisonnablement considérer comme attribuable à la participation ou au droit que possédait le prédécesseur à l'égard desdits avoirs.

Ces modifications s'appliquent aux acquisitions de biens survenant après le 15 janvier 1987, autres que celles survenant avant 1988 pour lesquelles les personnes achetant les biens étaient tenues, le 15 janvier 1987, de les acquérir en vertu d'ententes écrites signées avant cette date inclusive-ment. [Traduction tirée de la décision de la Cour de l'impôt.]

Un débat s'est engagé sur la question de savoir si ces modifications visaient à remédier à un défaut dans la Loi ou à clarifier les règles applicables. Le juge de la Cour de l'impôt a cependant précisé qu'il ne fondait pas sa décision sur ces notes techniques.

LA DÉCISION DONT APPEL

Le ministre ne conteste pas l'opération dans son intégralité, mais juste l'opération d'amorçage, qu'il veut dissociée de l'ensemble et examinée à part. Personne n'a nié, en première instance ou en appel, que l'opération d'amorçage fût exclusivement motivée par des considérations fiscales.

Le juge de la Cour de l'impôt a jugé que l'opération d'amorçage eût-elle été la seule transaction entre Fording et Elco, Fording aurait franchi les limites permises, mais que cette opération faisait partie d'un accord plus large. Le fait que la participation prise par Elco dans Fording fût minime ne pouvait changer l'effet légal du contrat. La Cour ne peut extraire un élément d'un accord légitime du seul fait que cet élément se traduit par des avantages fiscaux pour le contribuable.

La Loi aurait pu être modifiée de façon à résoudre cette question en 1977. Elle ne l'a pas été. Le juge de

Judge held that the seeding transaction had to be viewed within the context and history of the successor rules and the intention of Parliament to allow predecessor's expenses to be available for use by successor companies. A plain reading of subsection 66.1(4) was required. The section did not say anything about the extent of the interest a predecessor company required. Such a limitation was introduced into the legislation in 1987 by the introduction of the phrase: "the production from that property" to the successor rules.

The Tax Court Judge further held that, even standing alone, the seeding transaction could be totally valid, given the decision of the Court in *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*.¹⁸ In the facts of this case it did not stand alone, but rather was part of a larger, complex, independent and *bona fide* business purpose.

Regarding the application of subsection 245(1), the learned Tax Court Judge held that the section did not apply, as there was no disbursement or expense made or incurred from which a deduction was claimed. The difference between allowances and deductions for expenses and disbursements was discussed. Subsections 66.1(4) and 66.2(3) each make reference to the "cumulative Canadian exploration expense of the predecessor" which the Tax Court Judge concluded does not include the expense incurred by Fording in purchasing Elco, which allowed Fording to utilize the expenses incurred by that company. It was the predecessor Elco that incurred the expenses, not Fording. The successor rules gave Fording the benefit of the expenses Elco incurred.

The Tax Court Judge then addressed whether or not the transaction would otherwise be caught by the section. After reviewing the case law he concluded that the transaction did not offend the Act. An arrangement is not automatically brought within subsection 245(1) simply because it is motivated by tax considerations. As held in *Mark Resources Inc. v. Canada*,¹⁹ and cited by the Tax Court Judge in his

la Cour de l'impôt a conclu qu'il fallait examiner l'opération d'amorçage dans le contexte et à la lumière de l'historique des règles concernant les corporations remplaçantes, ainsi que de la volonté du législateur de permettre à ces dernières de se prévaloir des dépenses faites par les prédécesseurs. Le paragraphe 66.1(4) doit se lire tel quel. Il ne prescrit pas l'ordre d'importance de la participation dont le prédécesseur devait justifier. La restriction a été ajoutée à la législation en 1987 par l'insertion des mots «la production provenant des avoirs miniers» dans les règles concernant les corporations remplaçantes.

Le juge de la Cour de l'impôt a encore conclu que, même si elle n'était accompagnée d'aucune autre transaction, l'opération d'amorçage pouvait être parfaitement valide, vu la décision *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*¹⁸ de la Cour suprême. En l'espèce, elle n'était pas isolée, mais s'inscrivait dans un objet commercial véritable, indépendant, complexe et plus large.

En ce qui concerne le paragraphe 245(1), le juge de la Cour de l'impôt conclut qu'il ne s'applique pas en l'espèce, puisque la déduction en cause n'était fondée sur aucun débours ou dépense. Il parle de la distinction entre les dégrèvements et les déductions à l'égard des débours ou des dépenses. Les paragraphes 66.1(4) et 66.2(3) parlent l'un et l'autre des «frais cumulatifs d'exploration au Canada engagés par le prédécesseur», lesquels, de l'avis du juge de la Cour de l'impôt, n'ont rien à voir avec la dépense faite par Fording pour acheter Elco, et qui lui permettait de se prévaloir des dépenses faites par cette dernière compagnie. C'était le prédécesseur Elco, et non pas Fording, qui a engagé ces dépenses. Les règles concernant les corporations remplaçantes donnaient à Fording le bénéfice des dépenses engagées par Elco.

Le juge de la Cour de l'impôt a ensuite examiné si l'opération en question ne tombait pas, à d'autres égards, sous le coup du paragraphe 245(1). Après avoir passé en revue la jurisprudence en la matière, il a conclu qu'elle n'allait pas à l'encontre de la Loi. Une convention ne tombe pas automatiquement sous le coup du paragraphe 245(1) du seul fait qu'elle a été motivée par des considérations fiscales. Ainsi qu'il a

decision, one aspect of an entire arrangement cannot be challenged in total isolation:

Either the whole structure falls or it does not. It cannot be dismembered piecemeal. In any fiscally motivated scheme, if no sham is involved, there must necessarily be legally effective steps that have specific tax consequences. The tax results of each of those steps that forms an integral part of the entire scheme must be respected unless the Minister is prepared to say that the scheme as a whole fails.²⁰

The seeding transaction was part of a larger transaction of considerable magnitude between two corporations entering into a legitimate business arrangement. The larger deal was not challenged by the Minister. The fact that a portion of the deal carried tax consequences is not extraordinary and there was no sham. At the time there was no clear legislative intent to restrict what took place. The learned Tax Court Judge held that subsection 245(1) did not apply and that Fording could claim the deductions as it did.

ISSUES ON APPEAL

1. Did the learned Tax Court Judge err in holding that the use of the seeding transactions to obtain "tax pools" for deductions against income was not contrary to the object and spirit of the Act and that the respondent was entitled to resource pool deductions against all of the income from the Fording coal mine?

2. Did the learned Tax Court Judge err in holding that there were no disbursements or expenses made or incurred within the meaning of subsection 245(1) and that, as such, subsection 245(1) did not apply to disentitle the respondent from deducting Elco's resource pool deductions?

3. Did the learned Tax Court Judge err in holding that if there were such disbursements or expenses made or incurred in respect of which deductions were made in computing the respondent's income for the

été jugé dans *Mark Resources Inc. c. Canada*¹⁹, que cite le juge de la Cour de l'impôt dans sa décision, on ne saurait contester un seul élément en faisant abstraction de l'opération d'ensemble dont il fait partie:

Ou bien la structure s'effondre dans son ensemble, ou bien elle résiste. Elle ne peut être démembrée pièce par pièce. Dans tout plan motivé par des considérations fiscales, en l'absence de trompe-l'oeil, il doit nécessairement y avoir des étapes juridiques effectives qui entraînent des conséquences fiscales particulières. Les conséquences fiscales de chaque étape qui fait partie intégrante du plan dans son ensemble doivent être respectées, à moins que le ministre ne soit prêt à dire que le plan échoue dans son ensemble²⁰.

L'opération d'amorçage faisait partie d'un accord bien plus important, conclu entre deux corporations à titre de convention commerciale légitime. Le ministre ne conteste pas l'ensemble de l'accord. Le fait qu'un élément en produise des conséquences fiscales n'a rien d'inusité, et il n'y a pas trompe-l'œil. À l'époque, rien ne dit clairement que le législateur entendait exclure ce qui s'est fait en l'espèce. Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que le paragraphe 245(1) ne s'appliquait pas et que Fording avait droit aux déductions qu'elle faisait valoir.

LES QUESTIONS PORTÉES EN APPEL

1. Le juge de la Cour de l'impôt a-t-il commis une erreur en concluant que le fait de se servir d'opérations d'amorçage pour créer des «comptes fiscaux» à déduire du revenu n'était pas contraire à l'objet ou à l'esprit de la Loi, et que l'intimée avait droit aux déductions, au titre des comptes miniers, sur tout le revenu provenant de la houillère de Fording?

2. Le juge de la Cour de l'impôt a-t-il commis une erreur en concluant qu'il n'y avait aucun débours fait ou dépense engagée au sens du paragraphe 245(1) et que, par conséquent, ce paragraphe n'entraînait pas en jeu pour priver l'intimée du droit de se prévaloir des déductions au titre des comptes miniers d'Elco?

3. Le juge de la Cour de l'impôt a-t-il commis une erreur en concluant que quand bien même il y aurait des débours ou dépenses de ce genre, qui ont été déduits du revenu de l'intimée pour les années d'im-

1985 through 1990 tax years, they did not artificially reduce the respondent's income within the meaning of subsection 245(1)?

ANALYSIS

The first issue on appeal concerns the Tax Court Judge's finding that subsections 66.1(4) and 66.2(3) (in regard to the 1985 and 1986 tax years) and subsections 66.7(3) and 66.7(4) (in regard to the 1987 through 1990 tax years) allowed Fording to deduct the CCDE and CCEE in the amounts it did. In my opinion, the learned Tax Court Judge did not err in concluding that Fording was permitted to deduct the CCDE and CCEE as it did.

Fording freely admitted that the "seeding transaction" was entered into solely for tax purposes. That alone is not enough to invalidate the deductions to which it gave rise. As was said in *Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of)*:

Every man is entitled if he can to order his affairs so as that the tax attaching under the appropriate Acts is less than it otherwise would be. If he succeeds in ordering them so as to secure this result, then, however unappreciative the Commissioners of Inland Revenue or his fellow taxpayers may be of his ingenuity, he cannot be compelled to pay an increased tax.²¹

The seeding transaction was one step in a series of transactions which comprised a legitimate business deal. I agree with the cautionary statements made by the Tax Court Judge on page 2761 of his decision where he says:

It is a major step for the Court to ignore the legal effects of the form of the transaction between the parties and to undertake a process equivalent to "reading down" or invoking the "blue pencil" doctrine on the basis that some of the substance of the overall purchase agreement is fiscally offensive to the Minister. It is one thing for parties to purport to contract between themselves to give rise to certain tax, or other advantages, or to purport to assign a particular status by contract, such as that of independent contractor, and to have a Court set aside their arrangement on the basis that they have attempted to do what legally cannot be done because the underlying facts do not support the putative categorization. It is another matter for a Court to excise a portion from a legitimate business agreement

position 1985 à 1990, ils n'ont pas réduit son revenu de la façon factice que vise le paragraphe 245(1)?

a ANALYSE

La première question soulevée en appel porte sur la conclusion tirée par le juge de la Cour de l'impôt que les paragraphes 66.1(4) et 66.2(3) (pour les années d'imposition 1985 et 1986) et les paragraphes 66.7(3) et 66.7(4) (pour les années d'imposition 1987 à 1990) permettaient à Fording de déduire les FCEC et FCAC tels qu'elle les a revendiqués. À mon avis, le juge de la Cour de l'impôt n'a pas commis une erreur en concluant que Fording avait le droit de déduire les FCEC et FCAC tels qu'elle les a revendiqués.

Fording reconnaît sans difficulté que l'«opération d'amorçage» a été conclue uniquement à des fins fiscales. Ce fait seul ne suffit pas pour invalider les déductions auxquelles l'opération a donné lieu. Ainsi qu'il a été jugé dans *Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of)*:

[TRADUCTION] Chacun a le droit, s'il en est capable, d'organiser ses affaires de façon à payer moins d'impôt ou de taxe que le prévoit normalement la loi applicable en la matière. S'il réussit à les organiser de façon à atteindre ce résultat, alors peu importe que son ingéniosité ne soit pas au goût du fisc ou des autres contribuables, il ne saurait être contraint de payer un impôt ou taxe plus élevé²¹.

En l'espèce, l'opération d'amorçage était l'une des opérations qui formaient un accord commercial légitime. Je partage l'invitation à la prudence que fait le juge de la Cour de l'impôt en page 2761 de sa décision:

C'est, pour la Cour, une mesure importante que de faire abstraction des effets juridiques de la forme que revêt l'opération entre les parties et d'entamer un processus qui équivaut à invoquer la doctrine du «crayon bleu» parce qu'une partie de la substance de l'entente d'achat globale offense d'un point de vue fiscal le ministre. Que les parties établissent un contrat de manière à donner naissance à certains avantages fiscaux, ou des avantages d'une autre nature, ou qu'elles assignent un statut particulier par contrat, comme celui d'entrepreneur indépendant, et que la Cour annule l'entente parce que les parties ont tenté de faire ce qui, légalement, est interdit parce que les faits sous-jacents n'étaient pas la catégorisation putative, c'est une chose. Qu'une Cour excise une partie d'une entente commerciale

because it may have given rise to the kind of tax advantage the Minister later sought to have specifically prohibited by securing an amendment.

There is nothing in the plain wording of the successor rules to prohibit what was done, nor did the respondent contravene the object and spirit of the Act. The successor rules were under the continued scrutiny of the Department. They were amended in 1977 and then again in 1987. The Technical Notes, while by no means the final word on the subject, indicate that the use of a seeding transaction as a tax planning strategy was fully understood by the Department. Despite this awareness, when the amendments addressing the issue were finally introduced in 1987, they were not given retrospective effect. While the amendment to a piece of legislation is not necessarily indicative of an alteration in the previous state of the law,²² the introduction of the amendments, the decision not to make them retroactive but rather to grandfather the existing provisions, and the evidence of the Technical Notes that the Department anticipated transactions such as those in issue, are relevant, particularly when investigating the object and spirit of subsections 66.1(4) and 66.2(3).

There was no limitation on the amount of the interest a predecessor company was required to purchase in order for a successor company such as Fording to utilize the deductions as it did. Counsel for the Minister has asked this Court to read in a threshold, although they offer no suggestion as to what that threshold should be or how it should be arrived at. The inappropriateness of doing so is obvious on the facts of this appeal. Much has been made of the egregiously small amount sold to and repurchased from Elco by Fording. Even if Fording had sold 50% of its interest in the Fording coal mine to Elco, the end result would be the same: twenty eight days later the interest would be back in Fording's hands and the tax pools would have been deducted as they were. It appears to have been the blatantly small amount that changed hands in order to accomplish the scheme that troubles the Minister most. A windfall appears to have been created for the appellant by the transfer of

légitime parce qu'elle peut avoir donné lieu à la sorte d'avantage fiscal que le ministre a plus tard cherché à interdire expressément en adoptant une modification, en est une autre.

Rien dans les termes sans équivoque des règles concernant les corporations remplaçantes n'interdit ce qui a été fait en l'espèce, et l'intimée n'a enfreint ni l'objet ni l'esprit de la Loi. Ces règles étaient suivies de près par le Ministère. Elles ont été modifiées en 1977 et de nouveau en 1987. Les notes techniques, bien qu'elles ne soient pas le mot de la fin en la matière, indiquent que le Ministère avait parfaitement conscience du recours aux opérations d'amorçage à titre de stratégie de planification fiscale. N'empêche qu'au moment où les modifications furent finalement introduites en 1987, elles n'ont pas été rendues rétroactives. Bien que la modification d'un texte de loi ne traduise pas nécessairement un changement dans le droit en vigueur²², il se trouve que l'adoption des modifications en question, la décision de ne pas les rendre rétroactives et de maintenir les droits acquis sous le régime des dispositions existantes, et la preuve établie par les notes techniques que le Ministère prévoyait des opérations comme celle en cause, sont des facteurs à prendre en considération, en particulier lorsqu'il s'agit d'examiner la question au regard des paragraphes 66.1(4) et 66.2(3).

Il n'y avait aucune restriction quant à l'ordre de grandeur de la participation qu'un prédécesseur devait acheter afin qu'une corporation remplaçante telle Fording puisse se prévaloir des déductions comme elle l'a fait en l'espèce. Les avocats du ministre ont demandé à la Cour de conclure à l'existence d'un seuil minimum, mais ne disent pas quel devrait être ce seuil et comment il devrait être fixé. L'inopportunité de pareille conclusion ressort des faits de la cause. Un des principaux motifs de contestation en l'espèce a été l'insigne petitesse de la participation que Fording a vendue puis rachetée à Elco. À supposer que Fording eût vendu à Elco 50 p. 100 de ses parts dans la houillère de Fording, le résultat final aurait été le même: 28 jours plus tard, ces parts seraient revenues entre les mains de Fording et les comptes fiscaux auraient été déduits comme ils l'ont été en l'espèce. Il appert que ce qui a troublé le plus le ministre, c'est l'extrême petitesse des parts qui ont changé de mains

.001%. However the fact remains that there was no limitation on the amount of the interest in the section and even if there had been the end result would have remained essentially the same. Having this Court create some arbitrary threshold as the Minister requests, absent further significant alterations to the section would not alter the result in this case, although it may make the Minister feel better about how those results were achieved. That alone is not sufficient reason for the Court to interfere to alter a legislative provision enacted by Parliament. Too much speculation would have to be engaged in by this Court, too much tinkering done with the plain wording of the Act, to achieve the result the Minister seeks.

Given the plain wording and history of the sections, I am not convinced that Fording did anything that was not in keeping with either the plain wording or the object and spirit of the successor rules. As Urie J. stated in *Canterra Energy Ltd. v. The Queen*:

... I have not been persuaded by my analysis of the regulation that that was not the result which the Governor in Council intended. If he did not, then the appropriate remedy for the future is readily available to him. If the regulation was not aptly worded to carry out his original intention it does not mean that this Court should preclude the taxpayer from taking advantage of the benefits of the provision as worded.²³

Judges must be careful when engaging in an object and spirit analysis. It must not become a means by which every loophole or omission in the Act is rectified to the detriment of the taxpayer by a judiciary agreeable to the Minister's frequent argument that such an interpretation of the section could not have been what Parliament intended. The judiciary is not to do the job of Parliament. Neither are we to contradict what Parliament has chosen to do in the face of a plainly worded section and with the evidence of obvious departmental consideration and specific legislative amendment. Presumably there was a policy

pour produire ce résultat: un bénéfice exceptionnel a été créé au profit de l'appelante par le transfert d'une participation de 0,001 p. 100. Il demeure cependant que la disposition applicable ne prévoit aucune restriction quant à l'importance de la participation et, à supposer même qu'il y ait restriction, le résultat final serait resté essentiellement le même. Que la Cour crée un seuil arbitraire comme le demande le ministre sans que soient apportées d'autres modifications notables à la disposition applicable, ne changerait rien à l'issue de la cause, bien que cela puisse apaiser les préoccupations du ministre quant à la manière dont ces résultats sont réalisés. Mais ce n'est pas là une raison suffisante pour que la Cour intervienne pour modifier un texte de loi adopté par le législateur. La Cour aurait à se livrer aux conjectures, à manipuler les termes pourtant sans équivoque de la Loi, pour parvenir au résultat recherché par le ministre.

Vu le libellé clair et simple et l'historique des dispositions en question, je ne suis pas convaincu que Fording ait fait quelque chose qui ne soit pas conforme aux termes clairs ou à l'objet ou l'esprit des règles concernant les corporations remplaçantes. Ainsi que l'a fait observer le juge Urie dans *Canterra Energy Ltd. c. La Reine*:

... mon analyse du règlement ne m'a pas convaincu que ce n'était pas là le résultat que le gouverneur en conseil avait en vue. Si ce n'était pas là son intention, le gouverneur en conseil peut facilement corriger la situation pour l'avenir. Ce n'est pas parce que le libellé du règlement ne traduit pas adéquatement l'intention première du gouverneur que notre Cour devrait empêcher le contribuable de bénéficier des avantages que comporte la disposition dans son libellé actuel²³.

Les juges doivent faire preuve de prudence lorsqu'ils analysent l'objet et l'esprit d'un texte de loi. Il ne faut pas qu'ils fassent de cette analyse un moyen de combler toute lacune ou omission de la Loi au détriment du contribuable et dans le sens de l'argument fréquemment avancé par le ministre, savoir que pareille interprétation de la disposition en question ne pourrait être conforme à la volonté du législateur. Les tribunaux judiciaires ne sont pas censés faire le travail du législateur. Ils ne sont pas censés non plus contredire ce que le législateur a choisi de faire, en dépit d'une disposition à la formulation claire et simple et

objective in maintaining the section unchanged for as long as it was, and in later grandfathering the sections relevant to this appeal.²⁴ Parliament anticipated precisely the situation we are dealing with. They chose to address it in a specific way and amended the Act accordingly. In so doing it did not make the changes retroactive. It is not for the judiciary to do so.

Having concluded that the seeding transaction was in keeping with both the plain language and object and spirit of the successor rules, I now turn to the application of subsection 245(1) of the Act. Much confusion has surrounded the interpretation of section 245, confusion which hopefully will be somewhat alleviated by the new general anti-avoidance rules introduced to the Act in 1988 [S.C. 1988, c. 55, s. 185]. Particularly problematic is the conflicting case law concerning the application of subsection 245(1) found in *Harris v. Minister of National Revenue*²⁵ and *McKee (G) v The Queen*.²⁶ Subsection 245(1), as it then read, stated:

245. (1) In computing income for the purposes of this Act, no deduction may be made in respect of a disbursement or expense made or incurred in respect of a transaction or operation that, if allowed, would unduly or artificially reduce income.

The learned Tax Court Judge concluded that subsection 245(1) did not apply in the circumstances of this case. I agree with the Tax Court Judge's findings as stated on page 2766 of his reasons for judgment:

Under the subsections of the Act at issue in the present appeal, 66.1(4) and 66.2(3), there is specific reference to the "cumulative Canadian exploration expense of the predecessor" which obviously cannot be the actual disbursement or expense made or incurred in respect of a transaction by which the successor corporation became entitled to utilize certain expenses previously incurred by another. Indeed, the right of the successor corporation to obtain certain benefits flowing from the fact the predecessor incurred expenses, is the entire rationale for that piece of legislation. Therefore, in my opinion, subsection 245(1) does not apply to the

en dépit de la preuve que le Ministère était manifestement au courant et que cette disposition avait fait l'objet d'une modification spécifique. Il est à présumer qu'un objectif de politique générale dictait de garder cette disposition inchangée pendant si longtemps, et ensuite de consacrer les droits acquis sous le régime des dispositions visées par cet appel²⁴. Le législateur a prévu justement le cas qui nous occupe en l'espèce. Il a choisi de le traiter d'une certaine manière et a modifié la Loi en conséquence. Dans cette démarche, il n'a pas rendu ces modifications rétroactives. Il n'appartient pas aux tribunaux judiciaires de le faire.

Ayant conclu que l'opération d'amorçage était conforme à la fois aux termes clairs et simples et à l'objet et l'esprit des règles concernant les corporations remplaçantes, j'en viens maintenant à l'application du paragraphe 245(1) de la Loi. L'interprétation de cette disposition a causé beaucoup de confusion, confusion dont il est à espérer qu'elle sera dissipée dans une certaine mesure par les règles générales anti-évitement incorporées dans la Loi en 1988 [L.C. 1988, ch. 55, art. 185]. Cette confusion se reflète en particulier dans la jurisprudence contradictoire en matière d'application du paragraphe 245(1), qu'illustrent les deux décisions *Harris v. Ministre du revenu national*²⁵ et *McKee (G) c La Reine*²⁶. Le paragraphe 245(1), tel qu'il était en vigueur à l'époque considérée, portait:

245. (1) Dans le calcul du revenu aux fins de la présente loi, aucune déduction ne peut être faite à l'égard d'un débours fait ou d'une dépense faite ou engagée, relativement à une affaire ou opération qui, si elle était permise, réduirait indûment ou de façon factice le revenu.

Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que le paragraphe 245(1) ne s'appliquait pas aux faits de la cause. Je partage les conclusions qu'il tire à la page 2766 des motifs de son jugement comme suit:

Dans les dispositions de la présente Loi qui sont en litige en l'espèce, c'est-à-dire les paragraphes 66.1(4) et 66.2(3), il est fait mention expressément des «frais d'exploration au Canada d'une corporation remplaçante», lesquels, à l'évidence, ne peuvent être les débours ou les dépenses faits ou engagés à l'égard d'une opération par laquelle la corporation remplaçante a obtenu le droit d'utiliser certaines dépenses engagées antérieurement par une autre. En fait, le droit qu'a la corporation remplaçante de jouir de certains avantages qui découlent du fait que la corporation remplacée a engagé des dépenses est toute la raison d'être de ces dispositions

present appeal as there was no disbursement or expense made or incurred from which a deduction was claimed.

There is much to recommend the Tax Court Judge's analysis of this section. The appellant argues that the seeding transaction was an avoidance transaction, because it had no *bona fide* business purpose and was not within the concept of commercial normalcy. As such, in arguing that subsection 245(1) should apply, the "transaction or operation" attacked as artificial is the seeding transaction: the sale and repurchase of the .001% interest in the Fording mine. The "deduction" in issue is Fording's deduction of the tax pools. The expenses and disbursement comprising those pools were not "made or incurred in respect of" the seeding transaction. The respondent argued that the phrase "in respect of" must be given as wide a meaning as possible,²⁷ and that the key to subsection 245(1) is who made the deduction, not who incurred the expense or made the disbursement. The term "in respect of" is found twice in subsection 245(1), and meaning must be given it in both instances. Regardless of whether the CCEE and the CCDE are considered to be Elco's expenses or Fording's deemed expenses or the product of an allowance provision, they were not "made or incurred in respect of" the transaction or operation attacked as being artificial namely, the seeding transaction.

Given my above conclusions, it may not be necessary to continue with my analysis, however since the matter was fully argued before this Court, and since the Tax Court Judge made a finding on the issue, I will also address whether or not subsection 245(1) would have otherwise caught this transaction. In my opinion, it would not.

Subsection 245(1) would not operate to disallow the deductions made by Fording. I have found the seeding transaction to be in keeping with the object and spirit

législatives. Par conséquent, à mon avis, le paragraphe 245(1) ne s'applique pas à l'espèce car il n'y a eu aucun débours ou aucune dépense faits ou engagés à l'égard desquels une déduction a été effectuée.

L'analyse faite par le juge de la Cour de l'impôt de la disposition en question est parfaitement logique. L'appelante tient que l'opération d'amorçage était une manœuvre d'évitement fiscal par ce motif qu'elle n'avait aucun objet commercial véritable et qu'elle n'allait pas dans le sens des habitudes normales du commerce. Dans cet argument en faveur de l'application du paragraphe 245(1), «l'affaire ou l'opération» qualifiée de factice est l'opération d'amorçage, savoir la vente et le rachat de la participation de 0,001 p. 100 dans la mine de Fording River. La «déduction» en cause est la déduction par Fording des comptes fiscaux. Les dépenses et débours constituant ces comptes n'ont pas été «faits ou engagés relativement à (en anglais: *in respect of*)» l'opération d'amorçage. L'intimée soutient qu'il faut donner à la locution prépositive «quant à (en anglais: *in respect of*)» le sens le plus large possible²⁷, et que la question centrale à examiner dans l'application du paragraphe 245(1) est de savoir qui revendique la déduction, et non pas qui a engagé la dépense ou fait le débours. La locution prépositive «*in respect of*» apparaît deux fois dans le paragraphe 245(1), et il faut donner un sens à chacune de ces deux occurrences. Peu importe que les FCEC et FCAC soient considérés comme des dépenses d'Elco ou des dépenses réputées de Fording ou encore le résultat d'une disposition de dégrèvement, ils n'ont pas été «faits ou engagés relativement à» une affaire ou opération qualifiée de factice, savoir l'opération d'amorçage.

Vu les conclusions que j'ai tirées plus haut, il n'est peut-être pas nécessaire que je poursuive mon analyse; il se trouve cependant que la question a fait l'objet de débats devant la Cour et puisque le juge de la Cour de l'impôt a tiré une conclusion en la matière, j'examinerai aussi si cette opération ne tombe pas, à d'autres égards, sous le coup du paragraphe 245(1). Je ne le pense pas.

Le paragraphe 245(1) n'a pas pour effet d'exclure les déductions faites par Fording. J'ai conclu que l'opération d'amorçage était conforme à l'objet et à

of subsections 66.1(4) and 66.2(3). Could subsection 245(1) now be used to disallow the deductions on the basis that they arose from an artificial transaction (the seeding transaction) and as such unduly or artificially reduced Fording's income? I do not believe so.

As I stated in *Canada v. Mara Properties Ltd.*:

... I agree that the claimed loss on the sale of the land cannot be artificial because the loss is the product of a statutory deeming provision (subsection 88(1)) to which effect must be given.²⁸

This statement was part of my dissenting judgment. Writing for the majority Mr. Justice Marceau found:

Even if subsection 88(1) operates to allow the respondent to consider the difference between the deemed cost and the actual proceeds of sale as a loss sustained in the course of its business, this loss could not be said to be "artificial" or "undue" as it would arise by specific operation of the Act.²⁹

To determine whether a deduction will cause an artificial reduction of a taxpayer's income, it is necessary to examine the transaction which gave rise to the deduction in question. If that transaction is in keeping with the relevant sections and the Act itself, then it cannot be artificial under subsection 245(1).

The Supreme Court of Canada in *Stuart*³⁰ held the object and spirit test to be less onerous than the test for artificiality under subsection 245(1). The transaction here in issue was found to be within the object and spirit of the successor rules, therefore it cannot be said to be artificial and disallowed by subsection 245(1).

Fording acknowledged that tax considerations motivated the seeding transaction, but that fact in and of itself is not enough to support a finding that an undue or artificial reduction of income occurred. The successor rules do not simply list generic deductions; they establish a complex means by which a successor

l'esprit des paragraphes 66.1(4) et 66.2(3). Pourrait-on invoquer alors le paragraphe 245(1) pour rejeter les déductions en cause par ce motif qu'elles avaient leur origine dans une opération factice (l'opération d'amorçage) et, de ce fait, réduisaient le revenu indûment ou de façon factice? Je ne le pense pas.

Comme je l'ai fait observer dans *Canada c. Mara Properties Ltd.*:

... je suis d'accord pour dire que la perte subie lors de la vente du bien-fonds et dont on réclame la déduction ne peut être factice, étant donné qu'elle résulte d'une disposition législative qui crée une présomption (le paragraphe 88(1)) et à laquelle on doit donner effet²⁸.

Cette constatation faisait partie des motifs dissidents que je prononçais dans cette affaire. De son côté, le juge Marceau, prononçant le jugement de la majorité, a conclu en ces termes:

Même si le paragraphe 88(1) a pour effet de permettre à l'intimée de considérer la différence entre le coût réputé et le produit effectif de la vente comme une perte subie dans le cadre de son entreprise, on ne saurait dire que cette perte est « factice » ou « indue », étant donné qu'elle résulte de l'application spécifique de la Loi²⁹.

Pour savoir si une déduction opère réduction factice du revenu du contribuable, il est nécessaire d'examiner l'opération qui y a donné lieu. Si cette opération ne va pas à l'encontre des dispositions applicables ou de la Loi elle-même, elle ne peut être jugée factice au regard du paragraphe 245(1).

Dans *Stuart*³⁰, la Cour suprême du Canada a jugé que le critère de l'objet et de l'esprit de la Loi est moins rigoureux que le critère du caractère factice au regard du paragraphe 245(1). L'opération litigieuse en l'espèce a été jugée conforme aux règles concernant les corporations remplaçantes, il s'ensuit qu'elle ne saurait être jugée factice et exclue par le paragraphe 245(1).

Fording reconnaît que l'opération d'amorçage était motivée par des considérations fiscales, mais ce fait à lui seul ne suffit pas pour justifier la conclusion qu'il y a eu réduction indue ou factice du revenu. Les règles concernant les corporations remplaçantes ne font pas que poser un principe général en matière de

company can utilize the expenses of a predecessor. Indeed it could be said that they create an artificial deduction, however it is one sanctioned, indeed legitimized by the Act. As was said by Mr. Justice Estey in *Stubart*:

Income tax legislation, such as the federal Act in our country, is no longer a simple device to raise revenue to meet the cost of governing the community. Income taxation is also employed by government to attain selected economic policy objectives. Thus, the statute is a mix of fiscal and economic policy. The economic policy element of the Act sometimes takes the form of an inducement to the taxpayer to undertake or redirect a specific activity. Without the inducement offered by the statute, the activity may not be undertaken by the taxpayer for whom the induced action would otherwise have no *bona fide* business purpose. . . .³¹

The Act does more than set out deductions, it is a means of advancing government policy. In determining whether the deductions were within the object and spirit of the successor rules, it was necessary to examine the seeding transaction. Once the seeding transaction was found to be within the object and spirit of those rules, the deductions it gave rise to cannot be said to have artificially reduced the taxpayer's income:

. . . a transaction that clearly falls within the object and spirit of section 66 cannot be said to unduly or artificially reduce income merely because the taxpayer was influenced in deciding to enter into it by tax considerations.³²

If a section creates a complex means by which a taxpayer can receive a specific benefit, and if the taxpayer's actions in so doing have been found to be in keeping with both the plain meaning and the object and spirit of the relevant sections, then subsection 245(1) cannot operate to disallow the deductions which arose.

I would dismiss the appeal with costs.

¹ [1984] 1 S.C.R. 536.

² [1994] 3 S.C.R. 3.

³ See e.g. *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312, at pp. 326-327; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, at p. 113.

déductions; elles établissent un régime complexe grâce auquel une corporation remplaçante peut se prévaloir des dépenses faites par le prédécesseur. On peut dire qu'elles créent une déduction artificielle, mais cette déduction est sanctionnée, voire légitimée, par la Loi.

^a Ainsi que l'a fait observer le juge Estey dans *Stubart*:

La législation en matière d'impôt sur le revenu, comme la loi fédérale de notre pays, n'est pas uniquement un simple moyen de prélever des revenus pour faire face aux dépenses gouvernementales. Le gouvernement utilise les prélèvements d'impôt pour réaliser certains objectifs déterminés de politique économique. Ainsi, la Loi est à la fois un outil de politique économique et de politique fiscale. L'élément de politique économique de la Loi prend quelquefois la forme d'une incitation du contribuable à s'engager dans une activité précise ou à la réorganiser. Sans l'incitation contenue dans la Loi, le contribuable ne s'engagerait peut-être pas dans cette activité et pour lui l'opération en cause n'aurait pas d'autre objet commercial véritable. . . .³¹

^d La Loi ne fait pas que prévoir des déductions, elle est un moyen de réalisation de la politique gouvernementale. Afin de savoir si les déductions en cause sont conformes à l'objet et à l'esprit des règles concernant les corporations remplaçantes, il est nécessaire d'analyser l'opération d'amorçage. Une fois celle-ci jugée conforme à l'objet et à l'esprit de ces règles, on ne saurait dire que les déductions qui en découlent réduisent de façon factice le revenu du contribuable:

^f . . . on ne peut dire . . . qu'une affaire qui rencontre l'objet et l'économie de l'article 66, réduit indûment ou de façon factice le revenu simplement parce que le contribuable a été alléché par les avantages fiscaux lorsqu'il s'est lancé dans cette affaire.³²

^h Si une disposition établit un régime complexe dont le contribuable puisse se prévaloir pour recevoir un avantage spécifique, et ce, de manière jugée conforme aux termes clairs comme à l'objet et l'esprit des dispositions applicables, le paragraphe 245(1) ne s'applique pas pour exclure les déductions en qui découlent.

ⁱ Je rejeterais l'appel avec dépens.

¹ [1984] 1 R.C.S. 536.

² [1994] 3 R.C.S. 3.

³ Voir par ex. *Canada v. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312, aux p. 326 et 317; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, à la p. 113.

- ⁴ *Stuart*, *supra*, note 1, at pp. 579-580.
- ⁵ [1988] 2 S.C.R. 175, at p. 193.
- ⁶ *R v Esskay Farms Ltd*, [1976] CTC 24 (F.C.T.D.); *McKee (G) v The Queen*, [1977] CTC 491 (F.C.T.D.).
- ⁷ [1983] 1 S.C.R. 29.
- ⁸ *Ibid.*, at p. 39.
- ⁹ See e.g. *Canada v. Irving Oil Ltd.*, [1991] 1 C.T.C. 350 (C.A.F.), at p. 360.
- ¹⁰ See e.g. *Shulman, Isaac v. Minister of National Revenue*, [1961] Ex. C.R. 410; *Fell (D) Ltd et al v The Queen*, [1981] CTC 363 (F.C.T.D.); *Consolidated-Bathurst Ltd. v. Canada*, [1987] 2 F.C. 3 (C.A.).
- ¹¹ *Supra*, note 1, at p. 579.
- ¹² Note e.g. in *Stuart*, *supra* note 1, at p. 579 where Estey J. discusses "sham" as an issue in circumstances where s. 245(1) would not apply.
- ¹³ *Harris v. Minister of National Revenue*, [1966] S.C.R. 489, at p. 505; *Stuart*, *supra*, note 1, at p. 579.
- ¹⁴ See generally the analysis of Jockett C.J. in *R v Alberta and Southern Gas Co Ltd*, [1977] CTC 388 (F.C.A.).
- ¹⁵ *Ibid.*, at pp. 396-397.
- ¹⁶ In *Canada v. Mara Properties Ltd.*, [1995] 2 F.C. 433 (C.A.), at p. 454 the only judge who determined as part of the *ratio decidendi* that s. 245(1) did not apply specifically found the deduction in question to be within the object and spirit of the Act.
- ¹⁷ S.C. 1970-71-72, c. 63 (Act).
- ¹⁸ [1984] 1 S.C.R. 536.
- ¹⁹ [1993] 2 C.T.C. 2259 (T.C.C.).
- ²⁰ *Ibid.*, at p. 2267.
- ²¹ [1936] A.C. 1 (H.L.), at pp. 19-20.
- ²² *Canada v. Mara Properties Ltd.*, [1995] 2 F.C. 433 (C.A.), *per* Stone J.A.
- ²³ [1987] 1 C.T.C. 89 (F.C.A.), at p. 95.
- ²⁴ See also *Canada v. Irving Oil Ltd.*, [1991] 1 C.T.C. 350 (F.C.A.).
- ²⁵ [1966] S.C.R. 489.
- ²⁶ [1977] CTC 491 (F.C.T.D.).
- ²⁷ See *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 39.
- ²⁸ *Supra*, note 22, at p. 452.
- ²⁹ *Supra*, note 22, at pp. 437-438.
- ³⁰ *Supra*, note 18.
- ³¹ *Supra*, note 18, at pp. 575-576.
- ³² *R. v. Alberta and Southern Gas Co Ltd*, [1978] 1 F.C. 454 (C.A.), at pp. 462-463.
- ⁴ *Stuart*, note 1, *supra*, aux p. 579 et 580.
- ⁵ [1988] 2 R.C.S. 175, à la p. 193.
- ⁶ *R c Esskay Farms Ltd*, [1976] CTC 24 (C.F. 1^{re} inst.); *McKee (G) c La Reine*, [1977] CTC 491 (C.F. 1^{re} inst.).
- ⁷ [1983] 1 R.C.S. 29.
- ⁸ *Ibid.*, à la p. 39.
- ⁹ Voir par ex. *Canada c. Irving Oil Ltd.*, [1991] 1 C.T.C. 350 (C.A.F.), à la p. 360.
- ¹⁰ Voir par ex. *Shulman, Isaac v. Minister of National Revenue*, [1961] R.C.É. 410; *Fell (D) Ltd et al c La Reine*, [1981] CTC 363 (C.F. 1^{re} inst.); *Consolidated-Bathurst Ltd. c. Canada*, [1987] 2 C.F. 3 (C.A.).
- ¹¹ Note 1, *supra*, à la p. 579.
- ¹² Voir par ex. le passage dans *Stuart*, note 1, *supra*, à la p. 579, où le juge Estey analyse la question du «trompe-l'œil» dans les cas où l'art. 245(1) ne s'appliquait pas.
- ¹³ *Harris c. Ministre du revenu national*, [1966] R.C.S. 489, à la p. 505; *Stuart*, note 1, *supra*, à la p. 579.
- ¹⁴ Voir l'analyse faite par le juge en chef Jockett dans *R c Alberta and Southern Gas Co Ltd*, [1977] CTC 388 (C.A.F.).
- ¹⁵ *Ibid.*, aux p. 396 et 397.
- ¹⁶ Dans *Canada c. Mara Properties Ltd.*, [1995] 2 C.F. 433 (C.A.), à la p. 454, le seul juge qui ait conclu à titre de motif de décision que l'art. 245(1) ne s'appliquait expressément pas, a jugé que la déduction en question était conforme à l'objet et à l'esprit de la Loi.
- ¹⁷ S.C. 1970-71-72, ch. 63 (la Loi).
- ¹⁸ [1984] 1 R.C.S. 536.
- ¹⁹ [1993] 2 C.T.C. 2259 (C.C.I.).
- ²⁰ *Ibid.*, à la p. 2267.
- ²¹ [1936] A.C. 1 (H.L.), aux p. 19 et 20.
- ²² *Canada c. Mara Properties Ltd.*, [1995] 2 C.F. 433 (C.A.), jugement du juge Stone, J.C.A.
- ²³ [1987] 1 C.T.C. 89 (C.A.F.), à la p. 95.
- ²⁴ Voir aussi *Canada c. Irving Oil Ltd.*, [1991] 1 C.T.C. 350 (C.A.F.).
- ²⁵ [1966] R.C.S. 489.
- ²⁶ [1977] CTC 491 (C.F. 1^{re} inst.).
- ²⁷ Voir *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la p. 39.
- ²⁸ Note 22 *supra*, à la p. 452.
- ²⁹ Note 22 *supra*, aux p. 437 et 438.
- ³⁰ Note 18, *supra*.
- ³¹ Note 18, *supra*, aux p. 575 et 576.
- ³² *R. c. Alberta and Southern Gas Co Ltd*, [1978] 1 C.F. 454 (C.A.), aux p. 462 et 463.

IMM-1901-95

IMM-1901-95

Henry Halm (*Applicant*)**Henry Halm** (*requérant*)

v.

c.

The Minister of Employment and Immigration (*Respondent*)**Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration** (*intimé*)**INDEXED AS: HALM v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: HALM c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)**

Trial Division, Rothstein J.—Toronto, September 19; Ottawa, November 23, 1995.

Section de première instance, juge Rothstein—Toronto, 19 septembre; Ottawa, 23 novembre 1995.

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Judicial review of deportation order under Immigration Act, s. 19(2)(a.1)(ii) — Applicant convicted of sodomy, endangering welfare of child, bail jumping in U.S.A. — Ordered deported after continuing detention — Deportation not disguised extradition — No improper purpose in deportation, detention proceedings — Minister not “gating” applicant — No delay in judicial review proceedings — Prima facie case of bail jumping — Misrepresentations by applicant material, valid ground for deportation order — Minister’s consent required for applicant to return to Canada.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Contrôle judiciaire d'une mesure d'expulsion prise en vertu de l'art. 19(2)a.1(ii) de la Loi sur l'immigration — Le requérant a été reconnu coupable aux États-Unis de sodomie, de mise en péril du bien-être d'un enfant et de violation de cautionnement — Une mesure d'expulsion a été prise contre lui au terme de sa détention prolongée — L'expulsion ne constitue pas une extradition déguisée — Le ministre ne poursuivait pas de fins illégitimes en expulsant et en détendant le requérant — Il n'a pas «bloqué» le requérant — Il n'y a pas eu de retard dans le déroulement de l'instance en contrôle judiciaire — Preuve prima facie de violation de cautionnement — Les fausses indications données par le requérant portaient sur des faits importants et justifiaient la mesure d'expulsion — Le requérant doit obtenir le consentement du ministre pour pouvoir revenir au Canada.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Whether deportation order contrary to Charter, s. 7 — Previous order in same case set aside as Criminal Code, s. 159 (sodomy) found unconstitutional — Public interest in continued detention under Immigration Act, s. 103 weighed against liberty interest of individual — Decisions to detain applicant not improper — Timely judicial review only relief necessary to meet fundamental justice requirements.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Il s'agit de savoir si la mesure d'expulsion était contraire à l'art. 7 de la Charte — Une mesure déjà prise dans la même affaire a été annulée au motif que l'art. 159 du Code criminel (sodomie) a été jugé inconstitutionnel — L'intérêt du public à ce que le requérant continue d'être détenu en vertu de l'art. 103 de la Loi sur l'immigration doit être évalué par rapport au droit à la liberté de l'individu concerné — Les décisions de détention le requérant n'étaient pas irrégulières — Seul un contrôle judiciaire rapide est nécessaire pour satisfaire aux exigences de la justice fondamentale.

This was an application for judicial review of a deportation order made against the applicant by an adjudicator, and of a decision to detain him under section 103 of the *Immigration Act*, as renewed thereafter, resulting in his continued detention. In 1990, the applicant was convicted in New York State of eight charges of sodomy and endangering the welfare of a child. After being released on bail pending appeal, the applicant entered Canada without disclosing his convictions to Canadian immigration officers.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une mesure d'expulsion prise contre le requérant par un arbitre et de la décision de le détention prise en vertu de l'article 103 de la *Loi sur l'immigration*, décision qui a été renouvelée par la suite et en vertu de laquelle sa détention s'est poursuivie. En 1990, le requérant a été reconnu coupable dans l'État de New York de huit accusations de sodomie et de mise en péril du bien-être d'un enfant. Après avoir été mis en liberté sous caution en attendant l'issue de l'appel, le

He was arrested at Toronto in April 1993, and one month later, an inquiry was conducted which resulted in a deportation order being issued against him. The applicant sought judicial review of the deportation order of May 28, 1993. Reed J. granted the application for judicial review and set aside the deportation order on the basis that section 159 of the *Criminal Code*, to which the applicant's sodomy convictions were found to have been equivalent by the Adjudicator under subparagraph 19(1)(c.1)(i) of the *Immigration Act*, was unconstitutional. In March 1995, a direction was issued for an inquiry based on the applicant's alleged bail jumping in New York State, misrepresentation to immigration officials and his visitor status. The inquiry culminated in the deportation order issued against him on July 7, 1995. The applicant raised a number of issues in support of his application for judicial review of that deportation order.

Held, the application should be dismissed.

1) The applicant submitted that the deportation order of July 7, 1995 amounted to a disguised extradition and that the proper course of action was extradition. This argument misses the basic difference between deportation and extradition. Deportation occurs when the state wishes to expel a person; extradition occurs when another state wishes to retrieve a person, and can only be carried out when a request for extradition has been received. Canada has no control over whether a foreign state wishes a person extradited, and cannot be precluded from acting in the public interest to deport undesirable aliens. Unless there is clear evidence establishing that the Minister did not genuinely consider it in the public interest to order the fugitive's deportation, any challenge to the validity of the deportation procedure will fail. There is no legal authority for the proposition that simply because deportation to a foreign country may result in a greater penalty to an individual than extradition to that country, that deportation is contrary to section 7 of the Charter. The fact that the Minister chose the most serious of the applicant's crimes in the United States upon which to base deportation proceedings is not evidence of bad faith or improper purpose. And although proceeding on the sodomy convictions was not the most expeditious approach to deporting the applicant, that is a far cry from suggesting that the proceedings were improper or that they constituted disguised extradition. It is not improper for the Minister to have as a purpose for deportation and continued detention, the removal of an undesirable alien, control over the alien to ensure that he leaves, and the prohibition of the alien from re-entering Canada without the Minister's consent. The applicant has not demonstrated any improper purpose of the Minister in the deportation and detention proceedings taken against him.

requérant est entré au Canada sans révéler ses condamnations aux fonctionnaires de l'immigration. Il a été arrêté à Toronto en avril 1993 et, un mois plus tard, une enquête a été tenue qui s'est soldée par la prise d'une mesure d'expulsion contre lui. Le requérant a demandé le contrôle judiciaire de la mesure d'expulsion prise le 28 mai 1993. Le juge Reed a accueilli la demande de contrôle judiciaire et a annulé la mesure d'expulsion en déclarant inconstitutionnel l'article 159 du *Code criminel*, auquel l'arbitre avait conclu, en vertu du sous-alinéa 19(1)c.1(i) de la *Loi sur l'immigration*, que les condamnations pour sodomie du requérant équivalaient. En mars 1995, une directive a été donnée en vue de la tenue d'une enquête sur le fondement de la violation de cautionnement dont le requérant se serait rendu coupable dans l'État de New York, des fausses indications qu'il aurait données aux fonctionnaires de l'immigration et de son statut de visiteur. L'enquête a abouti à la mesure d'expulsion qui a été prise contre lui le 7 juillet 1995. Le requérant a soulevé plusieurs questions à l'appui de sa demande de contrôle judiciaire de cette mesure d'expulsion.

Jugement: la demande doit être rejetée.

1) Le requérant alléguait que la mesure d'expulsion du 7 juillet 1995 équivalait à une extradition déguisée et que la procédure à suivre était l'extradition. La thèse du requérant ne tient pas compte de la différence fondamentale qui existe entre l'expulsion et l'extradition. Il y a expulsion lorsque l'État désire bannir quelqu'un. Il y a extradition lorsqu'un État étranger réclame un individu, et elle n'a lieu qu'à la demande de cet État. Le Canada n'a aucun contrôle sur la volonté d'un État étranger d'extrader quelqu'un et on ne peut empêcher le Canada d'agir dans l'intérêt du public en expulsant les étrangers indésirables. À moins qu'il existe des éléments de preuve convaincants qui tendent à établir que le ministre n'a pas véritablement estimé qu'il était dans l'intérêt public d'expulser le fugitif, toute contestation de la validité de la procédure d'expulsion échouera. Il n'y a aucun précédent qui appuie la proposition que l'expulsion est contraire à l'article 7 de la Charte du simple fait que l'expulsion d'une personne dans un pays étranger peut donner lieu à l'application d'une peine plus grave que son extradition dans ce pays. Le fait que le ministre ait retenu les crimes les plus graves commis par le requérant aux États-Unis pour fonder la procédure d'expulsion ne démontre pas qu'il était de mauvaise foi ou qu'il poursuivait des fins illégitimes. Le fait de se fonder sur les condamnations pour sodomie n'était pas la façon de procéder la plus rapide pour expulser le requérant, mais cela ne veut pas dire pour autant que l'instance soit irrégulière ou qu'elle constitue une extradition déguisée. Le ministre n'agissait pas de façon illégitime en justifiant l'expulsion et la continuation de la détention du requérant par le fait qu'il désirait renvoyer un étranger indésirable, garder le contrôle sur cet étranger pour s'assurer qu'il quitte le Canada et lui interdire de revenir au Canada sans l'autorisation du ministre. Le requérant n'a pas démontré que le ministre poursuivait des fins illégitimes par

2) Applicant's counsel argued that by commencing a second inquiry in March 1995 into bail jumping and misrepresentation when the May 28, 1993 deportation order based on the sodomy convictions had been set aside, the Minister abused the process by "gating" the applicant. Section 34 of the *Immigration Act* is a legislative basis for further inquiries to be held and provides for what was done in this case: the commencement of a second inquiry leading to a report and an order for the applicant's deportation. Even if the Minister had abused the process by gating the applicant (which he has not), resulting in his continuing detention, the latter was afforded the opportunity to seek judicial review in a timely way. Such timely judicial review was the appropriate remedy and satisfied the requirements of fundamental justice.

3) It was submitted that delay has been so great in this case as to result in a breach of the applicant's right to liberty and security of the person under section 7 of the Charter. As in the case of his "gating" argument, the applicant challenged the deportation inquiry process in that it extended his detention, and the remedy he sought was suspension of his deportation order. There is a public interest in detaining a person when there are reasonable grounds for believing that he would not appear for inquiry or removal. This public interest must be weighed against the liberty interest of the individual. The most satisfactory course of action will frequently be to detain the individual but to expedite the proceedings, which was done in this case. The relief sought by the applicant, namely the suspension of his deportation order, was not appropriate nor was any relief, other than a timely judicial review, necessary to meet the requirements of fundamental justice.

4) According to the applicant, the deportation order of July 7, 1995 was defective, in so far as it was based on the offence of bail jumping, partly because it was not a condition of his bail that he surrender in New York State. Although the bail order did not contain express words requiring subsequent appearance by the applicant, it did order him to "promptly perfect his appeal". The Adjudicator made no error in concluding that a *prima facie* case of bail jumping had been made out. The argument that bail jumping is subsidiary is without merit. The fact that section 159 of the *Criminal Code* has been declared unconstitutional did not extinguish the sodomy convictions in the United States, nor did it extinguish the offence of bail jumping in either country. The applicant jumped bail in the United States.

les mesures d'expulsion et de détention qu'il a prises contre lui.

2) L'avocat du requérant affirmait qu'en tenant une seconde enquête en mars 1995 sur la violation du cautionnement et les fausses indications après l'annulation de la mesure d'expulsion du 28 mai 1993 fondée sur les condamnations pour sodomie, le ministre a commis un abus de procédure en «bloquant» le requérant. L'article 34 de la *Loi sur l'immigration* prévoit ce qui a été fait en l'espèce, à savoir la tenue d'une seconde enquête qui a conduit à la rédaction d'un rapport et à la prise d'une mesure d'expulsion contre le requérant. Même si le ministre avait commis un abus de procédure en bloquant le requérant—ce qu'il n'a pas fait—et en prolongeant de ce fait sa détention, le requérant s'est vu accorder la possibilité de demander le contrôle judiciaire de son ordonnance de détention en temps opportun. Un tel contrôle judiciaire en temps opportun est une réparation convenable qui satisfait aux exigences de la justice fondamentale.

3) Le requérant affirmait que les retards étaient importants au point de porter atteinte au droit à la liberté et à la sécurité de sa personne que lui garantissait l'article 7 de la Charte. Tout comme dans le cas du moyen tiré du «blocage», le requérant contestait la procédure d'enquête sur son expulsion en affirmant qu'elle avait eu pour effet de prolonger sa détention, et la réparation qu'il sollicitait était un sursis à l'exécution de la mesure d'expulsion. Il est dans l'intérêt du public que des personnes soient détenues lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'elles ne se présenteront pas à leur enquête ou qu'elles se déroberont aux autorités chargées de les expulser. Il faut évaluer cet intérêt public par rapport au droit à la liberté de l'individu concerné. La solution la plus satisfaisante consiste souvent à détenir l'intéressé mais à accélérer la procédure, ce qui a été fait en l'espèce. La réparation demandée par le requérant, à savoir le sursis à l'exécution de la mesure d'expulsion prise contre lui, n'est pas la réparation convenable: seul un contrôle judiciaire rapide est nécessaire pour satisfaire aux exigences de la justice fondamentale.

4) Suivant le requérant, la mesure d'expulsion du 7 juillet 1995 était viciée, dans la mesure où elle était fondée sur l'infraction de violation de cautionnement commise dans l'État de New York, en partie parce que le cautionnement n'était assorti d'aucune condition l'obligeant à comparaître en jugement dans l'État de New York. L'ordonnance de cautionnement du requérant ne renfermait pas de mots qui exigeaient expressément sa comparution ultérieure, mais elle lui enjoignait de «mettre promptement son appel en état». L'arbitre n'a pas commis d'erreur en concluant qu'il y avait une preuve *prima facie* de violation du cautionnement. Le moyen suivant lequel la violation du cautionnement est secondaire est mal fondé. Le fait que l'article 159 du *Code criminel* ait été déclaré inconstitutionnel n'éteint ni les

There is an equivalent offence in Canada and, therefore, subparagraph 19(2)(a.1)(ii) of the *Immigration Act* is applicable.

5) As to the applicant's misrepresentations to Canadian immigration officers, the only issue was whether these misrepresentations were material. Even if the applicant's sodomy convictions would not have been a basis for his removal by reason of the decision of Reed J. striking down section 159 of the *Criminal Code*, disclosure of these convictions would have led immigration officers to ascertain that the applicant had not appeared for sentencing when required. It was therefore a material misrepresentation not to inform immigration officers of applicant's sodomy convictions and his failure to appear for sentencing.

6) The applicant argued that the Adjudicator erred by refusing to consider a number of factors when she decided to issue a deportation, rather than a departure, order. That argument ignored the question of whether he should be able to return to Canada without the written consent of the Minister. Having come to the conclusion that the Minister's consent should be required in the case of the applicant, the Adjudicator was required by statute to issue a deportation order, regardless of the other considerations advanced by the applicant. In doing so, she acted in accordance with the *Immigration Act* and made no error.

condamnations pour sodomie aux États-Unis, ni l'infraction de violation de cautionnement dans l'un ou l'autre pays. Le requérant a violé son cautionnement aux États-Unis. Il existe une infraction équivalente aux Canada et, en conséquence, le sous-alinéa 19(2)a.1)(ii) de la *Loi sur l'immigration* s'applique.

5) Quant aux fausses indications que le requérant était accusé d'avoir données aux fonctionnaires de l'immigration canadiens, la seule question qui se posait était de savoir si ces fausses indications portaient sur un fait important. Même si les condamnations pour sodomie du requérant n'avaient pas fondé son expulsion par suite de la décision du juge Reed déclarant l'article 159 du *Code criminel* inconstitutionnel, la divulgation de ces condamnations aurait amené les fonctionnaires de l'immigration à vérifier si le requérant avait fait défaut de comparaître devant le tribunal à la date voulue pour le prononcé de sa peine. Le fait que le requérant n'avait pas informé les fonctionnaires de l'immigration de ses condamnations pour sodomie et de son défaut de comparaître devant le tribunal pour le prononcé de sa peine constituait donc une fausse indication sur un fait important.

6) Le requérant soutenait que l'arbitre avait commis une erreur en refusant de tenir compte d'un certain nombre de facteurs lorsqu'elle avait décidé de prendre une mesure d'expulsion plutôt qu'une mesure d'interdiction de séjour. La thèse du requérant ne tenait pas compte de la question de savoir s'il devrait pouvoir revenir au Canada sans l'autorisation écrite du ministre. Ayant conclu qu'il y avait lieu d'exiger l'autorisation du ministre dans le cas du requérant, l'arbitre était tenue, par la loi, de prendre une mesure d'expulsion, indépendamment des autres considérations invoquées par le requérant. Ce faisant, elle a agi en conformité avec la *Loi sur l'immigration* et elle n'a commis aucune erreur.

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. 7, 24(1).

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 145(2) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 20), 159 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 19, s. 3).

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(1)(c.1)(i) (as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 11), 19(2)(a.1)(ii) (as enacted *idem*), 27(2)(a) (as am. *idem*, s. 16), (g), 32(6) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 11), (7) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 21), 34, 55(1), 103 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 27; S.C. 1992, c. 49, s. 94).

N.Y. *Penal Law* § 215.56 (Consol. 1984).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 24(1).

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 145(2) (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 20), 159 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 19, art. 3).

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)c.1(i) (édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 11), 19(2)a.1(ii) (édicte *idem*), 27(2)a) (mod., *idem*, art. 16), (g), 32(6) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 11), (7) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 21), 34, 55(1), 103 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 27; L.C. 1992, ch. 49, art. 94).

N.Y. *Penal Law* § 215.56 (Consol. 1984).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Moore v. Minister of Manpower and Immigration, [1968] S.C.R. 839; (1968), 69 D.L.R. (2d) 273; *Shepherd v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 70 O.R. (2d) 766; 52 C.C.C. (3d) 388 (H.C.); affd (1989), 70 O.R. (2d) 765; 52 C.C.C. (3d) 386 (C.A.); *Hernandez v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 154 N.R. 231 (F.C.A.); *Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 214; (1994), 85 F.T.R. 99 (T.D.).

CONSIDERED:

Halm v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1995] 2 F.C. 331; (1995), 91 F.T.R. 106; 28 Imm. L.R. (2d) 252 (T.D.); *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; (1991), 84 D.L.R. (4th) 438; 67 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 1; 129 N.R. 81; *Parker v. Canada (Solicitor General)* (1990), 73 O.R. (2d) 193; 57 C.C.C. (3d) 68; 78 C.R. (3d) 209 (H.C.).

REFERRED TO:

R. v. Askov, [1990] 2 S.C.R. 1199; (1990), 75 O.R. (2d) 673; 74 D.L.R. (4th) 355; 59 C.C.C. (3d) 449; 79 C.R. (3d) 273; 49 C.R.R. 1; 42 O.A.C. 81; *Akthar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 3 F.C. 32; (1991), 14 Imm. L.R. (2d) 39 (C.A.); *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; (1987), 39 D.L.R. (4th) 18; 33 C.C.C. (3d) 193; 58 C.R. (3d) 1; 28 C.R.R. 280; 20 O.A.C. 161; 76 N.R. 12; *Minister of Manpower and Immigration v. Brooks*, [1974] S.C.R. 850; (1973), 36 D.L.R. (3d) 522.

AUTHORS CITED

La Forest, Anne Warner. *La Forest's Extradition to and from Canada*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1991.
Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989.

APPLICATION for judicial review of a deportation order, and of a decision to detain the applicant under section 103 of the *Immigration Act*, as renewed thereafter, resulting in his continued detention. Application dismissed.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Moore v. Minister of Manpower and Immigration, [1968] R.C.S. 839; (1968), 69 D.L.R. (2d) 273; *Shepherd v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 70 O.R. (2d) 766; 52 C.C.C. (3d) 388 (H.C.); conf. par (1989), 70 O.R. (2d) 765; 52 C.C.C. (3d) 386 (C.A.); *Hernandez c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 154 N.R. 231 (C.A.F.); *Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 214; (1994), 85 F.T.R. 99 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Halm c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1995] 2 C.F. 331; (1995), 91 F.T.R. 106; 28 Imm. L.R. (2d) 252 (1^{re} inst.); *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; (1991), 84 D.L.R. (4th) 438; 67 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 1; 129 N.R. 81; *Parker v. Canada (Solicitor General)* (1990), 73 O.R. (2d) 193; 57 C.C.C. (3d) 68; 78 C.R. (3d) 209 (H.C.).

DÉCISIONS CITÉES:

R. c. Askov, [1990] 2 R.C.S. 1199; (1990), 75 O.R. (2d) 673; 74 D.L.R. (4th) 355; 59 C.C.C. (3d) 449; 79 C.R. (3d) 273; 49 C.R.R. 1; 42 O.A.C. 81; *Akthar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 3 C.F. 32; (1991), 14 Imm. L.R. (2d) 39 (C.A.); *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; (1987), 39 D.L.R. (4th) 18; 33 C.C.C. (3d) 193; 58 C.R. (3d) 1; 28 C.R.R. 280; 20 O.A.C. 161; 76 N.R. 12; *Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Brooks*, [1974] R.C.S. 850; (1973), 36 D.L.R. (3d) 522.

DOCTRINE

La Forest, Anne Warner. *La Forest's Extradition to and from Canada*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1991.
Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une mesure d'expulsion et de la décision de détenir le requérant en vertu de l'article 103 de la *Loi sur l'immigration*, décision qui a été renouvelée par la suite et en vertu de laquelle sa détention s'est poursuivie. Demande rejetée.

COUNSEL:

Paul Slansky for applicant.
Donald MacIntosh for respondent.

SOLICITORS:

Slansky & Pringle, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

ROTHSTEIN J.

INTRODUCTION

This is a judicial review of:

(1) A deportation order made against the applicant by Adjudicator C. Simmie on July 7, 1995; and

(2) A decision dated March 13, 1995 to detain the applicant pursuant to section 103 of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 27; S.C. 1992, c. 49, s. 94], as renewed thereafter, resulting in his continued detention. ^f

This matter first came on before me on August 1, 1995, by way of an application to stay the deportation of the applicant and to have him released on bail. A stay of deportation proceedings was ordered but no order was made releasing the applicant on bail. Because the applicant was in detention, I ordered that the leave and judicial review proceedings be dealt with on an expedited basis. In the event that leave was granted, hearing dates of September 19, 20, 21 and 23, 1995 were scheduled. ^g

Counsel for the parties contacted the Court in early September to advise that the transcript of proceedings before Adjudicator Simmie had not been made available in sufficient time for applicant's counsel to ^j

AVOCATS:

Paul Slansky pour le requérant.
Donald MacIntosh pour l'intimé.

a PROCUREURS:

Slansky & Pringle, Toronto, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

b

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

c LE JUGE ROTHSTEIN

d

INTRODUCTION

La Cour est saisie d'une demande de contrôle judiciaire: ^d

(1) de la mesure d'expulsion prise le 7 juillet 1995 contre le requérant par l'arbitre C. Simmie;

e

(2) de la décision prise le 13 mars 1995 de détenir le requérant en vertu de l'article 103 de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 27; L.C. 1992, ch. 49, art. 94], décision qui a été renouvelée par la suite et en vertu de laquelle le requérant est toujours détenu. ^f

La présente affaire m'a d'abord été soumise le 1^{er} août 1995 sous forme de demande de sursis à l'exécution de la mesure d'expulsion prise contre le requérant et de mise en liberté sous caution du requérant. J'ai ordonné la suspension des procédures d'expulsion, mais je n'ai pas ordonné la mise en liberté sous caution du requérant. Parce que le requérant était détenu, j'ai ordonné que l'instance relative à l'autorisation et au contrôle judiciaire soit instruite de façon accélérée. J'ai fixé aux 19, 20, 21 et 23 septembre 1995 les dates d'audition de l'instance pour le cas où l'autorisation serait accordée. ^g

Les avocats des parties ont communiqué avec la Cour au début de septembre pour l'informer que la transcription des notes sténographiques de l'audience qui s'était déroulée devant l'arbitre Simmie n'avait pas

prepare a memorandum of argument in accordance with the schedule originally agreed upon. After considering various alternatives, including other possible hearing dates which the Court Registry advised could not be scheduled for some months, I decided to hear the matter on the dates originally fixed based solely on oral argument without the benefit of memoranda. At the hearing, after initial submissions from counsel for the applicant and respondent, I granted leave and proceeded to hear the judicial review.

été mise à leur disposition assez rapidement pour que l'avocat du requérant puisse rédiger un mémoire exposant les points à débattre conformément à l'horaire initialement convenu. Après avoir envisagé diverses solutions de rechange, dont la possibilité de fixer d'autres dates d'audition—lesquelles, selon le greffe de la Cour, ne pouvaient être obtenues avant quelques mois —, j'ai décidé d'entendre l'affaire aux dates initialement fixées en me fondant uniquement sur les plaidoiries orales et de me passer de mémoires écrits. À l'audience, après avoir entendu les observations initiales de l'avocat du requérant et celles de l'avocat de l'intimé, j'ai accordé l'autorisation demandée et j'ai entendu la demande de contrôle judiciaire.

ISSUES AND RELIEF SOUGHT

The issues raised by the applicant are:

(1) The deportation order was made in contravention 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] (hereinafter the Charter), because it constitutes a by-passing of extradition. If he is deported, the applicant will be subjected to a greater penalty than if he is extradited, contrary to his security of the person rights under section 7 of the Charter.¹ The deportation order should therefore be set aside.

(2) The Minister is engaged in gating, i.e. keeping the applicant in detention based upon grounds which could have been dealt with earlier, but which were only advanced when a deportation order based on previously advanced grounds was set aside. This constitutes an abuse of the process.

(3) The applicant has been in detention since April 16, 1993, arguably an unreasonably long time contrary to his liberty interest under section 7 of the Charter. The appropriate Charter relief suggested by counsel for the applicant both in respect of gating and delay would be

QUESTIONS EN LITIGE ET REDRESSEMENT DEMANDÉ

Le requérant soulève les questions litigieuses suivantes:

(1) La mesure d'expulsion a été prise en contravention de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (ci-après appelée la Charte), étant donné qu'elle constitue une extradition déguisée. S'il est expulsé, le requérant sera soumis à une peine plus sévère que s'il est extradé, ce qui porte atteinte aux droits à la sécurité de sa personne que lui garantit l'article 7 de la Charte¹. La mesure d'expulsion devrait par conséquent être annulée.

(2) Le ministre se livre à du blocage, c'est-à-dire qu'il maintient le requérant en détention sur le fondement de motifs qui auraient pu être examinés plus tôt, mais qui n'ont été invoqués qu'après qu'une mesure d'expulsion prise sur le fondement de motifs antérieurement invoqués eut été annulée. Le blocage en question constitue un abus de procédure.

(3) Le requérant est détenu depuis le 16 avril 1993. On peut soutenir qu'une telle détention est déraisonnablement longue et qu'elle porte atteinte au droit à la liberté que lui garantit l'article 7 de la Charte. Selon l'avocat du requérant, le redressement convenable que

to suspend the operation of the applicant's deportation order to enable him to depart Canada on his own volition to a destination of his choice.

la Charte permet d'accorder tant en ce qui concerne le blocage que les retards consisterait à surseoir à l'exécution de la mesure d'expulsion prise contre le requérant pour lui permettre de quitter le Canada de son plein gré pour la destination de son choix.

(4) The Adjudicator based the July 7, 1995 deportation order on the applicant's bail jumping in New York State. This was unlawful because:

(4) L'arbitre a fondé la mesure d'expulsion qu'il a prise le 7 juillet 1995 sur la violation de cautionnement que le requérant aurait commise dans l'État de New York. L'arbitre a agi illégalement parce que:

(a) it was not a condition of his bail that the applicant surrender himself in New York State;

a) le cautionnement du requérant n'était assorti d'aucune condition l'obligeant à comparaître en jugement dans l'État de New York;

(b) the "reasonable grounds to believe" standard of proof in subparagraph 19(2)(a.1)(ii) [as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 11] of the *Immigration Act* is unconstitutional as it is inconsistent with the presumption of innocence enshrined in the Charter;

b) la norme de preuve des «motifs raisonnables de croire» prévue au sous-alinéa 19(2)a.1(ii) [édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 11] de la *Loi sur l'immigration* est inconstitutionnelle, parce qu'elle est incompatible avec la présomption d'innocence consacrée par la Charte;

(c) the primary offence (sodomy) which gave rise to the applicant's alleged bail jumping in New York State is not equivalent to any offence in Canada and therefore the subsidiary offence (bail jumping) cannot stand alone as grounds for deportation.

c) il n'existe pas au Canada d'infraction équivalant à l'infraction principale (la sodomie) qui est à l'origine de la présumée violation de cautionnement dont le requérant se serait rendu coupable dans l'État de New York, et par conséquent, l'infraction secondaire (la violation du cautionnement) ne peut constituer à elle seule un motif d'expulsion.

(5) The Adjudicator based the July 7, 1995 deportation order on the applicant's misrepresentations to Canadian immigration officers. This was unlawful because the misrepresentations were not material.

(5) L'arbitre a fondé la mesure d'expulsion du 7 juillet 1995 sur les fausses indications que le requérant aurait données aux fonctionnaires de l'immigration canadiens. L'arbitre a agi illégalement, étant donné que les fausses indications en question ne portaient pas sur des faits importants.

(6) The Adjudicator unlawfully refused to consider relevant matters that would have led her to issue a departure order rather than a deportation order.

(6) L'arbitre a illégalement refusé de tenir compte d'éléments pertinents qui l'auraient amenée à prendre une mesure d'interdiction de séjour plutôt qu'une mesure d'expulsion.

The applicant requests the following relief:

Le requérant sollicite les redressements suivants:

(1) An order that the deportation order of July 7, 1995, be declared invalid and be quashed;

(1) Une ordonnance invalidant et annulant la mesure d'expulsion prise le 7 juillet 1995;

(2) In the alternative, an order that the deportation order be changed into a departure order;

(2) À titre subsidiaire, une ordonnance transformant la mesure d'expulsion en mesure d'interdiction de séjour;

(3) An order releasing the applicant on bail or allowing him to depart to a destination of his choice from custody.

(3) Une ordonnance mettant le requérant en liberté sous caution ou le relaxant pour lui permettre de quitter le Canada pour la destination de son choix.

FACTS

LES FAITS

On August 3, 1990, the applicant was convicted in New York State of the following charges:

^b Le 3 août 1990, le requérant a été reconnu coupable des accusations suivantes dans l'État de New York:

(1) Sodomy in the third degree (oral sex with someone less than 17 years old).

(1) Sodomie au troisième degré (relations sexuelles orales avec une personne âgée de moins de 17 ans);

(2) Endangering the welfare of a child (showing pornographic film to male under age of 16 years and masturbating self in front of "child").

(2) Mise en péril du bien-être d'un enfant (présentation d'un film pornographique à un garçon de moins de 16 ans et masturbation devant cet «enfant»);

(3) Sodomy in the third degree (oral and anal sex with someone less than 17 years old).

(3) Sodomie au troisième degré (relations sexuelles orales et anales avec une personne âgée de moins de 17 ans);

(4) Sodomy in the third degree (oral and anal sex with someone less than 17 years old).

^e (4) Sodomie au troisième degré (relations sexuelles orales et anales avec une personne âgée de moins de 17 ans);

(5) Sodomy in the third degree (oral sex with someone less than 17 years old).

^f (5) Sodomie au troisième degré (relations sexuelles orales avec une personne âgée de moins de 17 ans);

(6) Sodomy in the third degree (oral and anal sex with someone less than 17 years old).

^g (6) Sodomie au troisième degré (relations sexuelles orales et anales avec une personne âgée de moins de 17 ans);

(7) Endangering the welfare of a child (showing pornographic films to a male under age of 16 years and masturbating in front of "child").

^h (7) Mise en péril du bien-être d'un enfant (présentation de films pornographiques à un garçon de moins de 16 ans et masturbation devant cet «enfant»);

(8) Endangering the welfare of a child (showing pornographic films to a male under the age of 16 years).

ⁱ (8) Mise en péril du bien-être d'un enfant (présentation de films pornographiques à un garçon de moins de 16 ans).

The applicant was released on bail pending appeal. On February 23, 1993, the applicant's final appeal was denied by the New York Court of Appeals. On February 25, 1993, the applicant was ordered to surrender himself for sentencing on March 1, 1993.

^j Le requérant a été mis en liberté sous caution en attendant l'issue de l'appel. Le 23 février 1993, la Cour d'appel de New York a rejeté l'appel en dernier ressort interjeté par le requérant. Le 25 février 1993, le requérant a reçu l'ordre de comparaître en justice

On March 1, 1993, the applicant did not surrender himself as ordered but entered Canada. He did not disclose to Canadian immigration officers his convictions for sodomy or endangering the welfare of a child, or that he was entering Canada on the same date that he had been ordered to appear in court in New York State for sentencing.

On April 16, 1993, the applicant was arrested in Toronto. On April 18, 1993, two reports were issued relating to the applicant's sodomy convictions and alleged misrepresentations to Canadian immigration officials. On May 28, 1993, an inquiry was conducted which resulted in a deportation order being issued against the applicant based on subparagraph 19(1)(c.1)(i) [as enacted *idem*] and paragraph 27(2)(a) [as am. *idem*, s. 16] of the *Immigration Act* and in particular, his sodomy convictions in New York State. Subparagraph 19(1)(c.1)(i) and paragraph 27(2)(a) provide:

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

...

(c.1) persons who there are reasonable grounds to believe

(i) have been convicted outside Canada of an offence that, if committed in Canada, would constitute an offence that may be punishable under any Act of Parliament by a maximum term of imprisonment of ten years or more, or

...

27. ...

(2) An immigration officer or peace officer shall, unless the person has been arrested pursuant to subsection 103(2), forward a written report to the Deputy Minister setting out the details of any information in the possession of the immigration officer or peace officer indicating that a person in Canada, other than a Canadian citizen or permanent resident, is a person who

(a) is a member of an inadmissible class, other than an inadmissible class described in paragraph 19(1)(h) or 19(2)(c);

After he was ordered deported, the applicant brought an application for *habeas corpus* to the

pour le prononcé de sa peine le 1^{er} mars 1993. Le 1^{er} mars 1993, le requérant a fait défaut de comparaître et il est entré au Canada. Il n'a pas révélé aux fonctionnaires de l'immigration ses condamnations pour sodomie et mise en péril du bien-être d'un enfant ni le fait qu'il entraît au Canada le jour même où il avait été assigné à comparaître devant un tribunal de New York pour le prononcé de sa peine.

Le 16 avril 1993, le requérant a été arrêté à Toronto. Le 18 avril 1993, deux rapports ont été faits au sujet des condamnations pour sodomie du requérant et des présumées fausses indications qu'il avait données à des fonctionnaires de l'Immigration canadiens. Le 28 mai 1993, une enquête a été tenue et s'est soldée par la prise d'une mesure d'expulsion contre le requérant sur le fondement du sous-alinéa 19(1)c.1(i) [édicte, *idem*] et de l'alinéa 27(2)a) [mod., *idem*, art. 16] de la *Loi sur l'immigration* et, en particulier, sur le fondement de ses condamnations pour sodomie dans l'État de New York. Le sous-alinéa 19(1)c.1(i) et l'alinéa 27(2)a) disposent:

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible:

...

c.1) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles ont, à l'étranger:

(i) soit été déclarées coupables d'une infraction qui, si elle était commise au Canada, constituerait une infraction qui pourrait être punissable, aux termes d'une loi fédérale, d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à dix ans, sauf ...

...

27. ...

(2) L'agent d'immigration ou l'agent de la paix doit, sauf si la personne en cause a été arrêtée en vertu du paragraphe 103(2), faire un rapport écrit et circonstancié au sous-ministre de renseignements concernant une personne se trouvant au Canada autrement qu'à titre de citoyen canadien ou de résident permanent et indiquant que celle-ci, selon le cas:

a) appartient à une catégorie non admissible, autre que celles visées aux alinéas 19(1)h) ou 19(2)c);

Après qu'il eut été frappé d'une mesure d'expulsion, le requérant a présenté une demande d'*habeas*

Ontario Court General Division. This application was denied on October 21, 1993. The applicant also initiated a refugee claim. On May 31, 1994, the refugee claim was denied by the Immigration and Refugee Board. No appeal was taken from this decision.

On November 22, 1993, in court file IMM-7073-93, the applicant sought judicial review in this Court of the deportation order of May 28, 1993. An order extending time was granted and in June 1994, leave was granted.

On February 24, 1995 Reed J. issued reasons granting the judicial review [[1995] 2 F.C. 331 (T.D.)], and on March 14, 1995 she issued an order setting aside the deportation order. She found that section 159 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, as amended [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 19, s. 3], to which the applicant's sodomy convictions were found to have been equivalent by the Adjudicator under subparagraph 19(1)(c.1)(i) of the *Immigration Act*, was unconstitutional. Section 159 reads:

159. (1) Every person who engages in an act of anal intercourse is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years or is guilty of an offence punishable on summary conviction.

(2) Subsection (1) does not apply to any act engaged in, in private, between

(a) husband and wife, or

(b) any two persons, each of whom is eighteen years of age or more,

both of whom consent to the act.

(3) For the purposes of subsection (2),

(a) an act shall be deemed not to have been engaged in in private if it is engaged in in a public place or if more than two persons take part or are present; and

(b) a person shall be deemed not to consent to an act

(i) if the consent is extorted by force, threats or fear of bodily harm or is obtained by false and fraudulent

corpus devant la Cour de l'Ontario (Division générale). Il a été débouté de cette demande le 21 octobre 1993. Le requérant a également revendiqué le statut de réfugié. Le 31 mai 1994, la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a refusé de lui reconnaître le statut de réfugié. Aucun appel n'a été interjeté de cette décision.

Le 22 novembre 1993, dans le dossier IMM-7073-93, le requérant a demandé le contrôle judiciaire de la mesure d'expulsion prise le 28 mai 1993. Une prorogation de délai lui a été accordée et, en juin 1994, l'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire lui a aussi été accordée.

Le 24 février 1995, le juge Reed a prononcé des motifs par lesquels elle a accueilli la demande de contrôle judiciaire [[1995] 2 C.F. 331 (1^{re} inst.)] et, le 14 mars 1995, elle a rendu une ordonnance annulant la mesure d'expulsion. Elle a jugé inconstitutionnel l'article 159 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, modifié [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 19, art. 3], auquel l'arbitre avait conclu, en vertu du sous-alinéa 19(1)c.1(i) de la *Loi sur l'immigration*, que les condamnations pour sodomie de l'appelant équivalaient. L'article 159 dispose:

159. (1) Quiconque a des relations sexuelles anales avec une autre personne est coupable soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans, soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux actes commis, avec leur consentement respectif, dans l'intimité par les époux ou par deux personnes âgées d'au moins dix-huit ans.

(3) Les règles suivantes s'appliquent au paragraphe (2):

a) un acte est réputé ne pas avoir été commis dans l'intimité s'il est commis dans un endroit public ou si plus de deux personnes y prennent part ou y assistent;

b) une personne est réputée ne pas consentir à commettre un acte dans les cas suivants:

(i) le consentement est extorqué par la force, la menace ou la crainte de lésions corporelles, ou est obtenu au

misrepresentations respecting the nature and quality of the act, or

(ii) if the court is satisfied beyond a reasonable doubt that the person could not have consented to the act by reason of mental disability.

a

Reed J. found that section 159 discriminated against homosexuals, as the age of consent, as set out in section 159 in respect of sodomy, is eighteen, while the age of consent in other related sections dealing with consent for heterosexual activity is fourteen. As a result, the applicant was convicted of an offence outside Canada, but not one which, if committed in Canada, would constitute an offence punishable by a maximum term of ten years or more. Therefore, the Adjudicator could not base a deportation order on subparagraph 19(1)(c.1)(i) of the *Immigration Act* in respect of the applicant's sodomy convictions in New York State.

b

c

d

e

moyen de déclarations fausses ou trompeuses quant à la nature ou à la qualité de l'acte,

(ii) le tribunal est convaincu hors de tout doute raisonnable qu'il ne pouvait y avoir consentement de la part de cette personne du fait de son incapacité mentale.

Le juge Reed a conclu que l'article 159 établissait une discrimination contre les homosexuels, étant donné que l'âge du consentement prévu à l'article 159 en ce qui concerne la sodomie est fixé à dix-huit ans, tandis que l'âge du consentement prévu à d'autres articles connexes portant sur le consentement à des actes hétérosexuels est fixé à quatorze ans. En conséquence, le juge Reed a conclu que le requérant avait été déclaré coupable à l'étranger d'une infraction, mais non d'une infraction qui, si elle était commise au Canada, constituerait une infraction punissable d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à dix ans. L'arbitre ne pouvait donc pas fonder une mesure d'expulsion sur le sous-alinéa 19(1)c.1(i) de la *Loi sur l'immigration* en ce qui concerne les condamnations pour sodomie dont le requérant avait fait l'objet dans l'État de New York.

On March 3, 1995, a direction was issued for an inquiry based on the applicant's alleged bail jumping in New York State, misrepresentation to immigration officials and his visitor status. On March 13, 1995, a further detention review was conducted pursuant to subsection 103(6) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 94] of the *Immigration Act*.² The applicant continued in detention.

f

g

h

On April 10, 1995, pursuant to the March 3, 1995 direction, an inquiry was convened. This inquiry culminated in the deportation order issued against the applicant on July 7, 1995.

i

Le 3 mars 1995, une directive a été donnée en vue de la tenue d'une enquête sur le fondement de la violation de cautionnement dont le requérant se serait rendu coupable dans l'État de New York, des fausses indications qu'il aurait données aux fonctionnaires de l'immigration et de son statut de visiteur. Le 13 mars 1995, une autre révision des motifs de la détention du requérant a eu lieu conformément au paragraphe 103(6) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 94] de la *Loi sur l'immigration*.² Le requérant est demeuré en détention.

Le 10 avril 1995, conformément à la directive du 3 mars 1995, une enquête a été menée. Cette enquête a abouti à la mesure d'expulsion qui a été prise contre le requérant le 7 juillet 1995.

The basis of the July 7, 1995 deportation order was that, pursuant to subparagraph 19(2)(a.1)(ii) of the *Immigration Act*, there were reasonable grounds to believe that the applicant had committed the act of bail jumping in New York State, and that the applicant

La mesure d'expulsion du 7 juillet 1995 était fondée sur le fait qu'il existait des motifs raisonnables de croire, au sens du sous-alinéa 19(2)a.1(ii) de la *Loi sur l'immigration*, que le requérant s'était rendu coupable de violation de cautionnement dans l'État de

had come into Canada by reason of misrepresentation of material facts in accordance with paragraph 27(2)(g) [as am. *idem*, s. 16] of the *Immigration Act*. Subparagraph 19(2)(a.1)(ii) and paragraph 27(2)(g) provide:

19. ...

(2) No immigrant and, except as provided in subsection (3), no visitor shall be granted admission if the immigrant or visitor is a member of any of the following classes:

...

(a.1) persons who there are reasonable grounds to believe

...

(ii) have committed outside Canada an act or omission that constitutes an offence under the laws of the place where the act or omission occurred and that, if committed in Canada, would constitute an offence that may be punishable by way of indictment under any Act of Parliament by a maximum term of imprisonment of less than ten years,

except persons who have satisfied the Minister that they have rehabilitated themselves and that at least five years have elapsed since the expiration of any sentence imposed for the offence or since the commission of the act or omission, as the case may be;

...

27. ...

(2) An immigration officer or peace officer shall, unless the person has been arrested pursuant to subsection 103(2), forward a written report to the Deputy Minister setting out the details of any information in the possession of the immigration officer or peace officer indicating that a person in Canada, other than a Canadian citizen or permanent resident, is a person who

...

(g) came into Canada or remains in Canada with a false or improperly obtained passport, visa or other document pertaining to that person's admission or by reason of any fraudulent or improper means or misrepresentation of any material fact, whether exercised or made by himself or by any other person,

It appears that overstaying visitor status was not considered a ground for deportation as the applicant

New York, et qu'il était entré au Canada par suite d'une fausse indication sur des faits importants au sens de l'alinéa 27(2)g) [mod., *idem*, art. 16] de la *Loi sur l'immigration*. Le sous-alinéa 19(2)a.1)(ii) et l'alinéa 27(2)g) disposent:

19. ...

(2) Appartiennent à une catégorie non admissible les immigrants et, sous réserve du paragraphe (3), les visiteurs qui:

...

a.1) sont des personnes dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles ont, à l'étranger:

...

(ii) soit commis un fait—acte ou omission—qui constitue une infraction dans le pays où il a été commis et qui, s'il était commis au Canada, constituerait une infraction qui pourrait être punissable, aux termes d'une loi fédérale, par mise en accusation, d'un emprisonnement maximal de moins de dix ans, sauf si elles peuvent justifier auprès du ministre de leur réadaptation et du fait qu'au moins cinq ans se sont écoulés depuis la commission du fait;

...

27. ...

(2) L'agent d'immigration ou l'agent de la paix doit, sauf si la personne en cause a été arrêtée en vertu du paragraphe 103(2), faire un rapport écrit et circonstancié au sous-ministre de renseignements concernant une personne se trouvant au Canada autrement qu'à titre de citoyen canadien ou de résident permanent et indiquant que celle-ci, selon le cas:

...

g) est entrée au Canada ou 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;

Il semble que le séjour prolongé sans autorisation du requérant n'ait pas été considéré comme un motif

continued to be detained by the Minister throughout the period.

d'expulsion, étant donné que le ministre a ordonné le maintien en détention du requérant pendant toute la période en cause.

DISGUISED EXTRADITION

The applicant alleges that in the circumstances of this case, the deportation order of July 7, 1995, amounts to an unfair by-passing of, or disguised extradition. He says that the proper course of action in this case is extradition. If the applicant is extradited to the United States, he may only be sentenced in the U.S. for the crimes for which he has been extradited. This is known as the rule of speciality and it is intended to protect against possible abuses in the extradition process. As I understand the applicant's position, he cannot be extradited to the United States for his convictions for sodomy in the third degree because those offences are not now recognized in Canada as a result of the judgment of Reed J. striking down section 159 of the *Criminal Code*. The applicant's argument in this instance is based on the rule of double criminality which requires that to support extradition, the crime committed must be a crime under the laws of both the country requesting extradition and the country extraditing the individual. In this case, under extradition, any penalty that may be imposed upon the applicant will be in respect of a lesser offence than sodomy in the third degree, i.e. endangering the welfare of a child. On the other hand, if he is deported there is no such restriction, and the applicant may be penalized for his sodomy convictions. Therefore, the applicant wishes to be extradited rather than deported.

Counsel for the applicant argues that except in trivial cases, if by deportation, an individual could be subjected to criminal proceedings or penalties that he or she could not be subjected to if extradited, it would be unfair to deport the person, because deportation would constitute a deprivation of security of the person contrary to section 7 of the Charter. In support of this argument, counsel relies on *Kindler v. Canada*

^a EXTRADITION DÉGUISÉE

Le requérant allègue que, eu égard aux circonstances de la présente espèce, la mesure d'expulsion du 7 juillet 1995 équivaut à un contournement injuste ou à une extradition déguisée. Il affirme que la procédure à suivre en l'espèce est l'extradition. Si le requérant est extradé aux États-Unis, il ne peut y être condamné que pour les crimes pour lesquels il a été extradé. C'est ce qu'on appelle le principe de la singularité. Ce principe vise à protéger les personnes extradées des abus auxquels la procédure d'extradition peut donner lieu. Si j'ai bien compris la thèse du requérant, il ne peut être extradé aux États-Unis pour ses condamnations pour sodomie au troisième degré, étant donné que ces infractions ne sont plus reconnues au Canada par suite du jugement par lequel le juge Reed a déclaré l'article 159 du *Code criminel* inconstitutionnel. La thèse que défend le requérant en l'espèce repose sur le principe de la double criminalité qui exige que, pour justifier une extradition, le crime commis doit être un crime prévu tant par les lois du pays qui demande l'extradition que par celles du pays qui extrade la personne en cause. En l'espèce, suivant les principes de l'extradition, toute peine qui peut être infligée au requérant portera sur une infraction moindre que celle de sodomie au troisième degré, à savoir l'infraction de mise en péril du bien-être d'un enfant. En revanche, si le requérant est expulsé, cette restriction ne vaut plus, et le requérant peut être puni pour ses condamnations pour sodomie. C'est la raison pour laquelle il désire être extradé plutôt qu'expulsé.

L'avocat du requérant soutient que, sauf dans des cas sans importance, si l'intéressé risque, en raison de l'extradition, de faire l'objet de poursuites ou de peines criminelles auxquelles il ne pourrait être assujéti s'il est extradé, il serait injuste de l'expulser, parce que l'expulsion constituerait une atteinte à la sécurité de sa personne, en violation de l'article 7 de la Charte. À l'appui de cet argument, l'avocat invoque

(*Minister of Justice*), [1991] 2 S.C.R. 779, in which La Forest J. states at page 835:

I can see no reason why the same general approach should not apply to extradition. One of the basic purposes of that procedure is to ensure that a specific kind of undesirable alien should not be able to stay in Canada. It is, no doubt, true that extradition and deportation do not always have the same purpose, for cases can arise where they serve different ends, and fairness may demand that one procedure be used rather than the other. But that is not this case, and I would be concerned about encouraging a resort to deportation rather than extradition with its inbuilt protections geared to the criminal process. [Emphasis added.]

Applicant's counsel made a similar argument before Reed J. in the applicant's proceedings in *Halm v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 2 F.C. 331 (T.D.). She stated at page 367:

Whatever Mr. Justice La Forest may have meant by his statement [at page 835] that "cases can arise where ... fairness may demand that one procedure be used rather than the other," I do not think the statement has any applicability in this case. All of counsel's arguments are directed at general characteristics of the extradition and deportation proceedings. There is no evidence of any particular unfairness which is likely to arise.

Initially, I would observe that the argument of counsel for the applicant misses the basic difference between deportation and extradition. Deportation occurs when a state wishes to expel a person. Extradition occurs when a state wishes to retrieve a person, and can only be carried out when a request for extradition has been received. Canada cannot be precluded from taking steps to deport an individual merely because the effect of deportation may be that the individual faces greater sanctions in the country to which he is deported than if he is extradited. Canada has no control over whether a foreign state wishes a person extradited, and the Government of Canada cannot be precluded from acting in the public interest to deport undesirable aliens.

I am in agreement with the statement of Reed J. at page 367. Even if, as the applicant argues, the effect

l'arrêt *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, dans lequel le juge La Forest déclare, à la page 835:

Je ne vois pas pour quelle raison la même démarche générale ne devrait pas s'appliquer à l'extradition. L'un des buts fondamentaux de cette procédure est de veiller à ce qu'un genre précis d'étranger indésirable ne soit pas en mesure de demeurer au Canada. Il est sans doute vrai que l'extradition et l'expulsion n'ont pas toujours le même but, car il peut y avoir des cas où elles servent à des fins différentes et l'équité peut exiger qu'une procédure soit utilisée plutôt qu'une autre. Toutefois, ce n'est pas le cas en l'espèce et je m'inquiérais de favoriser le recours à l'expulsion plutôt qu'à l'extradition qui contient des mesures de protection relatives au processus criminel. [Non souligné dans l'original.]

L'avocat du requérant a fait valoir un argument similaire devant le juge Reed dans le cadre de l'instance que le requérant a introduite sous l'intitulé *Halm c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 2 C.F. 331 (1^{re} inst.). Le juge Reed a déclaré, à la page 367:

Peu importe ce qu'il [le juge La Forest] a voulu dire [à la page 835] en affirmant qu'«il peut y avoir des cas où ... l'équité peut exiger qu'une procédure soit utilisée plutôt qu'une autre», je ne pense pas que cette affirmation s'applique en l'espèce. Tous les arguments de l'avocat sont axés sur des caractéristiques générales des procédures d'expulsion et d'extradition. Aucune preuve n'établit qu'une conséquence inéquitable particulière risque de se produire.

D'entrée de jeu, je tiens à souligner que la thèse de l'avocat du requérant ne tient pas compte de la différence fondamentale qui existe entre l'expulsion et l'extradition. Il y a expulsion lorsqu'un État désire bannir quelqu'un. Il y a extradition lorsqu'un État étranger réclame un individu, et elle n'a lieu qu'à la demande de cet État. On ne peut empêcher le Canada de prendre des mesures en vue d'expulser une personne au simple motif que l'expulsion risque davantage que l'extradition de soumettre l'intéressé à des sanctions plus graves dans le pays où il est expulsé. Le Canada n'a aucun contrôle sur la volonté d'un État étranger d'extrader quelqu'un et on ne peut empêcher le gouvernement du Canada d'agir dans l'intérêt du public en expulsant les étrangers indésirables.

Je souscris à l'énoncé fait par le juge Reed à la page 367 de son jugement. Même si, au dire du

of deportation must be considered as well as the purpose, La Forest J.'s comments in *Kindler* do not support the general principle asserted by applicant's counsel. Counsel says that when deportation might result in a penalty greater than one that would result from extradition, extradition must be resorted to. But, at most, La Forest J.'s comments can only be taken to mean that, based on the facts of a particular case, fairness may demand the use of one procedure or the other. There is nothing in the evidence in this case to indicate any particular unfairness to the applicant. As Reed J. stated, the applicant's attack on deportation is based on the general characteristics of deportation and extradition. Clearly, this is not what La Forest J.'s comments were meant to address.

The passage relied upon in *Kindler* by the applicant does not have the effect for which he argues. According to prior jurisprudence, to support a disguised extradition argument, an applicant had to show improper purpose or bad faith on the part of the government. In *Moore v. Minister of Manpower and Immigration*, [1968] S.C.R. 839, Cartwright C.J. states at page 844:

To decide that the deportation proceedings are a sham or not bona fide it would be necessary to hold that the Minister did not genuinely consider it in the public interest to expel the appellant. This is the view expressed in the *Soblen's* case, *supra*, and I agree with it.

In *Shepherd v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 70 O.R. (2d) 765 (C.A.), Austin J., (as he then was), in the Ontario weekly Court [(1989), 70 O.R. (2d) 766] states, at pages 775-776 in respect of disguised extradition:

From the reasons of the two courts, the following principles emerge:

1. If the purpose of the exercise is to deport the person because his presence is not conducive to the public good, that is a legitimate exercise of the power of deportation.

requérant, il faut tenir compte non seulement de l'objet de l'expulsion, mais aussi de ses effets, les observations formulées par le juge La Forest dans l'arrêt *Kindler* n'appuient pas le principe général que l'avocat du requérant fait valoir. L'avocat prétend que, lorsque l'expulsion risque de donner lieu à une peine plus sévère que celle qu'entraînerait l'extradition, il faut recourir à l'extradition. Mais les commentaires du juge La Forest peuvent tout au plus être interprétés comme signifiant que, compte tenu des faits de l'espèce, l'équité peut exiger que soit utilisée une procédure plutôt qu'une autre. Rien ne permet de conclure en l'espèce que le requérant est victime d'une injustice particulière. Ainsi que le juge Reed l'a déclaré, les moyens que le requérant fait valoir pour contester l'expulsion sont fondés sur des caractéristiques générales de l'expulsion et de l'extradition. De toute évidence, ce n'est pas ce que les observations du juge La Forest visaient.

Le passage de l'arrêt *Kindler* qu'invoque le requérant n'a pas l'effet que ce dernier lui attribue. Suivant une jurisprudence antérieure, pour pouvoir affirmer qu'il faisait l'objet d'une extradition déguisée, le requérant devait démontrer que l'État poursuivait des fins illégitimes ou qu'il faisait preuve de mauvaise foi. Ainsi, dans l'arrêt *Moore v. Minister of Manpower and Immigration*, [1968] R.C.S. 839, le juge en chef Cartwright déclare à la page 844:

[TRADUCTION] Pour décider que les procédures d'expulsion sont un trompe-l'oeil ou qu'elles sont entachées de mauvaise foi, il faudrait statuer que le ministre n'a pas véritablement estimé qu'il était dans l'intérêt du public d'expulser le requérant. C'est l'opinion qui a été exprimée dans la décision *Soblen*, précitée, et à laquelle je souscris.

Dans le jugement *Shepherd v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 70 O.R. (2d) 765 (C.A.), le juge Austin [tel était alors son titre] de la Cour de l'Ontario [(1989), 70 O.R. (2d) 766], déclare aux pages 775 et 776 au sujet de l'extradition déguisée:

[TRADUCTION] On peut dégager les principes suivants des motifs de jugement des deux tribunaux:

1. Il y a exercice légitime du pouvoir d'expulsion lorsque l'objectif visé est d'expulser l'intéressé parce que sa présence va à l'encontre du bien public.

- | | |
|---|--|
| <p>2. If the purpose is to surrender the person as a fugitive criminal to a state because it asked for him, that is not a legitimate exercise of the power of deportation.</p> <p>3. It is open to the courts to inquire whether the purpose of the government was lawful or otherwise.</p> <p>4. The onus is on the party alleging an unlawful exercise of power. It is a heavy onus.</p> <p>5. To succeed, it would be necessary to hold that the Minister did not genuinely consider it in the public interest to expel the person in question.</p> <p>6. The adoption of the Charter has not lessened the onus.</p> | <p>2. L'exercice du pouvoir d'expulsion n'est pas légitime lorsque l'objectif visé est de remettre le fugitif à l'État qui le réclame.</p> <p>3. Il est loisible aux tribunaux de vérifier si l'objectif visé par l'État était légitime ou non.</p> <p>4. C'est à la partie qui allègue qu'il y a eu exercice illégitime du pouvoir d'expulsion qu'il incombe d'en faire la preuve. C'est une lourde charge.</p> <p>5. Pour donner gain de cause à l'intéressé, il faudrait statuer que le ministre n'a pas véritablement estimé qu'il était dans l'intérêt du public d'expulser l'intéressé.</p> <p>6. L'adoption de la Charte n'a pas allégé la charge de la preuve.</p> |
|---|--|

The Ontario Court of Appeal denied the appeal from Austin J. Nonetheless, counsel for the applicant points out that the Court of Appeal stated, at page 781:

... we may not agree with all of the learned weekly court judge's reasons in the decision appealed from. . . .

However, I can see nothing in the judgment of the Court of Appeal to derogate from the principles set forth by Austin J.

Applicant's counsel argues that *Kindler* changed the law so as to make the effect of either procedure relevant, i.e. if deportation could result in a greater penalty than extradition, deportation would be unfair and contrary to the Charter. However, in *La Forest's Extradition to and from Canada*, 3rd ed., by Anne Warner La Forest, published in 1991, express reference is made to the Supreme Court decision in *Kindler* in an addendum at page xiii. There is no reference to a change in the law as asserted by counsel for the applicant. On the contrary, at pages 42-43, the learned author explains:

In practice, the power to deport aliens may be used as a form of disguised extradition where the deportee is deported to a state that wishes to try him for an alleged offence. The aims of extradition and deportation are clearly distinct. The object of extradition is to return a fugitive offender to the country which has requested him for trial or punishment for

La Cour d'appel de l'Ontario a débouté l'appelant de l'appel qu'il avait interjeté de la décision rendue par le juge Austin. Néanmoins, l'avocat du requérant souligne le fait que la Cour d'appel a déclaré, à la page 781:

[TRADUCTION] ... nous ne souscrivons peut-être pas à tous les motifs invoqués par le juge du tribunal des sessions hebdomadaires au soutien de la décision frappée d'appel . . .

Je ne vois toutefois rien dans l'arrêt de la Cour d'appel qui nous permette de déroger aux principes posés par le juge Austin.

L'avocat du requérant soutient que l'arrêt *Kindler* a modifié l'état du droit de telle sorte que l'effet de l'une ou l'autre procédure est devenu pertinent; en d'autres termes, si elle risque de donner lieu à l'application d'une peine plus grave que l'extradition, l'expulsion serait injuste et contraire à la Charte. Toutefois, dans la troisième édition publiée en 1991 de son ouvrage *La Forest's Extradition to and from Canada*, 3^e éd., l'auteur Anne Warner La Forest cite expressément l'arrêt *Kindler* de la Cour suprême à la page xiii de l'annexe. Elle ne signale pas que les règles de droit applicables ont été modifiées, comme le prétend l'avocat du requérant. Au contraire, aux pages 42 et 43, l'auteur explique:

[TRADUCTION] En pratique, le pouvoir d'expulser des étrangers peut être utilisé comme une sorte d'extradition déguisée lorsque l'intéressé est expulsé vers un État qui désire le juger relativement à l'infraction dont il est accusé. Les objets de l'extradition et ceux de l'expulsion sont nettement différents. L'extradition a pour objet la remise

an offence committed within its jurisdiction. Deportation, on the other hand, is governed by the public policy of the state that wishes to dispose of an undesirable alien. As such, case law has consistently determined that unless there is clear evidence establishing that the Minister did not genuinely consider it in the public interest to order the fugitive's deportation, any challenge to the validity of the deportation procedure will fail.

This position has not changed under the Canadian Charter of Rights and Freedoms [Underlining mine.]

And at page 45 she states:

The conclusion that must be reached is that it will be an extremely rare case where a challenge to deportation proceedings will be accepted. A successful challenge would require either a finding that the Minister has ordered deportation proceedings for the purpose of avoiding extradition proceedings, or a finding that the foreign state to which the individual is to be deported will act in a shocking or oppressive manner. For obvious reasons, in the absence of very persuasive evidence, a court will be reluctant to make either of these findings.

It is quite clear that *Kindler* has not changed the law as applicant's counsel asserts, and that *Shepherd*, which indeed is referred to in *Kindler*, is still good law. There is no legal authority for the proposition that simply because deportation to a foreign country may result in a greater penalty to an individual than extradition to that country, that deportation is contrary to section 7 of the Charter.

Turning then to improper purpose, counsel for the applicant argues that, in this case, there is improper purpose by the Minister. Some of the same arguments made before me were made before Reed J. They include:

(1) The Minister originally proceeded with a deportation order based upon the applicant's sodomy offences rather than the lesser matters that might have led only to a departure order. This demonstrates the Minister wanted to deport the applicant to New York

d'un criminel fugitif à la disposition d'un État étranger qui le réclame pour le juger ou pour le punir relativement à une infraction commise sur son territoire. L'expulsion, en revanche, relève de l'ordre public de l'État qui désire se débarrasser d'un étranger indésirable. Il est de jurisprudence constante qu'à moins qu'il existe des éléments de preuve convaincants qui tendent à établir que le ministre n'a pas véritablement estimé qu'il était dans l'intérêt public d'expulser le fugitif, toute contestation de la validité de la procédure d'expulsion échouera.

L'entrée en vigueur de la Charte canadienne des droits et libertés n'a rien changé à cette situation. [Non souligné dans l'original.]

Et à la page 45, elle déclare:

[TRADUCTION] Force est de conclure qu'il est extrêmement rare que la contestation d'une procédure d'expulsion réussisse. Pour qu'elle réussisse, il faudrait que le tribunal conclue que le ministre a ordonné la procédure d'expulsion dans le but d'éviter une procédure d'extradition, ou qu'il conclue que l'État étranger dans lequel l'intéressé est expulsé agira d'une manière scandaleuse ou oppressive. Pour des raisons évidentes, faute de preuves très convaincantes, le tribunal hésitera à tirer l'une ou l'autre de ces conclusions.

Il est tout à fait évident que l'arrêt *Kindler* n'a pas modifié l'état du droit, contrairement à ce que prétend l'avocat du requérant, et que l'arrêt *Shepherd*, qui est d'ailleurs cité dans l'arrêt *Kindler*, énonce toujours l'état du droit. Il n'y a aucun précédent qui appuie la proposition que l'expulsion est contraire à l'article 7 de la Charte du simple fait que l'expulsion d'une personne dans un pays étranger peut donner lieu à l'application d'une peine plus grave que son extradition dans ce pays.

Sur la question de l'illégitimité des fins poursuivies, l'avocat du requérant soutient qu'en l'espèce, le ministre poursuivait des fins illégitimes. Certains des moyens invoqués devant moi l'ont été devant le juge Reed. Ainsi, le requérant affirme notamment que:

(1) Le ministre a fondé sa mesure d'expulsion sur les infractions de sodomie dont le requérant était accusé plutôt que sur les éléments moins graves qui auraient peut-être donné uniquement lieu à la prise d'une mesure d'interdiction de séjour. Cette façon de procé-

State and to prevent him from departing to a destination of his own choice pursuant to a departure order.

(2) There was evidence that the Minister was in a rush to send the applicant to New York State. Contrary to the undertaking of counsel for the Minister on June 8, 1994, not to deport the applicant pending further proceedings, the Minister's departmental officials attempted to deport him on June 13, 1994. Only through the intervention of counsel for the Minister was this prevented.

(3) There was evidence that the United States wanted the applicant, but they were waiting for the Canadian Government to deport him.

(4) There had been ongoing communications between Canada and the United States. The United States was assisting Canada in deporting the applicant.

(5) The United States had issued a conditional request for extradition.

Reed J. rejected these arguments as do I. The fact that the Minister chose the most serious of the applicant's crimes in the United States upon which to base deportation proceedings is not evidence of bad faith or improper purpose. As well, although some officials of the Minister attempted to deport the applicant, it was the intervention of the Minister's counsel that prevented it. The fact that the United States wanted the applicant back or that there were communications between U.S. and Canadian officials is also not evidence of bad faith or improper motive. Nor does the issuance of a conditional request for extradition by the United States indicate that anything improper was done by Canada in taking steps to deport the applicant. Indeed, counsel does not argue that the applicant is not undesirable or that he should not be forced to leave Canada.

der démontre que le ministre voulait expulser le requérant dans l'État de New York et l'empêcher de quitter le Canada pour la destination de son choix en vertu d'une mesure d'interdiction de séjour.

^a (2) Suivant la preuve, le ministre était pressé d'envoyer le requérant dans l'État de New York. Contrairement à l'engagement donné le 8 juin 1994 par l'avocat du ministre de ne pas expulser le requérant en attendant l'issue d'autres instances, les fonctionnaires du ministre ont essayé d'expulser le requérant le 13 juin 1994. Ce n'est que grâce à l'intervention de l'avocat du ministre que le requérant a pu éviter l'expulsion.

^b (3) Suivant la preuve, les États-Unis réclamaient le requérant, mais ils attendaient que le gouvernement canadien procède à son expulsion.

^c (4) Le Canada et les États-Unis étaient en communication constante. Les États-Unis aidaient le Canada à expulser le requérant.

^d (5) Les États-Unis avaient présenté une demande conditionnelle d'extradition.

^e Le juge Reed a, tout comme moi, jugé ces moyens mal fondés. Le fait que le ministre ait retenu les crimes les plus graves commis par le requérant aux États-Unis pour fonder sa procédure d'expulsion ne démontre pas qu'il était de mauvaise foi ou qu'il poursuivait des fins illégitimes. De plus, bien que certains fonctionnaires du ministre aient tenté d'expulser le requérant, c'est l'intervention de l'avocat du ministre qui a empêché que le requérant soit expulsé. Le fait que les États-Unis réclamaient le requérant ou que les fonctionnaires américains et les fonctionnaires canadiens étaient en communication ne démontre pas non plus que le ministre a agi de mauvaise foi ou qu'il poursuivait des fins illégitimes. Le fait que les États-Unis ont formulé une demande conditionnelle d'extradition ne permet pas non plus de conclure que le Canada a fait quoi que ce soit d'irrégulier en prenant des mesures pour expulser le requérant. D'ailleurs, l'avocat du requérant ne prétend pas que son client n'est pas indésirable ou qu'on ne devrait pas le forcer à quitter le Canada.

In addition to the above, two new arguments were made before me as to improper purpose:

(1) The case presenting officer in the proceedings leading to the July 7, 1995 deportation order admitted that the initial proceedings based on the sodomy convictions were with a view to deporting the applicant as opposed to giving him the option to depart. As such, it is alleged they were a tactic to force him to go back to New York State as opposed to another destination of his choice. This is strong new evidence that the deportation is disguised extradition and is improper.

(2) The conditional request for extradition made by the U.S. cannot be acted on as long as the applicant is in custody. There is an ulterior purpose in continuing to keep him in custody and commencing new deportation proceedings, namely the intention to deport instead of extradite.

As to the first argument, the case presenting officer in the inquiry proceedings leading to the July 7, 1995 deportation order stated at pages 44-45:

It is the Department's belief that the actual holding of this inquiry is fully within our rights. It's fully within our rights to bring further allegations forward if we're aware of violations of the Act. It was not the Department, it was not the big brother or the boogie man that decided to proceed with the allegation that we did proceed with at the inquiry. It was my decision as the Case Presenting Officer in charge of the case at the time to proceed with what appeared to be the most straight forward—looking back now it may not have been—but the most straight forward allegation at the time. Why proceed with a bunch of allegations which may result in various types of Removal Orders if you have an allegation that appears to be valid and appears to follow the Charter at the time and appears to lead to a Deportation Order which is the most serious Removal Order that we have?

There is nothing implausible about this explanation. With hindsight, proceeding on the sodomy convictions was not the most expeditious approach to deporting the applicant. But that is a far cry from any suggestion

En plus des moyens que je viens d'analyser, deux nouveaux moyens ont été invoqués devant moi au sujet de l'illégitimité des fins poursuivies:

(1) L'agent chargé de présenter le cas a, dans le cadre de l'instance qui a abouti à la mesure d'expulsion du 7 juillet 1995, reconnu que l'instance initiale fondée sur les condamnations pour sodomie visait à expulser le requérant plutôt qu'à lui donner le choix de partir. Il s'agirait d'une tactique qui aurait été employée pour le contraindre à retourner dans l'État de New York par opposition à toute autre destination de son choix. Il s'agirait là de nouveaux éléments de preuve solides qui tendraient à démontrer que l'expulsion constitue une extradition déguisée et qu'elle est irrégulière.

(2) Aucune suite ne peut être donnée à la demande conditionnelle d'extradition faite par les États-Unis tant que le requérant est détenu. Le ministre poursuit un objectif ultérieur en prolongeant la détention et en prenant d'autres procédures d'expulsion; en d'autres termes, il veut l'expulser plutôt que l'extrader.

Sur le premier moyen, voici ce que l'agent chargé de présenter le cas a déclaré aux pages 44 et 45 lors de l'enquête qui a conduit à la mesure d'expulsion du 7 juillet 1995:

[TRADUCTION] Le Ministère estime qu'il a parfaitement le droit de tenir la présente enquête. Nous avons parfaitement le droit de présenter d'autres allégations si des violations de la Loi sont portées à notre connaissance. Ce n'est pas le Ministère, ce n'est pas l'État, une autorité oppressive quelconque ou le croque-mitaine qui a décidé de formuler l'allégation que nous avons présentée à l'enquête. C'est moi qui, en tant qu'agent chargé de présenter le cas, ai décidé de formuler l'allégation qui semblait être à l'époque la plus simple—bien qu'avec le recul, elle ne le fût peut-être pas. Pourquoi formuler un tas d'allégations qui pourraient donner lieu à divers types de mesures de renvoi alors que je disposais d'une allégation qui semblait bien fondée et qui semblait alors respecter la Charte et conduire à la prise d'une mesure d'expulsion, qui est la mesure de renvoi la plus grave qui existe?

Il n'y a rien d'in vraisemblable dans cette explication. Avec le recul, on constate que le fait de se fonder sur les condamnations pour sodomie n'était pas la façon de procéder la plus rapide pour expulser le requérant.

that the proceedings were improper or that they constituted disguised extradition.

As to the second argument, Reed J. issued her reasons setting aside the applicant's May 28, 1993 deportation order (based on his sodomy convictions) on February 24, 1995. The order setting aside the same deportation order was not issued until March 14, 1995. In this interval, the Minister caused a new inquiry to be commenced based on grounds other than the applicant's sodomy convictions, and on March 13, 1995, it was ordered that the applicant continue to be detained because it was thought by the Adjudicator that there were reasonable grounds to believe he would not appear at the new inquiry proceedings.

Counsel for the applicant says the inference to be drawn from this sequence of events is that the Minister was trying to preclude the conditional request for extradition of the United States from becoming operative. He says this evidences an improper purpose by the Minister.

I do not draw the inference that counsel suggests. First, to draw such an inference would, by implication, mean that I was accepting that the Court, in delaying its issuance of the order setting aside the applicant's deportation order, was itself a participant in the improper purpose of the Minister. This Court has no interest in assisting any party in advancing any improper purpose. Nor is there any indication that the Court was misled. There is no evidence that the Court's purpose in not issuing the setting aside order until March 14, 1995 was to preclude the conditional extradition request of the United States from becoming operative. On the contrary, Reed J.'s express reason for delaying the issuance of the order was to enable counsel to take steps for the certification of a serious question of general importance for appeal to the Federal Court of Appeal.³

As to the Minister's actions, I think another inference is more readily plausible, namely, that the Minister wanted Canada to keep control of the appli-

Mais cela ne veut pas dire pour autant que l'instance soit irrégulière ou qu'elle constitue une extradition déguisée.

Quant au second moyen, le juge Reed a, le 24 février 1995, rendu des motifs annulant la mesure d'expulsion prise le 28 mai 1993 contre le requérant (sur le fondement de ses condamnations pour sodomie). L'ordonnance annulant la mesure d'expulsion en question n'a été prononcée que le 14 mars 1995. Dans l'intervalle, le ministre a fait tenir une nouvelle enquête sur le fondement d'autres motifs que les condamnations pour sodomie du requérant et, le 13 mars 1995, un arbitre a ordonné le maintien en détention du requérant parce qu'il estimait avoir des motifs raisonnables de croire que le requérant ne se présenterait pas lors de la nouvelle enquête.

L'avocat du requérant affirme qu'il faut déduire de cette série d'événements que le ministre essayait d'empêcher que la demande conditionnelle d'extradition faite par les États-Unis prenne effet. Il affirme que cette façon d'agir témoigne du fait que le ministre poursuivait des fins illégitimes.

Je ne tire pas l'inférence que l'avocat suggère. En premier lieu, tirer une telle inférence signifierait, implicitement, que j'accepte qu'en retardant le prononcé de l'ordonnance annulant la mesure d'expulsion prise contre le requérant, la Cour a elle-même participé à la poursuite des fins illégitimes visées par le ministre. Notre Cour n'a aucun intérêt à aider une partie à poursuivre des fins illégitimes. Rien ne permet non plus de penser que la Cour a été induite en erreur. Rien ne permet de conclure que la raison pour laquelle la Cour a attendu au 14 mars 1995 pour prononcer l'ordonnance d'annulation était d'empêcher que la demande d'extradition conditionnelle formulée par les États-Unis prenne effet. Au contraire, la raison expresse pour laquelle le juge Reed a retardé le prononcé de l'ordonnance était de permettre aux avocats de faire des démarches en vue de faire certifier l'existence d'une question grave de portée générale aux fins d'un appel devant la Cour d'appel fédérale³.

Quant aux agissements du ministre, j'estime qu'une autre inférence est plus vraisemblable, à savoir que le ministre voulait que le Canada garde le requérant à

cant because he considered the applicant an undesirable alien and wanted to ensure that he would leave Canada. In addition, if deported, the applicant would require a ministerial permit to re-enter. Subsection 55(1) of the *Immigration Act* provides:

55. (1) Subject to section 56, where a deportation order is made against a person, the person shall not, after he is removed from or otherwise leaves Canada, come into Canada without the written consent of the Minister unless an appeal from the order has been allowed.

It is not improper for the Minister to have as a purpose for deportation and continued detention, the removal of an undesirable alien, control over the alien to ensure that he leaves, and the prohibition on the alien from re-entering Canada without the consent of the Minister. The fact that holding the applicant in detention has the ancillary effect that possible extradition proceedings may not be commenced, is incidental. As Reed J. stated at page 367:

I see nothing inherently unfair in a foreign state delaying extradition proceedings when it is known that the individual in question is likely to be deported in any event.

In the result, I am not satisfied the applicant has demonstrated any improper purpose by the Minister in the deportation and detention proceedings taken against him. Fundamentally, irrespective of the action or inaction of a foreign government in instituting the extradition process, Canada is free to initiate and carry out effective deportation proceedings in respect of an alien that Canada does not wish to remain in this country. It is clear that this is the Minister's purpose in this case and such purpose is quite proper.

GATING

Applicant's counsel argues that the Minister had an obligation in April 1993, when the first inquiry was convened, or at least at some time before Reed J. set aside the May 28, 1993 deportation order, to inquire into all reasons as to whether he should be subject to deportation. He says that by commencing a second

vue parce qu'il le considérait comme un étranger indésirable et qu'il voulait s'assurer qu'il quitte le Canada. De plus, s'il était expulsé, le requérant aurait besoin d'un permis ministériel pour pouvoir revenir au Canada. Le paragraphe 55(1) de la *Loi sur l'immigration* dispose en effet:

55. (1) Sous réserve de l'article 56, quiconque fait l'objet d'une mesure d'expulsion ne peut plus revenir au Canada sans l'autorisation écrite du ministre, sauf si la mesure est annulée en appel.

Le ministre n'agissait pas de façon illégitime en justifiant l'expulsion et la continuation de la détention du requérant par le fait qu'il désirait renvoyer un étranger indésirable, garder le contrôle sur cet étranger pour s'assurer qu'il quitte le Canada et lui interdire de revenir au Canada sans l'autorisation du ministre. Le fait que la prolongation de la détention du requérant ait pour effet secondaire d'empêcher d'éventuelles procédures d'extradition est accessoire. Ainsi que le juge Reed l'a déclaré, à la page 367:

Selon moi, il n'y a rien de fondamentalement inéquitable dans le fait qu'un État étranger retarde la procédure d'extradition lorsqu'il sait que la personne en cause est susceptible d'être expulsée de toute façon.

Par conséquent, je ne suis pas convaincu que le requérant a démontré que le ministre poursuivait des fins illégitimes par les mesures d'expulsion et de détention qu'il a prises contre lui. Fondamentalement, peu importe que le gouvernement étranger recoure ou non à des procédures d'extradition, le Canada est libre de prendre et d'exécuter des mesures d'expulsion efficaces contre un étranger qu'il veut bannir de son territoire. Il est évident que c'est la fin que le ministre poursuit en l'espèce et que cette fin est tout à fait légitime.

BLOCAGE

L'avocat du requérant affirme que le ministre était tenu en avril 1993, lorsque la première enquête a été tenue, ou du moins avant que le juge Reed n'annule la mesure d'expulsion du 28 mai 1993, d'enquêter sur tous les motifs pour lesquels le requérant devait être frappé d'expulsion. Il affirme qu'en tenant une se-

inquiry in March 1995 into bail jumping and misrepresentation when the May 28, 1993 deportation order based on the sodomy convictions in New York State was set aside, the Minister abused the process by “gating” the applicant. Because the applicant was in detention, this abuse of the process deprived the applicant of his right to liberty, contrary to section 7 of the Charter.

In *Parker v. Canada (Solicitor General)* (1990), 73 O.R. (2d) 193 (H.C.), Henry J. describes “gating” in the following terms, at page 210:

Carried to its extreme, withholding an arrest warrant leads to “revolving door justice” when an offender, having served his sentence for conviction of one offence, upon release is arrested and returned to custody for another offence for which he could and ought to have been arrested promptly after the warrant was issued and brought to trial.

In *Parker*, it was found that the delay in servicing an arrest warrant deprived an accused of a timely judicial review of his parole ineligibility. The appropriate remedy was to treat the accused as if he had been arrested on the date on which the arrest warrant was issued (and not served) for purposes of setting the date for judicial review.

I have already indicated that I do not infer from the evidence that the Minister was acting with improper motive in the bringing of a second deportation inquiry after Reed J. issued her reasons setting aside the May 28, 1993 deportation order. Further, there is a legislative basis for further inquiries to be held. Section 34 of the *Immigration Act* states:

34. No decision given under this Act prevents the holding of a further inquiry by reason of the making of another report under paragraph 20(1)(a) or subsection 27(1) or (2) or by reason of arrest and detention for an inquiry pursuant to section 103.

On its face, the legislation provides for what was done in this case; the commencement of a second inquiry

conduite en mars 1995 sur la violation du cautionnement et les fausses indications après l’annulation de la mesure d’expulsion du 28 mai 1993 fondée sur les condamnations pour sodomie prononcées dans l’État de New York, le ministre a commis un abus de procédure en «bloquant» le requérant. Parce que le requérant était détenu, cet abus de procédure l’a privé du droit à la liberté que lui garantit l’article 7 de la Charte.

Voici en quels termes le juge Henry définit le «blocage» dans la décision *Parker v. Canada (Solicitor General)* (1990), 73 O.R. (2d) 193 (H.C.), à la page 210:

[TRADUCTION] Poussé à l’extrême, le procédé consistant à retenir un mandat d’arrestation conduit à une «justice du type porte à tambour». Cette situation se produit en effet lorsqu’après avoir purgé la peine qui lui a été infligée, le contrevenant est arrêté dès sa mise en liberté et est incarcéré de nouveau pour une autre infraction pour laquelle il pouvait et aurait dû être arrêté promptement après que le mandat d’arrestation lui eut été décerné et qu’il eut été traduit en justice.

Dans la décision *Parker*, le tribunal a jugé que le retard à signifier un mandat d’arrestation privait l’accusé de son droit de faire contrôler en temps opportun par un tribunal judiciaire la décision par laquelle il avait été jugé non admissible à la libération conditionnelle. Le redressement approprié consiste alors à traiter l’accusé comme s’il avait été arrêté à la date de la délivrance du mandat d’arrestation (et non à la date de sa signification) pour fixer la date du contrôle judiciaire.

J’ai déjà précisé que je ne déduis pas de la preuve que le ministre avait un mobile irrégulier lorsqu’il a tenu une seconde enquête sur l’expulsion après que le juge Reed eut rendu ses motifs annulant la mesure d’expulsion du 28 mai 1993. Qui plus est, la loi autorise la tenue d’une autre enquête. En effet, l’article 34 de la *Loi sur l’immigration* dispose:

34. Les décisions rendues en application de la présente loi n’ont pas pour effet d’interdire la tenue d’une autre enquête par suite d’un rapport fait en vertu de l’alinéa 20(1)a) ou des paragraphes 27(1) ou (2) par suite d’une arrestation et d’une garde effectuées à cette fin en vertu de l’article 103.

La loi prévoit donc dans les termes les plus nets ce qui a été fait en l’espèce, à savoir la tenue d’une

leading to a report and an order for the applicant's deportation.

Nonetheless, counsel for the applicant argues that section 34 does not authorize a second inquiry when grounds for that inquiry are known and could have been advanced at the earlier inquiry. However, I see nothing in section 34 that implies that it is not applicable in these circumstances. Section 34 is cast in broad terms. Taken to its logical conclusion, applicant's argument means that if there are grounds for deportation that are known but are not advanced by the Minister in an inquiry, section 34 does not authorize a further inquiry, and Canada loses its right to deport an undesirable alien. Not even applicant's counsel argues for such a result.

Even if I am wrong and section 34 does not, in these circumstances, authorize a second inquiry because there has been an abuse of the process arising from the bringing of the second inquiry on grounds which could have been dealt with in the first inquiry, I do not think the relief sought by the applicant would be appropriate. Applicant's counsel submits that the appropriate remedy for "gating" in these circumstances would be to fashion a remedy pursuant to subsection 24(1) of the Charter⁴ and specifically to suspend the applicant's deportation order to enable him to voluntarily leave Canada. (According to counsel, the applicant will voluntarily leave but does not want to be forced to go back to New York State pursuant to a deportation order to face incarceration for his sodomy convictions. He would be prepared to voluntarily depart Canada to another destination.)

Applicant's counsel gets to subsection 24(1) of the Charter by combining the "gating" argument with the applicant's continuing detention which he says constitutes a breach of section 7 of the Charter.

Applicant counsel's weaving the deportation process together with detention for the purpose of remedy

seconde enquête qui a conduit à la rédaction d'un rapport et à la prise d'une mesure d'expulsion contre le requérant.

L'avocat du requérant soutient néanmoins que l'article 34 ne permet pas la tenue d'une seconde enquête lorsque les motifs justifiant la tenue de cette enquête étaient connus et qu'ils auraient pu être invoqués lors de la première enquête. Je ne vois cependant rien qui permette de conclure que l'article 34 ne s'applique pas en l'espèce. Cet article est libellé en termes généraux. Logiquement, l'argument du requérant signifie que, s'il existe des motifs d'expulsion qui sont connus mais qui ne sont pas invoqués par le ministre lors d'une enquête, l'article 34 ne permet pas de procéder à une autre enquête, et le Canada perd son droit d'expulser un étranger indésirable. Même l'avocat du requérant ne préconise pas un tel résultat.

Même si j'ai tort et que l'article 34 ne permet pas, eu égard aux circonstances de la présente affaire, la tenue d'une seconde enquête parce qu'un abus de procédure a été commis en raison de la tenue de la seconde enquête sur le fondement de motifs qui auraient pu être examinés lors de la première enquête, je ne crois pas que la réparation demandée par le requérant soit appropriée. L'avocat du requérant affirme que le redressement convenable du «blocage» consisterait, en l'espèce, à accorder une réparation en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte⁴ et, plus précisément, à surseoir à l'exécution de la mesure d'expulsion prise contre le requérant pour lui permettre de quitter le Canada de son plein gré. (Suivant son avocat, le requérant quittera volontairement le Canada, mais ne veut pas être contraint de retourner dans l'État de New York conformément à une mesure d'expulsion pour faire face à une incarcération pour ses condamnations pour sodomie. Il serait prêt à quitter volontairement le Canada pour une autre destination.)

L'avocat du requérant invoque le paragraphe 24(1) de la Charte en combinant le moyen qu'il tire du «blocage» avec la prolongation de la détention du requérant qui, selon lui, constitue une violation de l'article 7 de la Charte.

Le fait que l'avocat du requérant combine la procédure d'expulsion avec la détention dans le but d'obte-

confuses the issue. In my view, it is necessary to consider the deportation process and the applicant's detention separately. Quite simply, an applicant who is detained cannot be in a better position to seek relief in respect of the operation of a deportation order than one who is not. The *causa causans* for detention is not that an individual entered Canada or that he or she is to be deported, but that there are reasonable grounds to believe that the individual is a danger to the public or that he or she will not appear for removal. If section 7 considerations arise, it is because the alleged gating has caused the applicant to be detained longer than would have been the case had all grounds for deportation been advanced by the Minister initially. The applicant's remedy, therefore, must pertain to his continuing detention and not to deportation.

In *Parker*, the arrest warrant was not quashed. Rather, the accused was considered arrested on the date the arrest warrant was issued (and not served) in order to permit an earlier judicial review of his parole ineligibility. Following the approach in *Parker*, if the Minister had abused the process by gating the applicant (which I do not think he has), resulting in the applicant's continuing detention, the applicant should be afforded the opportunity to seek judicial review of his detention order in a timely way.

In this respect, it is of significance that the applicant did not seek to challenge his continuing detention until July 11, 1995, although it would have been open for him to do so much earlier. He could have sought judicial review of the March 13, 1995 detention order immediately after it was made. He did not do so.

From the time when judicial review proceedings were commenced on July 11, 1995, the applicant has been given the benefit of a timely process. The matter

nir un redressement complique les choses. À mon avis, il convient d'examiner séparément la procédure d'expulsion et la détention du requérant. Simplement, le requérant qui est en détention ne peut se trouver dans une meilleure position pour solliciter une réparation en ce qui concerne l'exécution d'une mesure d'expulsion que la personne qui n'est pas détenue. La *causa causans* de sa détention n'est pas son entrée au Canada ni son expulsion imminente, mais le fait qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'il représente un danger pour le public ou qu'il se dérobera aux autorités pour éviter l'expulsion. Si des considérations fondées sur l'article 7 de la Charte sont soulevées, c'est parce qu'en raison du présumé blocage, le requérant a été détenu plus longtemps qu'il ne l'aurait été si tous les motifs d'expulsion avaient été invoqués par le ministre lors de la première enquête. Le redressement demandé par le requérant doit donc se rapporter à la prolongation de sa détention et non à son expulsion.

Dans le jugement *Parker*, le mandat d'arrestation n'a pas été annulé. Le tribunal a plutôt considéré que l'accusé avait été arrêté le jour où le mandat d'arrestation avait été décerné (et non le jour où il avait été signifié) pour permettre un contrôle judiciaire antérieur de la décision par laquelle il avait été jugé non admissible à la libération conditionnelle. Conformément au raisonnement suivi dans la décision *Parker*, si le ministre avait commis un abus de procédure en bloquant le requérant—ce que je ne crois pas qu'il a fait—et en prolongeant de ce fait sa détention, le requérant devrait avoir la possibilité de demander le contrôle judiciaire de son ordonnance de détention en temps opportun.

À cet égard, il est significatif que le requérant a attendu au 11 juillet 1995 pour chercher à contester la prolongation de sa détention, alors qu'il lui aurait été loisible de le faire bien avant. Il aurait pu demander le contrôle judiciaire de l'ordonnance de détention du 13 mars 1995 immédiatement après son prononcé. Or, il ne l'a pas fait.

Depuis le 11 juillet 1995, date de sa présentation, la demande de contrôle judiciaire du requérant a été traitée avec célérité. La Cour a d'abord été saisie de

first came on for hearing by way of a stay of deportation proceedings on August 1, 1995. The Court arranged for the hearing of the judicial review at the earliest dates on which counsel were available. Written facts were dispensed with. The issue of leave was dealt with orally at the commencement of the judicial review proceedings. The applicant has received the benefit of as timely a judicial review as is possible in the circumstances. In my opinion, even if the Minister had abused the process resulting in the applicant's continued detention, a timely judicial review is the appropriate remedy and satisfies the requirements of fundamental justice in these circumstances.

DELAY

I now turn to whether there has been an abuse of the process by reason of the time that has transpired since the applicant's arrest on April 16, 1993. Counsel for the applicant submits that apart from the gating argument, delay, in of itself, has been so great in this case as to result in a breach of the applicant's right to liberty and security of the person under section 7 of the Charter. As is apparent, the distinction between this argument and the "gating" argument is subtle.

The applicant relies on the principles set forth in *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199 which require consideration of the length of delay, reason for and who caused the delay, and waiver by and prejudice to the accused. The applicant says that except for a short delay initially to obtain counsel, all delays since June 1993 have been the fault of the Minister, the tribunals involved or the Court. He says there has been no waiver. Finally, he has been detained for approximately two and a half years which he says constitutes actual prejudice. In this respect, he claims he meets the test in *Akthar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 3 F.C. 32 (C.A.) that the onus is on the applicant to prove prejudice.

l'affaire le 1^{er} août 1995 par voie de demande de suspension des procédures d'expulsion. La Cour a pris des dispositions pour que l'audition de la demande de contrôle judiciaire ait lieu aux dates les plus rapprochées où les avocats étaient disponibles. Elle s'est passée de mémoires écrits. La question de l'autorisation a été examinée oralement à l'ouverture de l'instance en contrôle judiciaire. La demande de contrôle judiciaire du requérant a été examinée dans les meilleurs délais possibles dans les circonstances. J'estime que, même si la prolongation de la détention du requérant était un abus de procédure commis par le ministre, le contrôle judiciaire rapide est une réparation convenable et satisfait aux exigences de la justice fondamentale dans les circonstances.

RETARDS

Je passe maintenant à la question de savoir si un abus de procédure a été commis en raison du temps qui s'est écoulé depuis l'arrestation du requérant le 16 avril 1993. L'avocat du requérant affirme qu'en l'espèce, indépendamment du moyen tiré du blocage, les retards sont à eux seuls importants au point de porter atteinte au droit à la liberté et à la sécurité de sa personne que l'article 7 de la Charte garantit au requérant. Comme on le voit, la distinction entre ce moyen et le moyen tiré du «blocage» est subtile.

Le requérant invoque les principes posés dans l'arrêt *R. c. Askov*, [1990] 2 R.S.C. 1199, qui obligent le tribunal à tenir compte des facteurs suivants: l'ampleur du retard, la raison du retard, l'auteur du retard, la renonciation de l'accusé à l'invoquer et le préjudice subi par l'accusé. Le requérant affirme qu'à l'exception d'un bref retard causé au départ par les démarches faites pour retenir les services d'un avocat, tous les retards subis depuis juin 1993 sont imputables au ministre, aux tribunaux administratifs en cause et à la Cour. Il affirme qu'il n'a pas renoncé à son droit d'invoquer ces retards. Finalement, il soutient qu'il est détenu depuis environ deux ans et demi et que cette détention constitue un préjudice réel. À cet égard, il affirme qu'il satisfait au critère posé dans l'arrêt *Akthar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 3 C.F. 32 (C.A.), suivant lequel c'est

As in the case of his “gating” argument, the applicant does not raise delay as a basis for challenging the deportation order of July 7, 1995. Rather, he challenges the deportation inquiry process in that it extended his detention. Also, as in the “gating” argument, the remedy he seeks is suspension of his deportation order. Such remedy, he says, should satisfy the Minister that he does not seek to stay permanently in Canada. At the same time, the suspension would give him an opportunity to voluntarily depart to a destination other than New York State.

Of some guidance to a consideration of the delay issue are the comments of Robertson J.A. in *Hernandez v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 154 N.R. 231 (F.C.A.), at pages 232-233:

It is understandable that an appellate court would not wish to foreclose absolutely on a **Charter** argument. A rule without exceptions is more often than not proven to be a source of controversy rather than consensus. At the same time, I am of the view that the above statement must be placed in the context of the incisive analysis which preceded it. Within that framework, it is abundantly clear that the “unreasonable delay” argument cannot be perceived as a fertile basis for setting aside decisions of tribunals. It is probably closer to legal reality for one to presuppose that rarely, if ever, will the argument be successfully invoked. Counsel should be guided accordingly.

For the reasons I have given in respect of his gating argument, and having regard to *Hernandez*, the applicant’s delay argument does not support invalidating his deportation order and the applicant does not ask for such relief.

On the other hand, the applicant’s detention is subject to section 7 of the Charter because it is the detention orders that are depriving him of liberty. However, I do not have in the material before me, the actual detention orders made or any reasons for such orders. In any event, it was not the applicant’s submission that the adjudicators failed or refused to have

au requérant qu’il incombe de démontrer qu’il a subi un préjudice.

Tout comme dans le cas du moyen tiré du «blocage», le requérant n’invoque pas les retards pour fonder sa contestation de la mesure d’expulsion du 7 juillet 1995. Il conteste plutôt la procédure d’enquête sur son expulsion en affirmant qu’elle a eu pour effet de prolonger sa détention. De plus, tout comme dans le cas du moyen tiré du «blocage», la réparation qu’il sollicite est un sursis à l’exécution de la mesure d’expulsion. Selon lui, le fait qu’il réclame cette réparation devrait convaincre le ministre qu’il ne cherche pas à demeurer en permanence au Canada. Par ailleurs, ce sursis lui fournirait l’occasion de quitter le Canada de son plein gré pour une autre destination que l’État de New York.

Les observations formulées par le juge Robertson, J.C.A. dans l’arrêt *Hernandez c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration* (1993), 154 N.R. 231 (C.A.F.), aux pages 232 et 233, sont d’une certaine utilité en ce qui concerne l’examen de la question du retard:

On comprend qu’une cour d’appel ne désirerait absolument pas exclure un argument fondé sur la **Charte**. On a démontré qu’une règle sans exceptions était plus souvent une source de controverse plutôt que de consensus. En même temps, j’estime que la déclaration ci-dessus doit être placée dans le contexte de l’analyse incisive qui l’a précédée. Dans ce cadre, il est bien clair que l’argument «retard abusif» ne saurait être perçu comme un motif fécond d’annulation des décisions judiciaires. Sur le plan juridique, il est probablement plus réaliste de presupposer que cet argument sera rarement, ou jamais, invoqué avec succès. Les avocats devraient donc en tenir compte.

Pour les motifs que j’ai exposés au sujet du moyen relatif au blocage, et compte tenu de l’arrêt *Hernandez*, le moyen que le requérant tire du retard ne justifie pas l’annulation de la mesure d’expulsion prise contre lui; d’ailleurs, le requérant ne demande pas cette réparation.

En revanche, la détention du requérant est assujettie à l’article 7 de la Charte, parce que ce sont les ordonnances de détention qui le privent de sa liberté. Les ordonnances de détention qui ont été prononcées et les motifs de ces ordonnances n’ont cependant pas été versés au dossier qui m’a été soumis. En tout état de cause, le requérant ne prétend pas que les arbitres

regard for section 7 considerations in successive detention reviews. Rather, the applicant simply says that he has been detained too long and he should therefore be entitled to some relief.

Considerations such as how long the applicant has been in detention and how long he is expected to remain, in the first instance, are to be addressed by adjudicators who conduct detention reviews under section 103 of the *Immigration Act*. (See *Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 214 (T.D.)) The Court's function is to determine if there are errors in the decision of the tribunal that would afford an applicant relief under section 18.1 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)]. Other than counsels' indication that the applicant is being detained because there is concern he will not appear for deportation, nothing has been provided to me to indicate what else the adjudicators considered or refused to consider in deciding to continue the applicant's detention. Absent any evidence that the adjudicators did not properly address section 7 considerations, I cannot find that the decisions to detain the applicant were improperly made.

Furthermore, even if the Court itself was in a position to consider the applicant's detention as being so unreasonably long as to give rise to a breach of section 7, the relief the applicant seeks is not appropriate. In cases such as this, involving continued detention under section 103 of the *Immigration Act*, I am of the view that the approach in *Sahin, supra*, is applicable. There is a public interest in detaining persons when there are reasonable grounds for believing that they would not appear for inquiry or removal. This public interest must be weighed against the liberty interest of the individual. The most satisfactory course of action will frequently be to detain the individual but expedite the proceedings. In this case, the judicial review proceedings were expedited.

n'ont pas tenu compte de l'article 7 ou qu'ils ont refusé de le faire dans les examens successifs qu'ils ont faits des motifs de sa détention. Le requérant affirme simplement qu'il est détenu depuis trop longtemps et qu'il devrait donc avoir droit à une réparation quelconque.

Il convient tout d'abord de faire remarquer que la durée de la détention actuelle et prévue du requérant sont des considérations dont doivent tenir compte les arbitres qui examinent les motifs d'une détention en vertu de l'article 103 de la *Loi sur l'immigration*. (Voir le jugement *Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 214 (1^{re} inst.)) Le rôle de la Cour consiste à vérifier si la décision du tribunal administratif est entachée d'erreurs qui permettraient au requérant d'obtenir une réparation en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (édité par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)]. Hormis l'affirmation de l'avocat suivant laquelle le requérant est détenu parce qu'on craint qu'il se dérobe aux autorités chargées de l'expulser, je ne dispose d'aucun élément qui me permette de savoir quels sont les autres éléments dont les arbitres ont tenu compte ou refusé de tenir compte pour décider de prolonger la détention du requérant. Faute de preuve tendant à démontrer que les arbitres n'ont pas régulièrement tenu compte de considérations fondées sur l'article 7, il m'est impossible de conclure que les décisions de détenir le requérant ont été prises de façon irrégulière.

En outre, même si la Cour elle-même était dans une situation qui lui permettrait de considérer que la durée de la détention du requérant est longue au point de constituer une violation de l'article 7, la réparation que le requérant sollicite n'est pas appropriée. J'estime que, dans un cas comme celui qui nous occupe et qui concerne la prolongation d'une détention en vertu de l'article 103 de la *Loi sur l'immigration*, c'est l'approche suivie dans l'arrêt *Sahin* (précité) qui s'applique. Il est dans l'intérêt du public que des personnes soient détenues lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'elles ne se présenteront pas à leur enquête ou qu'elles se déroberont aux autorités chargées de les expulser. Il faut évaluer cet intérêt public par rapport au droit à la liberté de l'individu concerné. La solution

If judicial review is successful, the applicant will no longer be subject to deportation and there will be no basis for his continued detention under section 103. If judicial review is unsuccessful, the deportation order should be acted upon by the Minister without delay. In either case, there will be no ongoing detention for which relief is necessary.

For these reasons, I am of the view that the relief sought by the applicant, namely suspension of his deportation order, is not appropriate nor is any relief, other than a timely judicial review, necessary to meet the requirements of fundamental justice. As I have earlier indicated, the applicant has been afforded a timely judicial review.

BAIL JUMPING

The applicant says the deportation order of July 7, 1995 is defective in so far as it is based on the offence of bail jumping in New York State because:

(1) it was not a condition of his bail that the applicant surrender himself in New York State;

(2) subparagraph 19(2)(a.1)(ii) is unconstitutional as its "reasonable grounds to believe" standard is not consistent with the presumption of innocence implied in section 7 of the Charter;

(3) the primary offence of which the applicant was convicted (sodomy) has no equivalence in Canada and therefore any subsidiary offence (bail jumping) also has no Canadian equivalence.

1. It was not a condition of his bail that the applicant surrender himself in New York State.

la plus satisfaisante consiste souvent à détenir l'intéressé mais à accélérer la procédure. En l'espèce, le traitement de la demande de contrôle judiciaire a été accéléré.

Si le contrôle judiciaire réussit, le requérant ne sera plus frappé d'expulsion et le maintien de sa détention ne sera plus justifié en vertu de l'article 103. Si le contrôle judiciaire échoue, le ministre doit donner suite à la mesure d'expulsion sans délai. Dans un cas comme dans l'autre, la détention prend fin et aucune réparation n'est nécessaire à ce titre.

Pour ces motifs, je suis d'avis que la réparation demandée par le requérant, à savoir le sursis à l'exécution de la mesure d'expulsion prise contre lui, n'est pas la réparation convenable et que seul un contrôle judiciaire rapide est nécessaire pour satisfaire aux exigences de la justice fondamentale. Or, comme je l'ai déjà dit, la demande de contrôle judiciaire du requérant a été examinée avec célérité.

e VIOLATION DU CAUTIONNEMENT

Le requérant affirme que la mesure d'expulsion prise le 7 juillet 1995 est viciée dans la mesure où elle est fondée sur l'infraction de violation de cautionnement dans l'État de New York parce que:

(1) le cautionnement du requérant n'était assorti d'aucune condition l'obligeant à comparaître en jugement dans l'État de New York;

(2) le sous-alinéa 19(2)a.1(ii) est inconstitutionnel, étant donné que sa norme des «motifs raisonnables de croire» est incompatible avec la présomption d'innocence contenue implicitement à l'article 7 de la Charte;

(3) il n'existe pas au Canada d'infraction équivalant à l'infraction principale pour laquelle le requérant a été condamné (la sodomie) et, en conséquence, il n'existe pas au Canada d'infraction équivalant à l'infraction secondaire (violation du cautionnement).

1. Le cautionnement du requérant n'était assorti d'aucune condition l'obligeant à comparaître en jugement dans l'État de New York.

The evidence before the Adjudicator on the issue of whether the applicant committed the offence of bail jumping in New York State consisted of a number of documents, including the following:

(a) A certificate of disposition indicating that the applicant was convicted on August 3, 1990, of five counts of sodomy in the third degree and three counts of endangering the welfare of a child and that on September 17, 1990, he was sentenced to one and a third to four years on each of the five sodomy counts to run consecutively and to one year on each of the three counts of endangering the welfare of a child, to run concurrently.

(b) An order staying sentence pending appeal dated September 28, 1990. The order provided:

Ordered, that pending the hearing and determination of this application, the judgment of conviction herein, including the sentence imposed thereunder, be and the same is hereby stayed in all respects upon the following conditions:

1. The defendant shall post cash bail in the amount of \$10,000 or insurance company bail bonding in the amount of \$20,000 in satisfactory form, and upon posting same shall be released from custody.
2. The defendant shall not contact any of the victims and
3. The defendant shall promptly perfect his appeal.

(c) An order dated March 9, 1992 that bail for the applicant be continued in the amount of \$10,000 cash or \$20,000 insurance company bail bond.

(d) A memorandum of the New York Court of Appeals dated February 23, 1993 confirming the applicant's convictions.

(e) A notice to surrender to the applicant dated February 25, 1993. The notice provided:

Les éléments de preuve portés à la connaissance de l'arbitre au sujet de la question de savoir si le requérant avait commis l'infraction de violation du cautionnement dans l'État de New York consistaient en plusieurs documents, dont les suivants:

a) Un certificat de règlement définitif attestant que le requérant avait été reconnu coupable le 3 août 1990 de cinq chefs d'accusation de sodomie au troisième degré et de trois chefs d'accusation de mise en péril du bien-être d'un enfant. Le certificat attestait également que le requérant avait, le 17 septembre 1990, été condamné, pour chacun des cinq chefs d'accusation de sodomie, à une peine d'un an et un tiers à quatre ans d'emprisonnement à purger consécutivement et, pour chacun des trois chefs d'accusation de mise en péril du bien-être d'un enfant, à une peine d'emprisonnement d'un an, à purger concurremment.

b) Une ordonnance datée du 28 septembre 1990 et sursoyant à l'exécution de la sentence en attendant l'issue de l'appel. L'ordonnance était ainsi libellée:

[TRADUCTION] Le tribunal sursoit à tous égards, aux conditions suivantes, à l'exécution du jugement et de la peine qui y est prévue, en attendant que soit entendue et tranchée la présente demande:

1. Le défendeur devra verser un cautionnement en numéraire de 10 000 \$ ou fournir un cautionnement satisfaisant de 20 000 \$ d'une compagnie d'assurances, sur fourniture duquel il sera mis en liberté;
2. La défendeur doit s'abstenir de tout contact avec les victimes;
3. Le défendeur devra promptement mettre son appel en état.

c) Une ordonnance datée du 9 mars 1992 renouvelant l'obligation du requérant de fournir un cautionnement en numéraire de 10 000 \$ ou un cautionnement de 20 000 \$ d'une compagnie d'assurances.

d) Un bordereau daté du 23 février 1993 de la Cour d'appel de New York confirmant les condamnations du requérant.

e) Un avis de comparution en jugement daté du 25 février 1993 et adressé au requérant. L'avis portait:

You are hereby DIRECTED to surrender yourself to this court in the Chemung County Courthouse, 224 Lake Street, Elmira, New York on the 1st day of March, 1993 at 1:30 P.M. in order that execution of the judgment of this court be commenced.

TAKE FURTHER NOTICE that, in the event of your failure to appear, a bench warrant to secure your appearance will be issued.

(f) Transcript of the proceedings in the County Court of the State of New York, County of Chemung, on March 1, 1993, at which time counsel for the applicant confirmed that the applicant was aware of the March 1, 1993 sentencing date and indicated that the notice to surrender had been served upon the applicant personally.

(g) A Superior Court warrant dated March 1, 1993 and issued for the applicant because of his failure to appear on March 1, 1993.

(h) An order of the County Court for the County of Chemung dated March 10, 1993 ordering bail forfeited in the following terms:

Henry Halm, having been released on bail pending final determination by the Court of Appeals pursuant to the terms and conditions of a securing order issued by the New York State Supreme Court, Appellate Division, Third Department, on the 9th day of March, 1992, and Henry Halm having failed to appear before this Court, at a Criminal Term, on the 1st day of March, 1993, pursuant to the Order of this Court dated February 25, 1993 which was entered following the final determination by the Court of Appeals and pursuant to CPL §460.60(4) and CPL §460.50(5), it is

ORDERED that the bail in the sum of Twenty Thousand Dollars (\$20,000.00) is forfeited, and it is further

ORDERED that the Clerk shall enter judgment against the American Bankers Insurance Company and in favor of the People of the State of New York in the sum of Twenty Thousand Dollars (\$20,000.00).

(i) A warrant for arrest dated March 25, 1993 and issued against the applicant for "Unlawfully fleeing the State of New York to avoid confinement".

[TRADUCTION] ORDRE vous est par les présentes donné de comparaître devant la Cour au Palais de justice de Chemung situé au 224, Lake Street, à Elmira (New York) le 1^{er} mars 1993 à 13 h 30 pour que l'exécution du jugement de la Cour puisse être entreprise.

^a SACHEZ en outre qu'en cas de défaut de comparution, un mandat d'amener sera décerné contre vous.

^b f) La transcription des notes sténographiques de l'audience qui s'est déroulée le 1^{er} mars 1993 devant la Cour de comté du comté de Chemung, dans l'État de New York, date à laquelle l'avocat du requérant a confirmé que le requérant avait été informé de la date du 1^{er} mars 1993 fixée pour le prononcé de sa peine et que l'avis de comparution avait été signifié personnellement au requérant.

^d g) Un mandat d'amener décerné par une cour supérieure le 1^{er} mars 1993 par suite du défaut du requérant de comparaître à cette date.

^e h) Une ordonnance prononcée le 10 mars 1993 par la Cour de comté du comté de Chemung, dans l'État de New York, déclarant le cautionnement perdu dans les termes suivants:

[TRADUCTION] La cour, vu que Henry Halm a été mis en liberté sous caution en attendant le prononcé d'une décision définitive de la cour d'appel conformément aux conditions de l'ordonnance de cautionnement prononcée le 9 mars 1992 par la troisième division de la Section d'appel de la Cour suprême de l'État de New York; et vu que Henry Halm a fait défaut de comparaître devant la présente Cour lors des sessions criminelles du 1^{er} mars 1993 en violation de l'ordonnance qui a été prononcée par la présente Cour le 25 février 1993 et qui a été enregistrée à la suite de la décision définitive rendue par la Cour d'appel et conformément aux paragraphes §460.60(4) et §460.50(5) du Code pénal;

^h DÉCLARE que le cautionnement de vingt mille dollars (20 000 \$) est perdu;

ORDONNE au greffier d'enregistrer un jugement de vingt mille dollars (20 000 \$) contre l'American Bankers Insurance Company et en faveur du peuple de l'État de New York.

^j (i) Un mandat d'arrestation décerné le 25 mars 1993 contre le requérant pour [TRADUCTION] «s'être illégalement enfui de l'État de New York pour se soustraire à l'incarcération».

(j) A Superior Court warrant dated April 5, 1995 issued for the applicant based on a charge of bail jumping in the second degree.

The argument of counsel for the applicant is that there is no condition in the order of September 28, 1990 that the applicant was required to surrender himself. He refers to article 215.56 of the New York *Penal Law* which provides:

§ 215.56. Bail jumping in the second degree.

A person is guilty of bail jumping in the second degree when by court order he has been released from custody or allowed to remain at liberty, either upon bail or upon his own recognizance, upon condition that he will subsequently appear personally in connection with a charge against him of committing a felony, and when he does not appear personally on the required date or voluntarily within thirty days thereafter.

Bail jumping in the second degree is a class E felony. [Emphasis added.]

Applicant's counsel says that since there was no express condition in the bail order that the applicant subsequently appear personally in connection with the charge, that he has not committed the offence of bail jumping under article 215.56, at least for purposes of subparagraph 19(2)(a.1)(ii) of the *Immigration Act*.

The bail order does not contain express words requiring subsequent appearance by the applicant. However, it does order him to "promptly perfect his appeal". The other documentation indicates that the applicant was ordered to surrender himself when all his appeals failed, that he did not do so, that his bail was thereupon forfeited, and that a warrant for his arrest was issued based on the charge of bail jumping in the second degree.

Bail, by definition, is security given to ensure a person's appearance when required.⁵ Bail was ordered forfeited in this case. It is obvious that even though the initial bail order did not expressly use the words

(j) Un mandat d'amener décerné le 5 avril 1995 par une cour supérieure contre le requérant sur la foi d'une accusation de violation de cautionnement au second degré.

^a L'avocat du requérant affirme que l'ordonnance du 28 septembre 1990 n'était assortie d'aucune condition obligeant le requérant à comparaître en jugement. Il renvoie la Cour à l'article 215.56 du New York *Penal Law*, qui dispose:

[TRADUCTION] **§ 215.56. Violation de cautionnement au second degré.**

^c Est coupable de violation de cautionnement au second degré quiconque a été, en vertu d'une ordonnance judiciaire, élargi ou autorisé à demeurer en liberté sous caution ou sur son propre engagement à la condition qu'il comparaisse par la suite en personne pour répondre aux accusations de félonie portées contre lui, et qui ne comparait pas en personne à la date voulue ou qui fait défaut de comparaître de son plein gré dans les trente jours suivants.

La violation de cautionnement au second degré est une félonie de la catégorie E. [Non souligné dans l'original.]

^e L'avocat du requérant affirme que, comme l'ordonnance de cautionnement n'était assortie d'aucune condition obligeant expressément le requérant à comparaître par la suite en personne pour répondre aux accusations portées contre lui, il n'a pas commis l'infraction de violation de cautionnement prévue à l'article 215.56, du moins pour les fins du sous-alinéa 19(2)a.1(ii) de la *Loi sur l'immigration*.

^g L'ordonnance de cautionnement ne renferme pas de mots qui exigent expressément la comparution ultérieure du requérant. Elle lui enjoint toutefois de «mettre promptement son appel en état». Il ressort des autres documents que le requérant était sommé de comparaître en jugement lorsque tous ses appels seraient rejetés, qu'il ne l'a pas fait, que son cautionnement a alors été déclaré perdu et qu'un mandat d'arrestation a été décerné contre lui sur le fondement de l'accusation de violation de cautionnement au second degré.

Par définition, le cautionnement est un engagement donné pour garantir la comparution d'une personne au moment voulu⁵. Le cautionnement a été déclaré perdu en l'espèce. Il est évident que, même si l'ordonnance

of article 215.56 “upon condition that he will subsequently appear personally in connection with the charge”, this indeed is the necessary and only implication of the bail order as confirmed by its reference to him promptly perfecting his appeal and the subsequent order forfeiting bail. No other meaning is possible. It seems that the process in New York State is that when a person is released on bail pending appeal, if he is unsuccessful on appeal, an order requiring him to appear on a specified date for sentencing is then made. The applicant did not appear pursuant to the order requiring his appearance and subsequently a warrant for the applicant, based on a charge of bail jumping in the second degree, was issued.

These facts before the Adjudicator caused her to conclude that not only were there reasonable grounds to believe that the applicant would be found guilty of bail jumping, but that indeed a *prima facie* case of bail jumping had been made out. I see no error in the Adjudicator’s conclusion.

2. Subparagraph 19(2)(a.1)(ii) is unconstitutional as its “reasonable grounds to believe” standard is not consistent with the presumption of innocence implied in section 7 of the Charter.⁶

Counsel for the applicant alleges that “reasonable grounds to believe” in subparagraph 19(2)(a.1)(ii) of the *Immigration Act* are inconsistent with the presumption of innocence guaranteed by the Charter and that the required standard should be “a *prima facie* case” as it is in extradition proceedings. Despite the arguments of counsel for the applicant before her that the presumption of innocence is violated by the lower standard of “reasonable grounds to believe” in the Act, and that the standard should be a “*prima facie* case”, the Adjudicator determined that there was a *prima facie* case of bail jumping. On the evidence before

initiale de cautionnement ne reprenait pas textuellement les termes de l’article 215.56 «à la condition qu’il comparaisse par la suite en personne pour répondre aux accusations de félonie portées contre lui», c’est le sens nécessaire—et le seul—de l’ordonnance de cautionnement, ainsi que le confirment l’obligation faite au requérant de mettre promptement son appel en état et le prononcé ultérieur de l’ordonnance déclarant le cautionnement perdu. Aucun autre sens n’est possible. Il semble que la procédure qui est suivie dans l’État de New York soit la suivante: si l’intéressé est mis en liberté sous caution en attendant le sort de l’appel et s’il n’obtient pas gain de cause en appel, le tribunal rend une ordonnance lui enjoignant de comparaître à une date déterminée pour le prononcé de sa peine. En l’espèce, le requérant n’a pas comparu devant le tribunal, contrairement à l’ordonnance le sommant de comparaître et, par la suite, un mandat d’arrestation a été décerné sur le fondement d’une accusation de violation de cautionnement au second degré.

Ces faits, qui ont été portés à l’attention de l’arbitre, l’ont amenée à conclure non seulement qu’il existait des motifs raisonnables de croire que le requérant serait déclaré coupable de violation de cautionnement, mais aussi qu’il avait été démontré *prima facie* qu’il avait violé son cautionnement. La conclusion de l’arbitre n’est selon moi entachée d’aucune erreur.

2. Le sous-alinéa 19(2)a.1(ii) est inconstitutionnel, étant donné que sa norme des «motifs raisonnables de croire» est incompatible avec la présomption d’innocence contenue implicitement à l’article 7 de la Charte⁶.

L’avocat du requérant affirme que la norme des «motifs raisonnables de croire» contenue au sous-alinéa 19(2)a.1(ii) de la *Loi sur l’immigration* est incompatible avec la présomption d’innocence garantie par la Charte et que la norme requise devrait être celle de la «preuve *prima facie*», tout comme dans le cas des procédures d’extradition. Malgré les arguments que l’avocat du requérant a fait valoir devant elle en affirmant que la norme moins élevée des «motifs raisonnables de croire» prévue par la Loi va à l’encontre de la présomption d’innocence et en soutenant que la norme applicable devrait être celle de la «preuve

her, I think she was entitled to arrive at such a conclusion. Accordingly, on the facts of this case, there is no need to analyze the “reasonable grounds to believe” standard in relation to the Charter.

3. The primary offence of which the applicant was convicted (sodomy) has no equivalence in Canada and therefore any subsidiary offence (bail jumping) also has no Canadian equivalence.

On the issue of equivalency, the Adjudicator found at page 143 of the transcript:

In that regard, I would point out that while the courts here have determined there is no equivalency for the sodomy offenses for which you stand convicted in the United States, there is no challenge to the other three convictions that have been registered against you as far as any other proceedings that should have taken place here in Canada are concerned, and there is no reason to believe that bail in the court case was set solely on the matters relating to the sodomy charges as opposed to matters relating to the entirety of the charges that you faced at the time.

Again, I can find no fault with the Adjudicator’s reasoning. While the Adjudicator determined that the three counts of endangering the welfare of a child were not challenged and therefore provided a basis for the bail jumping offence, I am of the opinion that the Adjudicator did not need to even go this far.

The charge of bail jumping is based on the fact that the applicant did not appear for sentencing in New York for the crimes of which he was convicted in that state. The relevant act that constitutes the offence in New York is bail jumping. If that offence was committed in Canada, paragraph 145(2)(b) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 20] of the *Criminal Code* of Canada would apply:

prima facie», l’arbitre a déterminé qu’il y avait une preuve *prima facie* de violation du cautionnement. J’estime qu’elle était justifiée, d’après les éléments de preuve portés à sa connaissance, d’en arriver à une telle conclusion. En conséquence, vu l’ensemble des faits de la présente affaire, il n’est pas nécessaire d’analyser la norme des «motifs raisonnables de croire» par rapport à la Charte.

^a 3 Il n’existe pas au Canada d’infraction équivalant à l’infraction principale pour laquelle le requérant a été condamné (la sodomie) et, en conséquence, il n’existe pas au Canada d’infraction équivalant à l’infraction secondaire (violation du cautionnement).

Sur la question de l’équivalence, l’arbitre a conclu, à la page 143 de la transcription:

^d [TRADUCTION] À cet égard, je tiens à souligner que, bien que les tribunaux canadiens aient statué qu’il n’existe pas d’équivalent aux infractions de sodomie dont vous avez été reconnu coupable aux États-Unis, aucune contestation n’a été faite contre les trois autres infractions pour lesquelles vous avez été condamné en ce qui concerne toute autre instance qui aurait dû être introduite ici au Canada, et il n’y a aucune raison de croire qu’en l’espèce, le cautionnement a été exigé uniquement pour les accusations de sodomie par opposition à des questions relatives à l’ensemble des accusations qui étaient alors portées contre vous.

^e Là encore, le raisonnement de l’arbitre est inattaquable. Bien que l’arbitre ait déterminé que les trois chefs d’accusation de mise en péril du bien-être d’un enfant n’étaient pas contestés et qu’ils justifiaient en conséquence l’accusation de violation de cautionnement, j’estime qu’elle n’avait même pas besoin d’aller aussi loin.

^f L’accusation de violation de cautionnement est fondée sur le fait que le requérant a fait défaut de comparaître devant le tribunal de l’État de New York pour le prononcé de sa peine concernant les crimes dont il avait été reconnu coupable dans cet État. L’acte pertinent qui constitue l’infraction dans l’État de New York est la violation de cautionnement. Si cette infraction était commise au Canada, c’est l’alinéa 145(2)(b) [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 20] du *Code criminel* qui s’appliquerait:

145. ...

(2) Every one who,

...
 (b) having appeared before a court, justice or judge, fails, without lawful excuse, the proof of which lies on him, to attend court as thereafter required by the court, justice or judge,

or to surrender himself in accordance with an order of the court, justice or judge, as the case may be, is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years or is guilty of an offence punishable on summary conviction.

The argument that bail jumping is subsidiary is without merit. The fact that section 159 of the *Criminal Code* has been declared unconstitutional does not affect the applicant's conviction in New York State. The Charter does not have extra-territorial effect (see *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, at page 518). It appears that the applicant was properly convicted in New York State of sodomy and he did not appear for sentencing when required. The fact that section 159 of the *Criminal Code* has been declared unconstitutional does not extinguish that offence and conviction in the United States, nor does it extinguish the offence of bail jumping in either country.

Counsel for the applicant argues that in other circumstances, persons may be convicted of offences which Canada would not recognize, such as political crimes, and it would be unconscionable to return someone for sentencing for political crimes simply because the person jumped bail to avoid such sentencing. However, each case must be dealt with on its own facts. There are safeguards in the *Immigration Act* such as provision for refugee claims, to preclude undesirable consequences. This is not a case in which such safeguards are applicable. In this case, the applicant was convicted of sodomy and of endangering the welfare of a child. These acts are not political in nature nor were they committed in a country which does not observe democracy or the rule of law.

145. ...

(2) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans, ou d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, quiconque:

a

...
 b) soit, ayant déjà comparu devant un tribunal, un juge de paix ou un juge, omet, sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe, d'être présent au tribunal comme l'exige le tribunal, le juge de paix ou le juge,

b

ou de se livrer en conformité avec une ordonnance du tribunal, du juge de paix ou du juge, selon le cas.

c

Le moyen suivant lequel la violation du cautionnement est secondaire est mal fondé. Le fait que l'article 159 du *Code criminel* ait été déclaré inconstitutionnel n'a aucune incidence sur la condamnation du requérant dans l'État de New York. La Charte n'a pas d'effet extraterritorial (voir l'arrêt *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, à la page 518). Il semble que le requérant ait été régulièrement condamné pour sodomie dans l'État de New York et qu'il ait fait défaut de comparaître à la date voulue pour le prononcé de sa peine. Le fait que l'article 159 du *Code criminel* ait été déclaré inconstitutionnel n'éteint ni l'infraction ou la condamnation aux États-Unis, ni l'infraction de violation de cautionnement dans l'un ou l'autre pays.

d

e

f

g

h

i

j

L'avocat du requérant soutient que, dans d'autres circonstances, des personnes peuvent être déclarées coupables d'infractions que le Canada ne reconnaîtrait pas, comme les crimes politiques, et qu'il serait déraisonnable de renvoyer quelqu'un dans son pays pour le prononcé de sa peine relativement à des crimes politiques du simple fait qu'il a violé son cautionnement pour se soustraire à cette peine. Toutefois, chaque cas est un cas d'espèce. La *Loi sur l'immigration* renferme des garanties—comme les dispositions relatives aux revendications du statut de réfugié—qui empêchent les conséquences indésirables. Il ne s'agit pas d'un cas dans lequel de telles garanties s'appliquent. En l'espèce, le requérant a été reconnu coupable de sodomie et de mise en péril du bien-être d'un enfant. Ces actes ne sont pas de nature politique

et ils n'ont pas été commis dans un pays qui n'observe pas la démocratie ou qui ne respecte pas la primauté du droit.

The applicant jumped bail in the United States. There is an equivalent offence in Canada and, therefore, subparagraph 19(2)(a.1)(ii) of the *Immigration Act* is applicable.

^a Le requérant a violé son cautionnement aux États-Unis. Il existe une infraction équivalente au Canada et, en conséquence, le sous-alinéa 19(2)a.1(ii) de la *Loi sur l'immigration* s'applique.

MISREPRESENTATIONS

The applicant admits he failed to inform Canadian immigration officers at his port of entry to Canada that he had been convicted of offences in New York State, that he did not appear for sentencing as required, and that there were warrants for his arrest in New York State. He agrees that misrepresentation includes failure to inform immigration officers, even if disclosure would only lead to a line of inquiry that might result in removal (see *Minister of Manpower and Immigration v. Brooks*, [1974] S.C.R. 850, at pages 872-873).

^b FAUSSES INDICATIONS

^c Le requérant admet qu'il a omis d'informer les fonctionnaires de l'immigration à son point d'entrée au Canada qu'il avait été reconnu coupable d'infractions dans l'État de New York, qu'il avait fait défaut de comparaître devant le tribunal à la date voulue pour le prononcé de sa peine, et que des mandats d'arrestation avaient été décernés contre lui dans l'État de New York. Il reconnaît qu'il a donné de fausses indications en omettant de divulguer certains faits aux fonctionnaires de l'immigration, même si la divulgation des faits en question ne pouvait que conduire à une ^d enquête susceptible d'entraîner son renvoi (voir l'arrêt *Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Brooks*, [1974] R.C.S. 850, aux pages 872 et 873).

The only issue is whether the misrepresentations were material. The applicant says that because his sodomy convictions in New York State would not (as subsequently found) be a basis for his removal under subparagraph 19(1)(c.1)(i) and because his bail jumping charge was dependent on Canada recognizing his sodomy convictions (which it does not for purposes of subparagraph 19(1)(c.1)(i)), his failure to disclose the offences was not material.

^e La seule question qui se pose est celle de savoir si les fausses indications portaient sur un fait important. Le requérant affirme que, comme on ne pouvait pas (comme il a par la suite été décidé) invoquer ses condamnations pour sodomie dans l'État de New York pour le renvoyer du Canada en vertu du sous-alinéa 19(1)c.1(i) et que comme l'accusation de violation de cautionnement portée contre lui dépendait de la reconnaissance par le Canada de ses condamnations pour sodomie (reconnaissance que le Canada n'a pas ^f donnée pour l'application du sous-alinéa 19(1)c.1(i)), son omission de divulguer les infractions n'était pas importante.

The Adjudicator found, at page 146:

^g L'arbitre a conclu, à la page 146:

... it is my opinion that as well there has been established in the evidence a clear indication that you did in fact misrepresent material facts which resulted directly in your being admitted to the country not once but twice as a visitor and as such I am satisfied that you are in fact a person who is described in paragraph 27(2)(g) as well.

^h [TRADUCTION] ... je suis d'avis qu'il ressort de la preuve que vous avez bel et bien été admis au Canada par suite de fausses indications que vous avez données sur des faits importants non pas une fois, mais deux fois, à titre de visiteur. Je suis en conséquence convaincue que vous êtes effectivement visé aussi par l'alinéa 27(2)g).

Applicant's counsel conceded that if bail jumping was a valid basis for the July 7, 1995 deportation order it was a material misrepresentation for the applicant not to disclose the bail jumping charge to Canadian immigration officers. I have found that bail jumping is a proper basis for the July 7, 1995 deportation order. Further, even if the applicant's sodomy convictions would not have been a basis for his removal by reason of the decision of Reed J. striking down section 159 of the *Criminal Code*, disclosure of his sodomy convictions would have led immigration officers to ascertain that the applicant did not appear for sentencing when required. It was, therefore, a material misrepresentation not to inform immigration officers of his sodomy convictions and his failure to appear for sentencing. Accordingly, I conclude the Adjudicator did not err in finding material misrepresentations by the applicant, and that such material misrepresentations were a valid ground for the deportation order of July 7, 1995.

DEPORT—DEPART

The applicant argues that the Adjudicator erred by refusing to consider a number of factors when she decided to issue a deportation order rather than a departure order. He says she refused to consider that a departure order would enable the applicant to choose his destination, while a deportation order would result in the Minister choosing the destination. The applicant further argues that he is prepared to depart Canada from custody so that there would be no concern of his failing to depart.

The relevant provisions of the *Immigration Act* in this respect are subsections 32(6) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 11] and 32(7) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 21]:

L'avocat du requérant concède que, si la violation du cautionnement justifiait la prise de la mesure d'expulsion du 7 juillet 1995, le requérant a donné une fausse indication sur un fait important en ne divulguant pas l'accusation de violation de cautionnement aux fonctionnaires de l'Immigration canadiens. J'en suis arrivé à la conclusion que la violation du cautionnement justifiait la prise de la mesure d'expulsion du 7 juillet 1995. Qui plus est, même si les condamnations pour sodomie du requérant n'avaient pas fondé son expulsion par suite de la décision par laquelle le juge Reed a déclaré l'article 159 du *Code criminel* inconstitutionnel, la divulgation de ses condamnations pour sodomie aurait amené les fonctionnaires de l'Immigration à vérifier si le requérant avait fait défaut de comparaître devant le tribunal à la date voulue pour le prononcé de sa peine. Le fait que le requérant n'a pas informé les fonctionnaires de l'Immigration de ses condamnations pour sodomie et de son défaut de comparaître devant le tribunal pour le prononcé de sa peine constituait donc une fausse indication sur un fait important. En conséquence, je conclus que l'arbitre n'a pas commis d'erreur en concluant que le requérant a donné de fausses indications sur des faits importants et que ces fausses indications constituaient un motif valable de prendre la mesure d'expulsion du 7 juillet 1995.

EXPULSION—INTERDICTION DE SÉJOUR

Le requérant soutient que l'arbitre a commis une erreur en refusant de tenir compte d'un certain nombre de facteurs lorsqu'elle a décidé de prendre une mesure d'expulsion plutôt qu'une mesure d'interdiction de séjour. Il affirme qu'elle a refusé de tenir compte du fait qu'une mesure d'interdiction de séjour aurait permis au requérant de choisir sa destination, tandis qu'une mesure d'expulsion signifiait que ce serait le ministre qui choisirait la destination. Le requérant soutient en outre qu'il est prêt à quitter le Canada après sa mise en liberté et qu'il n'y a donc pas lieu de s'inquiéter de son départ.

Les dispositions pertinentes de la *Loi sur l'immigration* à cet égard sont les paragraphes 32(6) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 11] et 32(7) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 21]:

32. ...

(6) Where an adjudicator decides that a person who is the subject of an inquiry is a person described in subsection 27(2), the adjudicator shall, subject to subsections (7) and 32.1(5), make a deportation order against that person.

(7) Where the person referred to in subsection (6) is a person other than a person described in paragraph 19(1)(c), (c.1), (c.2), (d), (e), (f), (g), (j), (k) or (l) or 27(2)(h) or (i), the adjudicator may, subject to subsection 32.1(5), make a departure order against the person if the adjudicator is satisfied that the person should be allowed to return to Canada without the written consent of the Minister and that the person will leave Canada within the applicable period specified in the regulations for the purposes of subsection 32.02(1).

As seen from these provisions, for the Adjudicator to issue a departure order rather than a deportation order, the applicant must satisfy the Adjudicator both that he will leave Canada within the period specified, and that he should be allowed to return without the written consent of the Minister. As counsel for the Minister points out, the applicant's arguments simply ignore the question of whether he should be able to return to Canada without the written consent of the Minister. This indeed was an important reason that led the Adjudicator to issue a deportation order. At page 182 she states:

These are circumstances that suggest that you were willing to use this country as it suits your purpose, and I don't think that's a suitable reason. I think it provides cause for concern as to your respect for this country and the opportunities that it does have here. It says to me that you need to have the consent of the Minister of Immigration to ensure that you don't attempt to do this in the future.

Apart from all other considerations, the Adjudicator is required to have regard to whether the Minister's consent should be a requirement for the applicant to return to Canada. Having come to the conclusion that the Minister's consent should be required in the case of the applicant, she was required by statute to issue a deportation order, regardless of the other considerations advanced by the applicant. In doing so, she acted in accordance with the *Immigration Act* and made no error.

32. ...

(6) S'il conclut que l'intéressé relève d'un des cas visés par le paragraphe 27(2), l'arbitre, sous réserve des paragraphes (7) et 32.1(5), prend une mesure d'expulsion à son endroit.

(7) Dans les cas prévus au paragraphe (6) et où l'intéressé n'appartient pas à l'une des catégories visées aux alinéas 19(1)c), c.1), c.2), d), e), f), g), j), k) ou l) ou 27(2)h) ou i), l'arbitre, sous réserve du paragraphe 32.1(5), peut prendre à l'encontre de l'intéressé une mesure d'interdiction de séjour s'il est convaincu que celui-ci devrait pouvoir revenir au Canada sans l'autorisation écrite du ministre et qu'il quittera le Canada avant l'expiration de la période réglementaire applicable prévue au paragraphe 32.02(1).

Comme on le constate à la lecture de ces dispositions, pour que l'arbitre prenne une mesure d'interdiction de séjour plutôt qu'une mesure d'expulsion, il faut que le requérant le convainque qu'il quittera le Canada avant l'expiration de la période réglementaire prévue et qu'il devrait pouvoir revenir au Canada sans l'autorisation écrite du ministre. Ainsi que l'avocat du ministre le souligne, la thèse du requérant ne tient tout simplement pas compte de la question de savoir s'il devrait pouvoir revenir au Canada sans l'autorisation écrite du ministre. Cette considération constitue en réalité l'un des éléments importants qui ont amené l'arbitre à prendre une mesure d'expulsion. À la page 182, elle déclare en effet:

[TRADUCTION] Ce sont là des circonstances qui permettent de penser que vous êtes prêts à vous servir du Canada à vos fins et je ne crois pas que ce soit là une raison valable. Je crois qu'il y a lieu de craindre que vous n'ayez pas de respect pour le Canada et pour les chances qu'il offre. J'en conclus que vous devez obtenir la permission du ministre de l'Immigration pour garantir que vous ne tenterez pas d'agir à nouveau de la sorte à l'avenir.

Abstraction faite de toutes les autres considérations dont il doit tenir compte, l'arbitre doit se demander s'il y a lieu d'exiger l'autorisation du ministre pour que le requérant puisse revenir au Canada. Ayant conclu qu'il y avait lieu d'exiger l'autorisation du ministre à cette fin, l'arbitre était tenue, de par la loi, de prendre une mesure d'expulsion, indépendamment des autres considérations invoquées par le requérant. Ce faisant, elle a agi en conformité avec la *Loi sur l'immigration* et elle n'a commis aucune erreur.

CONCLUSION

The judicial review is dismissed.

Counsel shall have one week from the date of these reasons to submit to the Court any serious question of general importance for purposes of appeal. Upon receipt of any such question, the Court will decide whether the question should be certified and if so, any question certified will be included in the order giving effect to these reasons.

¹ 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.

² 103. . . .

(6) Where any person is detained pursuant to this Act for an examination, inquiry or removal and the examination, inquiry or removal does not take place within forty-eight hours after that person is first placed in detention, that person shall be brought before an adjudicator forthwith and the reasons for the continued detention shall be reviewed, and thereafter that person shall be brought before an adjudicator at least once during the seven days immediately following the expiration of the forty-eight hour period and thereafter at least once during each thirty-day period following each previous review, at which times the reasons for continued detention shall be reviewed.

³ See reasons of Reed J. in *Halm, supra*, at p. 368.

⁴ 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.

⁵ See for example *Oxford English Dictionary*, 2nd ed., 1989.

⁶ Counsel relies on *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665, in which Lamer C.J. states, at p. 683:

Consistent with this view, this Court has held that the presumption of innocence, “[a]lthough protected expressly in s. 11(d) of the *Charter* . . . is referable and integral to the general protection of life, liberty and security of the person contained in s. 7 of the *Charter*”: *R. v. Oakes, supra, per* Dickson C.J., at p. 119.

DISPOSITIF

La demande de contrôle judiciaire est rejetée.

Les avocats disposent d’un délai d’une semaine à compter de la date des présents motifs pour soumettre à la Cour toute question grave de portée générale en vue d’un appel. Saisie d’une telle question, la Cour décidera s’il y a lieu de la certifier et, dans l’affirmative, la question certifiée fera partie de l’ordonnance donnant effet aux présents motifs.

¹ 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.

² 103. . . .

(6) Si l’interrogatoire, l’enquête ou le renvoi aux fins desquels il est gardé n’ont pas lieu dans les quarante-huit heures, l’intéressé est amené, dès l’expiration de ce délai, devant un arbitre pour examen des motifs qui pourraient justifier une prolongation de sa garde; par la suite, il comparait devant un arbitre aux mêmes fins au moins une fois:

a) dans la période de sept jours qui suit l’expiration de ce délai;

b) tous les trente jours après l’examen effectué pendant cette période.

³ Voir les motifs prononcés par le juge Reed dans l’affaire *Halm* (précitée), à la p. 368.

⁴ 24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits et 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.

⁵ Voir, par exemple, l’*Oxford English Dictionary*, 2^e éd., 1989.

⁶ L’avocat invoque l’arrêt *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665, dans lequel le juge en chef Lamer déclare, à la p. 683:

Adoptant cette opinion, notre Cour a décidé que la présomption d’innocence, «[b]ien qu’elle soit expressément garantie par l’al. 11d) de la *Charte*, [. . .] relève et fait partie intégrante de la garantie générale du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, contenue à l’art. 7 de la *Charte*: *R. c. Oakes*, précité, le juge en chef Dickson, à la p. 119.

A-612-93
The Perrier Group of Canada Inc. (Appellant) (Plaintiff)
 v.
Her Majesty the Queen (Respondent) (Defendant)

A-612-93
The Perrier Group of Canada Inc. (appelante) (demanderesse)
 c.
Sa Majesté la Reine (intimée) (défenderesse)

A-613-93
Grand Specialties Ltd. (Appellant) (Plaintiff)
 v.
Her Majesty the Queen (Respondent) (Defendant)

A-613-93
Grand Specialties Ltd. (appelante) (demanderesse)
 c.
Sa Majesté la Reine (intimée) (défenderesse)

INDEXED AS: PERRIER GROUP OF CANADA INC. v. CANADA (C.A.)

RÉPERTORIÉ: PERRIER GROUP OF CANADA INC. c. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Stone, Strayer and Linden J.J.A. — Toronto, November 16; Ottawa, November 28, 1995.

Cour d'appel, juges Stone, Strayer et Linden, J.C.A.— Toronto, 16 novembre; Ottawa, 28 novembre 1995.

Customs and Excise — Excise Tax Act — Schedule III, Part V, s. 1(c) exempting from s. 50 tax “food and drink for human consumption . . . other than carbonated beverages” — Meaning of “beverages” — French version examined — Shared meaning of “beverage”, “boisson” any type of drink, including water — “Perrier” water (carbonated mineral water) carbonated beverage subject to tax.

Douanes et accise — Loi sur la taxe d'accise — L'art. 1c), partie V, annexe III, exempte de la taxe prévue à l'art. 50 les «aliments et boissons destinés à la consommation humaine . . . sauf les boissons gazeuses» — Sens du mot «boissons» — Version française examinée — Signification commune aux termes «beverage» et «boisson», toute sorte de boisson, y compris l'eau — L'eau Perrier (eau minérale gazeuse) est une boisson gazeuse assujettie à la taxe.

Construction of statutes — Meaning of “beverage” in “carbonated beverage” in Excise Tax Act, Schedule III, Part V, s. 1(c) — French version using “boisson” — Although “beverage” ordinarily connoting more specialized sort of drink, “boisson” designating any kind of drink — “Breuvage” closest French equivalent to “beverage” — “Breuvage” specialized form of “boisson”, thus reinforcing observation French version deliberately choosing term with general rather than specific meaning — Since both versions equally authentic, and must adopt shared meaning, “beverage” and “boisson” both mean any type of drink including water.

Interprétation des lois — Signification du mot «boisson» dans l'expression «boisson gazeuse» employée à l'art. 1c), annexe III, partie V, de la Loi sur la taxe d'accise — La version française utilise le terme «boisson» — Bien que le mot anglais «beverage» désigne ordinairement une sorte de boisson plus spécialisée, le mot «boisson» renvoie à tout ce qui peut être bu — Le mot français qui se rapproche le plus du mot anglais «beverage» est le mot «breuvage» — Un «breuvage» est une forme spécialisée de «boisson», ce qui confirme l'observation selon laquelle, dans la version française, le législateur a délibérément choisi un terme dont la portée est générale, et non restreinte — Les deux versions de la disposition législative ayant même valeur et la Cour étant tenue d'adopter la signification commune aux deux versions, les mots «beverage» et «boisson», désignent toute sorte de boisson, y compris l'eau.

These were appeals from the trial judgment dismissing an appeal from the Canadian International Trade Tribunal decision which upheld the Minister's assessment of taxes owing on the basis that Perrier water is a “carbonated beverage”. The appellants import, distribute and sell Perrier water in Canada. Perrier is a carbonated mineral water sold in bottles and cans. It is not a naturally carbonated product, but the result of a significant production process. *Excise Tax*

Il s'agit d'appels interjetés à l'encontre du jugement de première instance qui a rejeté l'appel de la décision par laquelle le Tribunal canadien du commerce extérieur a confirmé la cotisation établie par le ministre à l'égard de la taxe exigible parce que l'eau Perrier est une «boisson gazeuse». L'appelante importe, distribue et vend de l'eau Perrier au Canada. L'eau Perrier est une eau minérale gazeuse vendue en bouteilles ou en cannettes. Il ne s'agit

Act, section 51 exempts from the section 50 sales tax on imported goods those goods mentioned in Schedule III. Paragraph 1(c) of Part V of Schedule III lists “food and drink for human consumption . . . other than carbonated beverages”.

The issue was whether “Perrier” water is a “carbonated beverage”.

Held, the appeals should be dismissed.

The dictionary definitions referred to suggested that the range of ordinary and acceptable uses of the word “beverage” includes water, but the Court was not bound by those definitions. Dictionary definitions are but one technique used by courts to interpret statutes.

Where the ordinary meanings of the French and English versions of a statute seem to point in different directions, the Court is obliged to choose an interpretation that best reconciles the wording used in both. The French version of section 1 uses “*boisson*” as the equivalent of three different English words used in the legislation: “drink”, “water” and “beverage”. “*Boisson*” is a term of general meaning. It is not like the English word “beverage” which ordinarily connotes a more specialized sort of drink. Its primary definition is “a liquid suitable for drinking”. Water is such a liquid. The closest French equivalent to the English word “beverage” is “*breuvage*”. One of the meanings of “*boisson*” is “*breuvage*”. The primary meaning of “*breuvage*” is “a drink having a special composition (mix) or particular property (characteristic)”. A “*breuvage*” is a specialized form of “*boisson*”, thus reinforcing the observation that the French version deliberately chose a term with a general rather than a specific meaning. Since both versions are equally authentic, and since the Court had to adopt the shared meaning, “beverage” and “*boisson*” as used in the legislation both mean any type of drink, including water. Though the word may not always be used to refer to water, it is more natural to interpret “beverage” as including water.

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. 18(1).

Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 50(1) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, s. 190; c. 42, s. 4), 51(1), Sch. III, Part V (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 55).

pas d'un produit naturellement gazeux, mais du résultat d'un important procédé de fabrication. L'article 51 de la *Loi sur la taxe d'accise* exempte de l'application de la taxe de vente sur les marchandises importées, prévue à l'article 50, les marchandises mentionnées à l'annexe III. L'alinéa 1c), partie V, annexe III, renvoie aux «aliments et boissons destinés à la consommation humaine . . . sauf les boissons gazeuses».

Il s'agit de savoir si l'eau vendue sous l'appellation commerciale Perrier est une «boisson gazeuse».

Arrêt: les appels doivent être rejetés.

Il ressort des définitions du dictionnaire mentionnées que le mot «*beverage*», compte tenu des différents emplois ordinaires et acceptables, désigne l'eau, mais ces définitions ne lient pas la Cour. La consultation des dictionnaires n'est que l'un des moyens utilisés par les tribunaux pour interpréter les lois.

Lorsque le sens ordinaire des libellés français et anglais d'une loi semblent aller dans des directions différentes, la Cour est tenue d'opter pour l'interprétation qui concilie le mieux les termes employés dans les deux versions. Dans sa version française, l'article 1 emploie le mot «*boisson*» comme équivalent de trois mots différents employés en anglais, soit «*drink*», «*water*» et «*beverage*». Le terme «*boisson*» a une portée générale contrairement au mot anglais «*beverage*», qui désigne ordinairement une sorte de boisson plus spécialisée. Sa principale définition est «tout liquide qui se boit», ce qui englobe certainement l'eau. Le mot français qui se rapproche le plus du mot anglais «*beverage*» est le terme «*breuvage*». L'une des significations du mot «*boisson*» est «*breuvage*». La principale définition du mot «*breuvage*» est «*boisson* d'une composition spéciale ou ayant une vertu particulière». Un «*breuvage*» est une forme spécialisée de «*boisson*», ce qui confirme l'observation selon laquelle, dans la version française, le législateur a délibérément choisi un terme dont la portée est générale, et non restreinte. Les deux versions de la disposition législative ayant même valeur et la Cour étant tenue d'adopter la signification commune aux deux versions, les mots «*beverage*» et «*boisson*», employés dans la Loi, désignent toute sorte de boisson, y compris l'eau. Même si le mot ne désigne pas toujours l'eau, il est plus naturel de considérer que le mot «*boisson*» (*beverage*) comprend l'eau.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 18(1).

Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 50(1) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1, art. 190; ch. 42, art. 4), 51(1), annexe III, partie V (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 55).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Nitrochem Inc. and Deputy M.N.R. (Customs and Excise) (1984), 8 C.E.R. 58; [1984] C.T.C. 608; 53 N.R. 394 (F.C.A.).^a

DISTINGUISHED:

R. v. Rouse, [1936] 4 D.L.R. 797; (1936), 66 C.C.C. 225 (Ont. C.A.); *Grand Specialties Ltd. and Deputy M.N.R. (Customs and Excise) and Office Général des Eaux Minérales* (1987), 13 C.E.R. 233 (T.B.).^b

AUTHORS CITED

Concise Oxford Dictionary of Current English, 8th ed. Oxford: Clarendon Press, 1990, "beverage".^c
Petit Robert 1: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris: Le Robert, 1977, "boisson", "breuvage".^d

APPEALS from trial judgment dismissing an appeal from the Canadian International Trade Tribunal's decision upholding the Minister's assessment of tax owing under Excise Tax Act, section 50 on the basis that Perrier water is a "carbonated beverage" (*Perrier Group of Canada Inc. v. Canada* (1993), 52 C.P.R. (3d) 385; 70 F.T.R. 163 (F.C.T.D.); affg *Grand Specialties Ltd. et al. v. M.N.R. et al.* (1990), 3 TCT 2418 (C.I.T.T.)). Appeals dismissed.^e

COUNSEL:

Terrance A. Sweeney and Larissa V. Tkachenko for appellants.
Alain Préfontaine for respondent.

SOLICITORS:

Borden & Elliot, Toronto, for appellants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.^f

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LINDEN J.A.: The issue in these appeals is whether the water sold under the trade name of "Perrier" is a

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Nitrochem Inc. et Sous-M.R.N. (Douanes et accise) (1984), 8 C.E.R. 58; [1984] C.T.C. 608; 53 N.R. 394 (C.A.F.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

R. v. Rouse, [1936] 4 D.L.R. 797; (1936), 66 C.C.C. 225 (C.A. Ont.); *Grand Specialties Ltd. et Sous-M.R.N. (Douanes et accise) et Office Général des Eaux Minérales* (1987), 13 C.E.R. 233 (C.T.).

DOCTRINE

Concise Oxford Dictionary of Current English, 8th ed. Oxford: Clarendon Press, 1990, «beverage».
Petit Robert 1: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris: Le Robert, 1977, «boisson», «breuvage».^g

APPELS contre le jugement de première instance qui a rejeté l'appel d'une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur par laquelle a été confirmée la cotisation établie par le ministre en ce qui concerne la taxe exigible en application de l'article 50 de la *Loi sur la taxe d'accise* parce que l'eau Perrier serait une «boisson gazeuse» (*Perrier Group of Canada Inc. c. Canada* (1993), 52 C.P.R. (3d) 385; 70 F.T.R. 163 (C.F. 1^{re} inst.); conf. *Grand Specialties Ltd. et al. c. M.R.N. et al.* (1990), 3 TCT 2418 (T.C.C.E.)). Appels rejetés.^h

g AVOCATS:

Terrance A. Sweeney et Larissa V. Tkachenko pour les appelantes.
Alain Préfontaine pour l'intimée.ⁱ

PROCUREURS:

Borden & Elliot, Toronto, pour les appelantes.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée.^j

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

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: La question que soulèvent les appels est de savoir si l'eau vendue sous l'appella-

“carbonated beverage” within the meaning of paragraph 1(c) of Part V of Schedule III to the *Excise Tax Act* [R.S.C., 1985, c. E-15 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 55)]. The relevant provisions of the *Excise Tax Act* are as follows [s. 50(1) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, s. 190; c. 42, s. 4)]:

50. (1) There shall be imposed, levied, and collected a consumption or sales tax at the rate prescribed in subsection (1.1) on the sale price or on the volume sold of all goods

...
 (b) imported into Canada, payable in accordance with the provisions of the *Customs Act* by the importer, owner or other person liable to pay duties under that Act;

51. (1) The tax imposed by section 50 does not apply to the sale or importation of the goods mentioned in Schedule III

Schedule III, Part V, which I reproduced here both in English and French, states:

1. Food and drink for human consumption (including sweetening agents, seasonings and other ingredients to be mixed with or used in the preparation of the food and drink), other than

(a) wine, spirits, beer, malt liquor and other alcoholic beverages;

(b) non-alcoholic malt beverages;

(c) carbonated beverages and goods for use in the preparation of carbonated beverages;

(d) non-carbonated fruit juice beverages and fruit flavoured beverages, other than milk-based beverages, containing less than twenty-five per cent by volume of

(i) a natural fruit juice or combination of natural fruit juices, or

(ii) a natural fruit juice or combination of natural fruit juices that have been reconstituted into the original state,

and goods that, when added to water, produce a beverage described in this paragraph; and

(e) candies, confectionery that may be classed as candy, and all goods sold as candies, such as candy floss,

tion commerciale Perrier est une «boisson gazeuse» au sens de l’alinéa 1c) de la partie V de l’annexe III de la *Loi sur la taxe d’accise* [L.R.C. (1985), ch. E-15 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7 art. 55)].

Les dispositions pertinentes de ce texte législatif sont les suivantes [art. 50(1) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1, art. 190; ch. 42, art. 4)]:

50. (1) Est imposée, prélevée et perçue une taxe de consommation ou de vente au taux spécifié au paragraphe (1.1) sur le prix de vente ou sur la quantité vendue de toutes marchandises:

...
 b) importées au Canada, exigible conformément à la *Loi sur les douanes* de l’importateur, du propriétaire ou d’une autre personne tenue de payer les droits prévus par cette loi;

51. (1) La taxe imposée par l’article 50 ne s’applique pas à la vente ou à l’importation des marchandises mentionnées à l’annexe III, . . .

Voici le libellé, en français et en anglais, de l’annexe III, partie V:

1. Aliments et boissons destinés à la consommation humaine (y compris les édulcorants, assaisonnements et autres ingrédients devant être mélangés à ces aliments et boissons ou être utilisés dans leur préparation), sauf:

a) les vins, spiritueux, bières, liqueurs de malt et autres boissons alcoolisées;

b) les boissons de malt non alcoolisées;

c) les boissons gazeuses et les marchandises devant servir à leur préparation;

d) les boissons de jus de fruits et les boissons à saveur de fruits non gazeuses autres que les boissons à base de lait, contenant moins de vingt-cinq pour cent par volume:

(i) de jus de fruits naturel ou d’une combinaison de jus de fruits naturels,

(ii) de jus de fruits naturel ou d’une combinaison de jus de fruits naturels qui ont été reconstitués à l’état initial,

et les marchandises qui, lorsqu’elles sont ajoutées à de l’eau, produisent une boisson visée dans le présent alinéa;

e) les bonbons, les confiseries qui peuvent être classées comme bonbons, et toutes les marchandises qui sont

chewing gum and chocolate, whether naturally or artificially sweetened

vendues au titre de bonbons, telles la barbe à papa, le chewing gum et le chocolat, qu'elles soient naturellement ou artificiellement sucrées, . . .

FACTS

The facts are not disputed. The appellants import, distribute, and sell Perrier water in Canada. By notice of determination dated November 4, 1987, the Minister of National Revenue assessed the two appellants in the amount of \$1,077,209.43 as tax owing pursuant to the *Excise Tax Act*. The Minister assessed the appellants on the basis that Perrier is a "carbonated beverage" within paragraph 1(c) of Part V of Schedule III of the Act, and that the product, accordingly, is subject to the import tax imposed by section 50. The appellants objected to the assessment, and the Minister disallowed this objection. The appellants appealed to the Canadian International Trade Tribunal [*Grand Specialties Ltd. et al. v. M.N.R. et al.* (1990), 3 TCT 2418], which found in the Minister's favour. A further appeal to the Trial Division of the Federal Court [(1993), 52 C.P.R. (3d) 385] was likewise unsuccessful, at which point the appellants appealed to this Court.

Perrier is a carbonated mineral water sold in bottles and cans. Both the water and the carbon dioxide for the carbonization derive exclusively from what is called the Source Perrier in Vergèze in the south of France. The hydrogeological system which makes up the Source Perrier is about ten kilometres wide and two or three kilometres deep, and works somewhat as follows. Rain water falling on the limestone hills in the vicinity of the Source percolates toward a nearby plain, eventually entering a large siliceous sand aquifer. Beneath this aquifer lies a large carbonate rock formation. Heat from the earth's magma convected upward through faults and fractures heats this porous rock formation to a temperature sufficient to cause it to release carbon dioxide into the water that inhabits it. This deep water is then forced upward under natural conditions into the sand aquifer through fissures in the rock. The highly carbonated deep water mixes with the water in the aquifer, giving rise to a naturally occurring carbonated water.

LES FAITS

Les faits ne sont pas contestés. L'appelante importe, distribue et vend de l'eau Perrier au Canada. Par voie d'avis de détermination daté du 4 novembre 1987, le ministre du Revenu national a établi la cotisation des deux appelantes à 1 077 209,43 \$ en ce qui concerne la taxe exigible en application de la *Loi sur la taxe d'accise*. Il a tenu pour acquis que l'eau Perrier est une «boisson gazeuse» au sens de l'alinéa 1c) de la partie V de l'annexe III de la Loi, en sorte que le produit est assujéti à la taxe sur les marchandises importées prévue à l'article 50. Les appelantes ont formulé une opposition que le ministre a rejetée. Elles ont interjeté appel au Tribunal canadien du commerce extérieur [*Grand Specialties Ltd. et al. c. M.R.N. et al.* (1990), 3 TCT 2418], lequel a tranché en faveur du ministre. Un second appel a été interjeté à la Section de première instance de la Cour fédérale [(1993), 52 C.P.R. (3d) 385], également en vain, après quoi les appelantes se sont tournées vers notre Cour.

L'eau Perrier est une eau minérale gazeuse vendue en bouteilles ou en cannettes. L'eau et le gaz carbonique qui la rend gazeuse proviennent exclusivement de la source Perrier située à Vergèze dans le sud de la France. Le système hydrogéologique auquel appartient la source Perrier a une étendue d'environ 10 kilomètres et une profondeur de 2 à 3 kilomètres, et son fonctionnement est en quelque sorte le suivant. L'eau de pluie tombe dans les collines calcaires des environs de la source, traverse une plaine avoisinante, puis pénètre une importante couche de sable siliceux. Sous celle-ci se trouve une importante formation de roche carbonatée. La chaleur produite par le magma terrestre, qui monte vers la surface par des failles et des fissures, augmente la température de cette roche poreuse de façon qu'elle libère du gaz carbonique dans l'eau qui s'y trouve. Une pression s'exerce naturellement sur cette eau profonde de telle sorte qu'elle parvienne à la couche de sable par les fissures de la roche. L'eau profonde très gazeuse se mélange à l'eau de la couche aquifère, ce qui produit une eau gazeuse d'origine naturelle.

The final product bearing the Perrier name, however, is not merely a bottled form of the carbonated water described above. Rather, what goes by the name Perrier is something of a processed version of it. Though both the water and carbonation components of Perrier derive from the Source Perrier, each are separately extracted. The water is taken from a bore hole sunk 40 meters into the Source Perrier aquifer, and the carbon dioxide taken from the CO₂ saturated deep-water through a bore hole sunk to approximately 450 meters. The two are shipped to the Perrier bottling facility and, after processing, are eventually recombined to create the final product.

Recombination and the processes associated with it are necessary for two reasons deserving mention. First, through recombination, CO₂ saturation levels can be strictly controlled, providing for a consistency that would not naturally occur. Second, and more importantly, the CO₂ in its original state in the Source Perrier contains impurities that, for marketing and health reasons, must be filtered out before the final product may be sold. One filtered impurity is hydrogen sulphide. This gas is lethal in even small concentrations, and imparts the smell of putrid eggs to any substance it inhabits. Another impurity is benzene, yet another poisonous gas in small concentrations. Other filtered impurities include nitrogen, helium, argon, neon, and certain hydrocarbons such as ethane, methane, propane, and toluene.

After recombination and subsequent bottling, the product is ready for sale. In its bottled state, Perrier water contains about 6500 mg/L of carbon dioxide. This concentration approximates the saturation level that would be present in the water of Source Perrier at a depth of 40 meters. I say "would be present" because the two bore holes sunk into the Source Perrier have caused pressure changes within the system, and CO₂ levels are now markedly less than if the bore holes had not been drilled.

Toutefois, le produit final qui porte le nom Perrier ne correspond pas simplement à cette eau gazeuse mise en bouteille. Il s'agit plutôt d'un produit équivalent obtenu grâce à un procédé. Les composants de l'eau Perrier que sont l'eau et le gaz carbonique proviennent de la source Perrier, mais chacun d'eux est extrait séparément. L'eau est prélevée au moyen d'un trou de sondage à une profondeur de 40 mètres dans la formation aquifère de la source Perrier, et le gaz carbonique est prélevé d'une eau profonde saturée de CO₂ au moyen d'un trou de sondage, à une profondeur d'environ 450 mètres. Les deux éléments sont expédiés à l'usine d'embouteillage Perrier et, après conditionnement, ils sont à nouveau combinés pour créer le produit final.

La combinaison et les conditionnements qui s'y rattachent sont nécessaires pour deux raisons qui méritent d'être mentionnées. Premièrement, la nouvelle combinaison permet de contrôler strictement les niveaux de saturation en CO₂, ce qui assure une uniformité qui ne saurait être obtenue naturellement. Deuxièmement, et c'est ce qui importe le plus, à l'état naturel, le CO₂ de la source Perrier renferme des impuretés qui, pour des raisons commerciales et sanitaires, doivent être éliminées par filtrage avant que le produit final ne puisse être vendu. L'une de ces impuretés est l'acide sulfurique. Il s'agit d'un gaz mortel, même en faibles concentrations, et il imprègne toute substance qui en renferme d'une odeur d'œufs pourris. Une autre impureté est le benzène, un autre gaz toxique même en faibles concentrations. Au nombre des autres impuretés éliminées lors du filtrage, mentionnons l'azote, l'hélium, l'argon, le néon et certains hydrocarbures, comme l'éthane, le méthane, le propane et le toluène.

Après la nouvelle combinaison et la mise en bouteille, le produit peut être offert en vente. L'eau Perrier embouteillée renferme environ 6 500 mg/l de gaz carbonique. Cette concentration correspond à peu près au niveau de saturation que l'on trouverait dans l'eau de la source Perrier à une profondeur de 40 mètres. Je m'exprime au conditionnel, car les deux trous de sondage forés à la source Perrier ont modifié la pression à l'intérieur du système, et les niveaux de CO₂ sont désormais sensiblement inférieurs à ce qu'ils auraient été en l'absence de tels trous.

THE DECISIONS AT FIRST AND SECOND INSTANCE

The Tribunal decided that Perrier is a “carbonated beverage” and is therefore subject to tax. In so deciding, the Tribunal first noted that the language used in the English and the French versions of the Act contains an apparent conflict requiring reconciliation. The French version uses the word “*boisson*”, which the Tribunal took to mean any liquid that can be drunk. However, the English equivalent, “beverage”, seemed to the Tribunal to have a more restricted meaning, referring generally to prepared drinks and ordinarily excluding water. The Tribunal thus attempted to reconcile the English and French versions by selecting a meaning common to both, and consistent with the purpose and general scheme of the Act.

The Tribunal looked for traces of such a scheme within the context of section 1. It noted that paragraphs 1(a), (b), and (d) all list beverages that require a certain degree of preparation. This suggested that the beverages contemplated by paragraph 1(c) would likewise be of a prepared sort. This view was reinforced, in the Tribunal’s opinion, by the presence of the word “carbonated” in paragraph 1(c), which implies an action or process through which CO₂ is added. It thus seemed to the Tribunal that a common meaning of the French and English versions could be found in the notion of “prepared drink” and that this meaning respected the scheme apparent in section 1. Implicit in this conclusion is that the English word “beverage” does not necessarily exclude water, and that the French word “*boisson*” does not necessarily include water; but both may include water if it is a prepared drink. And because Perrier, in the Tribunal’s view, is a prepared drink, it is a “carbonated beverage”. The Tribunal stated [at page 2425]:

... if water is submitted to a process that adds CO₂ in such a way as to increase the volume of that gas dissolved in the water beyond the concentration level of carbon dioxide found in nature at surface level, water becomes a “carbonated beverage” or “*boisson gazeuse*”.

LES DÉCISIONS RENDUES EN PREMIÈRE ET DEUXIÈME INSTANCES

Le Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) a conclu que l’eau Perrier était une «boisson gazeuse» et, par conséquent, était assujettie à la taxe. Pour arriver à cette conclusion, le Tribunal fait tout d’abord remarquer que les versions anglaise et française de la Loi semblent renfermer une contradiction qui justifie une conciliation. Dans la version française, le mot «boisson» est utilisé, et le Tribunal conclut que ce terme désigne tout liquide pouvant être bu. Cependant, pour le Tribunal, l’équivalent anglais «*beverage*» semble avoir un sens plus restreint et désigner généralement une boisson préparée, habituellement à l’exclusion de l’eau. Le Tribunal a donc tenté de concilier les versions française et anglaise en optant pour une signification commune aux deux termes et compatible avec l’objet de la Loi et l’intention générale du législateur.

Le Tribunal a recherché des indices de cette intention dans le libellé de l’article 1. Il fait remarquer que les alinéas 1a), b) et d) énumèrent tous des boissons qui nécessitent une certaine préparation, ce qui indiquerait que les boissons visées à l’alinéa 1c) feraient également l’objet d’une préparation. Selon le Tribunal, ce point de vue serait confirmé par l’utilisation du mot «gazeuses» à l’alinéa 1c), lequel implique une action ou un procédé grâce auquel le CO₂ est ajouté. Il a donc semblé au Tribunal que le rapprochement des versions française et anglaise pouvait reposer sur la notion de «boisson préparée», ce qui respectait l’intention apparemment sous-jacente à l’article 1. Il découle tacitement de cette conclusion que le mot anglais «*beverage*» n’exclut pas nécessairement l’eau et que le mot français «boisson» ne l’inclut pas nécessairement, mais que les deux peuvent englober l’eau s’il s’agit d’une boisson préparée. Et comme, de l’avis du Tribunal, l’eau Perrier est une boisson préparée, il s’agit d’une «boisson gazeuse». Le Tribunal dit ce qui suit [à la page 2425]:

... si l’eau est soumise à un processus permettant d’y ajouter du CO₂ de façon à augmenter le volume de ce gaz dissous dans l’eau au-delà du niveau de concentration qu’on retrouve dans l’eau à la surface, l’eau devient une «boisson gazeuse» ou un «*carbonated beverage*».

It had been argued that Perrier was a naturally sourced product which is subjected to only minimal forms of processing. The Tribunal considered the nature of Perrier water, however, and concluded that it was a prepared product. It stated [at page 2426]:

... Perrier water falls precisely within the range of “carbonated beverages” that Parliament had in mind when the Act was amended in 1985, i.e., liquids for drinking that have been through a certain process or preparation during which a given quantity of carbon dioxide was added The water was purposefully carbonated and the purposeful addition of CO₂ made the resulting product a beverage and hence taxable.

The appeal was accordingly dismissed.

During the hearing before the Trial Judge, counsel for the appellants presented a range of arguments intended to undermine the Tribunal decision. One primary argument was that English dictionaries tend to exclude water from the scope of the definition of “beverage”. The Trial Judge attached little weight to this argument and suggested [at page 389] that the many dictionary definitions “indicate that there is both a broad and a narrow usage of the term beverage.” She furthermore suggested that ordinary uses of the word “beverage” confirms that the word means a variety of things in different contexts. As a result, the Trial Judge was not persuaded that word “beverage” in paragraph 1(c) should be restrictively interpreted to exclude water.

Counsel also presented a large number of primarily American cases, and including one from the Ontario Court of Appeal, where the meaning of beverage was in issue. The Trial Judge did not see the relevance of the cases. According to her, they were generally directed to different issues and were drawn from a background of disparate types of legislation.

Another important argument presented by counsel was that the phrase “carbonated beverages” was intended to include only artificially carbonated beverages, and that Perrier, being a natural product, was therefore excepted. The Trial Judge was also unpersuaded by this argument. She stated [at page 392]:

Il a été plaidé que l'eau Perrier est un produit de source naturelle qui ne subit que très peu de conditionnement. Le Tribunal tient toutefois compte de la nature de l'eau Perrier et conclut qu'il s'agit d'un produit préparé. Il dit ce qui suit [à la page 2426]:

... l'eau Perrier entre précisément dans la catégorie de «boissons gazeuses» que la modification législative de 1985 visait, à savoir les liquides destinés à être bus qui sont assujettis à une action ou un processus au cours duquel une quantité donnée de dioxyde de carbone a été ajoutée . . . L'eau a été intentionnellement gazéifiée, et l'ajout intentionnel de CO₂ fait du produit fini une boisson taxable.

L'appel est par conséquent rejeté.

À l'audience devant la Section de première instance, les avocats des appelantes ont présenté un certain nombre d'arguments militant contre la décision du Tribunal. Le principal était que les dictionnaires de langue anglaise tendent à exclure l'eau de la définition de «beverage». Le juge de première instance accorde peu d'importance à cet argument et laisse entendre [à la page 389] que de nombreuses définitions du dictionnaire «montrent que le mot “beverage” est employé tant au sens large qu'au sens strict». Elle ajoute que les emplois ordinaires du mot «beverage» confirment que ce mot a différentes significations selon le contexte. Elle n'est donc pas convaincue que le terme «beverage», employé à l'alinéa 1c), devrait être interprété restrictivement de façon à exclure l'eau.

Les avocats des appelantes ont également cité un grand nombre d'arrêts de jurisprudence, principalement américains, y compris cependant une décision de la Cour d'appel de l'Ontario où il est question du sens du mot «beverage». Le juge de première instance ne considère pas ces arrêts comme pertinents. Selon elle, ils portent généralement sur d'autres questions et sont issus de l'application de types de textes législatifs tous différents.

Un autre argument important portait que l'expression «boissons gazeuses» visait à englober uniquement les boissons artificiellement gazeuses et que l'eau Perrier, étant un produit naturel, n'était donc pas visée. Cet argument ne convainc pas non plus le juge de première instance [à la page 392]:

It seems to me that many natural products which have been subjected to minimal processing are included in the taxable items. If one had to find a common classification to describe the types of items that are taxed, I think one would say that these are all of a type which are luxuries or which are nutritionally non-essential, e.g. alcoholic beverages, candies, chewing gum. I have not been convinced that reading the words "carbonated beverages" in the light of the purpose of the Act and in the context of the Act's provisions as a whole, leads to the conclusion that only artificially manufactured carbonated beverages are intended to be encompassed therein.

The Trial Judge dismissed the appeal.

ANALYSIS

The issue on these appeals is substantially as presented to both the Tribunal and the Trial Judge, and can be simply stated: is Perrier water a "carbonated beverage"? The issue is primarily one of statutory interpretation and involves answering two questions in succession. First, does the term "beverage" in section 1 include water? Second, is the phrase "carbonated beverage" confined to artificially carbonated beverages or does it also contemplate those which are naturally carbonated?

"Beverage"

The appellants contend that Perrier water is not a "beverage" because that term, when construed in its ordinary and popular sense, excludes water. This is evidenced, they suggest, by the large number of English and American dictionaries that define "beverage" as expressly excluding water. To be sure, the Court was referred to a long list of such definitions, some from dictionaries bearing very unfamiliar names, and indeed many of these definitions are as unambiguous as the appellants suggest. On the other hand, there are dictionary meanings which disagree and indicate that "beverage" does not exclude water. The *Concise Oxford Dictionary*, (8th ed.), for example, defines "beverage", simply as "a drink". The *Concise Oxford Dictionary*, of course, is not an insignificant source for

Il me semble que de nombreux produits naturels qui ont été assujettis à un conditionnement minime font partie des articles assujettis à la taxe. Je crois que s'il fallait trouver une catégorie commune pour décrire les types d'articles qui sont assujettis à la taxe, on dirait qu'il s'agit dans tous les cas de denrées superflues ou qui ne sont pas essentielles à la nutrition, par exemple, les boissons alcooliques, les bonbons, la gomme à mâcher. Je ne suis pas convaincue qu'en interprétant les mots «boissons gazeuses», compte tenu de l'objet de la Loi et du contexte des dispositions de la Loi dans son ensemble, on arrive à la conclusion selon laquelle seules les boissons gazeuses artificiellement fabriquées sont destinées à être visées.

Le juge de première instance rejette l'appel.

^c ANALYSE

La question que soulèvent les appels, qui est essentiellement celle dont ont été saisis le Tribunal et le juge de première instance, peut simplement être énoncée comme suit: l'eau Perrier constitue-t-elle une «boisson gazeuse»? Dès lors, la Cour doit principalement se livrer à une interprétation législative et répondre successivement à deux questions. Premièrement, le mot «boisson» (*beverage*) employé à l'article 1 comprend-t-il l'eau? Deuxièmement, le terme «boissons gazeuses» (*carbonated beverage*) vise-t-il uniquement les boissons artificiellement gazeuses ou englobe-t-il également les boissons naturellement gazeuses?

«Boisson» (*beverage*)

Les appelantes soutiennent que l'eau Perrier n'est pas une «boisson» (*beverage*), car ce terme, dans son sens ordinaire et répandu, exclut l'eau. C'est ce qui ressort, selon elles, d'un grand nombre de dictionnaires anglais et américains qui définissent le terme «*beverage*» comme excluant expressément l'eau. La Cour a certes été saisie d'une liste exhaustive de ces définitions, certaines d'entre elles étant tirées de dictionnaires très peu connus, et bon nombre de ces définitions sont aussi claires que les appelantes le prétendent. Par contre, les définitions de certains dictionnaires ne concordent pas et indiquent que «*beverage*» n'exclut pas l'eau. Par exemple, selon le *Concise Oxford Dictionary* (8^e édition), le mot «*beverage*» signifie simplement «*a drink*». Il ne s'agit

the meanings of English words, especially in Canada. The definitions above suggest that the range of ordinary and acceptable uses of the word “beverage” clearly includes water within its scope.

Although they are often used to advantage by courts in proper cases, this Court is not bound by dictionary definitions. Statutory construction has never been merely a matter of consulting dictionaries. Nor is it an exercise of counting the number of dictionaries that support a particular meaning. It is a more sophisticated exercise than that. A fundamental principle of statutory construction is that words are to be construed in their ordinary and popular sense. This process is often assisted by the many good dictionaries to which a Court may look for help. But this technique is only one among many required to interpret a document as specialized as a statute.

Counsel also referred to a number of cases where the meaning of “beverage” was in issue. One of these cases was an Ontario Court of Appeal decision *R. v. Rouse*. That case dealt with branded or trade marked milk bottles, and turned on the question of whether milk was a beverage. In deciding the matter, the Court of Appeal found that milk was not a beverage for the purpose of the provision in question because a beverage is “generally a drink artificially prepared”. In dealing with this case, the Trial Judge stated [at pages 390-391]:

This would seem to be an example of the adage that hard cases make bad law. I note that while the Court of Appeal upheld the trial judge, the Court of Appeal did not give reasons of its own. Also, there would appear to have been a decision of the Nova Scotia Court of Appeal going the other way. The *Rouse* case is old. It relates to a different type of legislation from that in issue here and, frankly, its reasoning is not strong.

Although this treatment by the Trial Judge was criticized by counsel for the applicant, I cannot say that this reasoning was wrong. The other cases referred to were mainly American, which the Trial Judge felt were distinguishable by their context. I cannot find fault with her analysis.

évidemment pas d'un ouvrage mineur dans l'interprétation des mots anglais, spécialement au Canada. Il ressort des définitions susmentionnées que le mot «beverage», compte tenu des différents emplois ordinaires et acceptables, désigne clairement l'eau.

Même si elles sont souvent utiles aux tribunaux dans les cas qui s'y prêtent, les définitions du dictionnaire ne lient pas la Cour. L'interprétation d'un texte législatif n'a jamais simplement reposé sur la consultation de dictionnaires. Il ne s'agit pas non plus de dénombrer les dictionnaires qui confirment un sens particulier. L'exercice est plus subtil. Un principe fondamental de l'interprétation législative veut que les mots doivent être interprétés selon leur sens ordinaire et répandu. Cette démarche s'appuie souvent sur la consultation de nombreux bons dictionnaires. Mais il ne s'agit que de l'un des moyens utilisés pour interpréter un document aussi spécialisé qu'une loi.

Un certain nombre de décisions dans lesquelles le sens du mot «boisson» (*beverage*) était en cause ont été citées. L'une d'elles est l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. v. Rouse*. Dans cette affaire portant sur des bouteilles de lait marquées ou portant une marque de commerce, il a été question de savoir si le lait est une boisson. Dans sa décision, la Cour d'appel conclut que le lait n'est pas une boisson aux fins de la disposition en cause, car une boisson est [TRADUCTION] «en général, artificiellement préparée». Le juge de première instance dit ce qui suit relativement à cette affaire [aux pages 390 et 391]:

Cela semblerait être un exemple de l'adage selon lequel les cas d'exception font de mauvaises règles de droit. Je remarque que la Cour d'appel a confirmé la décision du juge de première instance, mais qu'elle n'a pas prononcé de motifs. De plus, il semblerait que la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse ait rendu une décision contraire. L'arrêt *Rouse* est ancien. Il se rapporte à une loi d'un type différent de celui dont il est ici question et, franchement, le raisonnement qui y est fait n'est pas fort.

Bien que ce traitement du juge de première instance ait été critiqué par les avocats des appelantes, je n'y vois rien de fautif. Les autres décisions citées étaient principalement d'origine américaine, et le juge de première instance a estimé qu'une distinction pouvait être établie avec elles en raison de leur contexte. Je ne vois par d'erreur dans son analyse.

An analysis of the French version of the legislation is most helpful. Subsection 18(1) of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] states that the French and English versions of an Act are equally authoritative. This statement requires that, where the ordinary meanings of the French and English versions of a statute seem to point in different directions, the Court is obliged to choose an interpretation that best reconciles the wording used in both. MacGuigan J.A. commented on this obligation in *Nitrochem Inc. and Deputy M.N.R. (Customs and Excise)* as follows:

With respect to the reconciliation of English and French texts, a judge's responsibility is not to seek some primary instance of ordinary usage in one language to which the meaning in the other language must be made to conform, but rather to try to grasp the whole meaning in both languages.

The appellants have urged that we do what MacGuigan J.A. above suggests should not be done, that is, to accept "some primary instance of ordinary usage" in the English language version to which the French version would then be made to conform. The French version of section 1 uses "*boisson*" as the equivalent of three different English words used in the legislation, they being "drink", "water" and "beverage". Several observations may be made about this use of "*boisson*". First, it is a term of general meaning. It is not like the English word "beverage", which ordinarily connotes a more specialized sort of drink. Rather, "*boisson*" ordinarily designates any kind of drink. Its primary definition given by *Petit Robert 1* is "*Tout liquide qui se boit.*" Translated, this definition means simply "a liquid suitable for drinking". Water is certainly such a liquid.

As a second observation, I note that the closest French equivalent to the English word "beverage" is not "*boisson*" but "*breuvage*". This latter term, as its spelling suggests, is the etymological equivalent to "beverage". One of the meanings of "*boisson*" set out in *Petit Robert 1* is "*breuvage*". Not surprisingly, the popular meanings of the two words are very similar. Again as given by *Petit Robert 1*, the primary definition of "*breuvage*" is:

L'analyse du libellé français de la disposition législative est des plus utiles. Selon le paragraphe 18(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] les versions française et anglaise d'une loi ont même valeur. Il s'ensuit donc que, lorsque le sens ordinaire des libellés français et anglais d'une loi semblent aller dans les directions différentes, la Cour est tenue d'opter pour l'interprétation qui concilie le mieux les termes employés dans les deux versions. Dans *Nitrochem Inc. et Sous-M.R.N. (Douanes et accise)*, le juge MacGuigan, J.C.A. fait les observations suivantes au sujet de cette obligation:

Pour ce qui est de la conciliation des textes anglais et français, la responsabilité du juge ne consiste pas à chercher quelque cas fondamental d'usage courant dans une langue, auquel le sens dans l'autre devrait se conformer, il doit plutôt tenter de saisir le sens complet du mot dans les deux langues.

Les appelantes ont pressé la Cour de faire ce qui, selon le juge MacGuigan, devrait être évité, c'est-à-dire accepter un «cas fondamental d'usage courant» dans le libellé anglais, auquel sens la version française devrait alors se conformer. Dans sa version française, l'article 1 emploie le mot «boisson» comme équivalent de trois mots différents employés en anglais, soit «*drink*», «*water*» et «*beverage*». Plusieurs remarques peuvent être formulées au sujet de l'emploi du terme «boisson». Premièrement, celui-ci a une portée générale. Contrairement au mot anglais «*beverage*», qui désigne ordinairement une sorte de boisson plus spécialisée, le mot «boisson» renvoie habituellement à tout ce qui peut être bu. La principale définition que renferme le *Petit Robert 1* est «Tout liquide qui se boit», ce qui englobe certainement l'eau.

Deuxièmement, je fais remarquer que le mot français qui se rapproche le plus du mot anglais «*beverage*» n'est pas «boisson», mais «breuvage». Comme sa graphie l'indique, ce dernier terme est l'équivalent étymologique du mot «*beverage*». L'une des significations de «boisson», dans le *Petit Robert 1*, est «breuvage». Il n'est pas étonnant que le sens généralement attribué à l'un et l'autre des deux mots soit très semblable. La principale définition du mot

1. *Boisson d'une composition spéciale ou ayant une vertu particulière.*

Translated somewhat literally, this definition reads: "A drink having a special composition (mix) or particular property (characteristic)." What is important about this definition is not its exactly translated meaning, but the simple fact that a "*breuvage*" is a specialized form of a "*boisson*". This much is plain from the definition and reinforces the first observation that the French version deliberately chose a term with a general rather than a specific meaning.

Counsel for the appellants referred the Court to a document published by l'Office de la langue française in the Province of Quebec,⁵ where it suggests that the words "*boisson gazeuse*" (carbonated beverage) be used to denote soft drinks or soda pop, and that "*eau gazeuse*" (carbonated water) be employed to describe "*les eaux minérales gazeuses*" (carbonated mineral water). This publication also stated "*boisson englobe eau, eau n'englobe pas boisson,*" (beverage includes water, water does not include beverage) which contradicts the submissions counsel made earlier. As interesting as this document is, and though it may be influential in improving French usage in the future, its advice, like that of the dictionaries, cannot bind this Court. Thus, in my view, since both versions of the legislation are equally authentic, and since we must adopt the meaning that both versions share, "beverage" and "*boisson*", as used in the legislation, both mean any type of drink, including water.

If a server in a Canadian restaurant asked a customer which "beverage" to bring and the customer responded, "Perrier, please", would the server be surprised that the customer thought that Perrier was a beverage? I think not. Would the server respond to the customer saying, "Perrier is a water, and I shall bring it, but do you want a 'beverage' as well?" I think not. In our common speech, most Canadians, in my view, would include water, especially sparkling water, within the meaning of beverage, despite the many dictionary definitions excluding it. Similarly, if a server in French-speaking Canada asked what the customer

«breuvage» que renferme le *Petit Robert 1* est la suivante:

1. *Boisson d'une composition spéciale ou ayant une vertu particulière.*

Ce qui importe à l'égard de cette définition, ce n'est pas son sens littéral, mais le simple fait qu'un «breuvage» soit une forme spécialisée de «boisson». Cela ressort manifestement de la définition et confirme la première observation selon laquelle, dans la version française, le législateur a délibérément choisi un terme dont la portée est générale, et non restreinte.

Les appelantes ont attiré l'attention de la Cour sur un document publié par l'Office de la langue française du Québec⁵, dans lequel il est recommandé d'utiliser le terme «boisson gazeuse» pour désigner une boisson rafraîchissante ou un soda et le terme «eau gazeuse» pour désigner «les eaux minérales gazeuses». La publication précise également que «boisson englobe eau, eau n'englobe pas boisson», ce qui contredit les prétentions antérieures des avocats. Aussi intéressant que puisse être ce document, et bien qu'il puisse avoir un effet sur l'amélioration du français dans l'avenir, ses recommandations, non plus que les définitions des dictionnaires, ne lient pas la Cour. Par conséquent, les deux versions de la disposition législative ayant même valeur et la Cour étant tenue d'adopter la signification commune aux deux versions, j'estime que les mots «beverage» et «boisson», employés dans la Loi, désignent toute sorte de boisson, y compris l'eau.

Si, dans un restaurant canadien, un serveur demande à un client quel «breuvage» il doit lui apporter et que le client lui répond «Un Perrier, s'il vous plaît», le serveur sera-t-il étonné que le client pense qu'une eau Perrier est un breuvage? Je ne le crois pas. Le serveur répondra-t-il au client «Un Perrier, c'est de l'eau, et je vais vous en apporter, mais désirez-vous également un «breuvage»? Je ne le pense pas. Dans le langage courant, la plupart des Canadiens, selon moi, incluraient l'eau, et particulièrement l'eau pétillante, dans la définition de breuvage, bien que les nombreuses définitions des dictionnaires l'excluent. De même, si

wished as a “*boisson*”, the response “Perrier” would not surprise the server. No one would think that Perrier is not a “*boisson*”, despite the advice of the Office de la langue française. Though the word may not always be used to refer to water, therefore, I am of the opinion that it is more natural to interpret “beverage” as including water.

“Carbonated Beverages”

The second question concerns whether the phrase “carbonated beverages” refers only to artificially carbonated beverages, or whether it also contemplates naturally carbonated beverages. Paragraph 1(c) clearly includes artificially carbonated products. As to whether it includes naturally carbonated drinks, I need not decide the issue, for on the facts as found in these cases, Perrier water is not a naturally carbonated product. What one finds in a bottle of Perrier is not what emerges at the Source Perrier. The final product in the Perrier bottle is the result of a significant production process. The CO₂ is sourced, extracted, filtered, liquefied if stored, and eventually reconstituted with the Source Perrier artesian water. The reconstitution is itself an exacting production process where the water is impregnated with the processed CO₂ to create a product with a CO₂ saturation level measurably consistent across production batches. Gone, therefore, is the saturation inconsistency of the unprocessed waters of the Source Perrier. Gone also are the poisonous gases, the putrid stench, and a variety of other impurities inhabiting the unprocessed CO₂. Consequently, Perrier water is not a naturally carbonated product, but it certainly is a carbonated beverage. I leave to future cases to decide precisely of what a naturally carbonated drink consists and whether paragraph 1(c) of part V of Schedule III covers such a “*boisson*”.

Counsel also referred to a Tariff Board decision, *Grand Specialties Ltd. and Deputy M.N.R. (Customs and Excise) and Office Général des Eaux Minérales*,^j where the interpretation issue in question, which arose

dans une région francophone du Canada, un serveur demande à un client s’il veut une «boisson», le fait que ce dernier réponde «Une eau Perrier.» ne surprendra pas le serveur. Nul n’imaginerait qu’une eau Perrier n’est pas une «boisson», malgré la recommandation de l’Office de la langue française. Même si le mot ne désigne pas toujours l’eau, je suis d’avis qu’il est plus naturel de considérer que le mot «boisson» (*beverage*) comprend l’eau.

«Boissons gazeuses»

La deuxième question litigieuse consiste à déterminer si l’expression «boissons gazeuses» ne renvoie qu’aux boissons artificiellement gazeuses ou si elle englobe également les boissons naturellement gazeuses. L’alinéa 1c) vise clairement les produits artificiellement gazeux. Il n’est pas nécessaire que je tranche la question de savoir s’il s’applique également aux boissons naturellement gazeuses, car il ressort des faits de l’espèce que l’eau Perrier n’est pas un produit naturellement gazeux. Ce que l’on trouve dans une bouteille d’eau Perrier n’est pas ce qui jaillit de la source Perrier. Le produit final que contient une bouteille d’eau Perrier est le résultat d’un important procédé de fabrication. Le CO₂ est détecté, extrait, filtré et liquéfié s’il est emmagasiné, puis combiné à l’eau de la source artésienne Perrier. La combinaison est en elle-même un procédé de fabrication exigeant dans le cadre duquel l’eau est imprégnée du CO₂ conditionné afin de créer un produit dont le niveau de saturation en CO₂ est uniforme d’un lot à l’autre. Les écarts de saturation entre les eaux non conditionnées provenant de la source Perrier sont donc supprimés. Il en va de même des gaz toxiques, de l’odeur nauséabonde et des différentes autres impuretés que renferme le CO₂ non conditionné. En conséquence, l’eau Perrier n’est pas un produit naturellement gazeux, mais elle est certainement une boisson gazeuse. Je laisse à d’autres le soin de déterminer ce qu’est précisément une boisson naturellement gazeuse et de décider si l’alinéa 1c) de la partie V de l’annexe III vise une telle «boisson».

L’appelante a également cité la décision de la Commission du tarif dans *Grand Specialties Ltd. et Sous-M.R.N. (Douanes et accise) et Office Général des Eaux Minérales*, où la question d’interprétation en

out of a different statute, was whether flavoured Perrier was a “prepared beverage” or whether it was a “natural mineral water”. In deciding the matter, the Board stated:

The goods are the product of a high speed automated process in which small measured amounts of a natural flavouring are injected into the natural mineral water during the bottling process. The result is a mineral water with a less than overpowering but distinctive odour and taste different from mineral water that does not have the flavouring added. The difference is enough to warrant marketing each of the flavours offered under different labels. It is a product different from the unflavoured product as constituted by nature and it is not a natural mineral water. [Underlining added.]

Counsel argues that this statement supports the view that unflavoured Perrier water, the subject-matter of these appeals, is a natural mineral water and, hence, is not a “carbonated beverage”. It seems to me that the above decision, even if it were binding on this Court, does not have quite the suggestive power counsel believes. The issue presently before us was not before the Board, nor was the subject-matter of this case, unflavoured Perrier. Furthermore, these cases and the above Tariff Board case deal with two different statutes.

In the result, these appeals will be dismissed with costs.

STONE J.A.: I agree.

STRAYER J.A.: I agree.

¹ [1936] 4 D.L.R. 797 (Ont. C.A.).

² The section reads as follows:

18. (1) the statutes, records and journals of Parliament shall be printed and published in English and French and both language versions are equally authoritative.

³ (1984), 8 C.E.R. 58 (F.C.A.), per MacGuigan J.A.

⁴ *Ibid.*, at p. 62.

⁵ Guide d'interrogation du doc de l'Office de la langue française.

⁶ (1987), 13 C.E.R. 233 (T.B.).

⁷ *Ibid.*, at p. 239.

cause, que soulevait une autre loi, était de savoir si l'eau Perrier aromatisée constituait une «boisson préparée» ou s'il s'agissait d'une «eau minérale naturelle». La Commission conclut ce qui suit:

a Ces marchandises sont le produit d'un procédé automatique à grande vitesse qui permet d'ajouter de petites quantités mesurées d'aromatisants naturels à l'eau minérale naturelle pendant l'embouteillage. Le produit ainsi obtenu dégage une odeur, caractéristique mais peu prononcée, et un goût différent de ceux de l'eau minérale à laquelle aucun aromatisant n'a été ajouté. La différence est suffisante pour justifier une commercialisation de chacune des saveurs offertes sous des désignations différentes. Il s'agit en effet d'un produit différent du produit non aromatisé tel que produit par la nature et non d'une eau minérale naturelle.
 b [C'est moi qui souligne.]
 c

Les avocats des appelantes font valoir que cet extrait confirme le point de vue selon lequel l'eau Perrier non aromatisée, qui fait l'objet des présents appels, est une eau minérale naturelle et, par conséquent, n'est pas une «boisson gazeuse». Il me semble que cette décision, même si elle liait la Cour, n'est pas aussi concluante qu'on ne le prétend. La Commission n'était pas appelée à trancher la question dont la Cour est actuellement saisie, et l'affaire ne portait pas sur l'eau Perrier non aromatisée. De plus, les présentes espèces et l'affaire dans laquelle la Commission du tarif a statué ont trait à l'application de deux lois différentes.

En conséquence, les présents appels sont rejetés avec dépens.

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je souscris.

LE JUGE STRAYER, J.C.A.: Je souscris.

¹ [1936] 4 D.L.R. 797 (C.A. Ont.).

² Voici le texte de la disposition:

18. (1) Les lois, les archives, les comptes rendus et les procès-verbaux du Parlement sont imprimés et publiés en français et en anglais, les deux versions des lois ayant également force de loi et celles des autres documents ayant même valeur.

³ (1984), 8 C.E.R. 58 (C.A.F.), le juge MacGuigan, J.C.A.

⁴ *Ibid.*, à la p. 62.

⁵ Guide d'interrogation du doc de l'Office de la langue française.

⁶ (1987), 13 C.E.R. 233 (C.T.).

⁷ *Ibid.*, à la p. 239.

T-527-90

T-527-90

Jonh Morrisonn (*Plaintiff*)Jonh Morrisonn (*demandeur*)

v.

c.

Her Majesty the Queen in right of Canada (*Defendant*)^a Sa Majesté la Reine du chef du Canada (*défenderesse*)

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

RÉPERTORIÉ: MORRISONN c. CANADA (1^{re} INST.)

Trial Division, Hargrave P.—Vancouver, December 4 and 13, 1995.

^b Section de première instance, protonotaire Hargrave—Vancouver, 4 et 13 décembre 1995.

Practice — Dismissal of proceedings — Want of prosecution — No steps taken in action since defence filed in 1990 — Stay of execution of order to sell land in related proceeding in provincial superior court based on statement in affidavit plaintiff instructing counsel to proceed with this action in 1993 — Motion allowed — (1) Delay inordinate, particularly as stay of execution granted based on affidavit — (2) No reasonable explanation for delay — That defendant's counsel not answering letter from plaintiff's counsel in 1993 no excuse — Financial difficulties, unemployment possible excuse, but for 1993 affidavit — (3) Defendant likely seriously prejudiced by delay — Witness whose statement 7 1/2 years ago could prove defendant's defence now unable to give relevant evidence.

Pratique — Rejet des procédures — Défaut de poursuivre — Aucune mesure prise dans l'action depuis le dépôt de la défense en 1990 — Sursis à l'exécution d'une ordonnance de vendre des terrains accordé dans une procédure connexe intentée devant une cour supérieure provinciale par suite de la déclaration par affidavit du demandeur selon laquelle il avait donné instruction à son avocat de poursuivre l'action en 1993 — Requête accueillie — (1) Retard excessif, compte tenu surtout qu'un sursis à l'exécution d'une ordonnance a été accordé sur la base d'un affidavit — (2) Aucune explication raisonnable pour justifier le retard — Le fait que l'avocat de la défenderesse n'a pas répondu à une lettre de l'avocat du demandeur en 1993 n'est pas une excuse valable — Les difficultés financières et l'état de chômeur du demandeur auraient pu être des excuses valables, n'eut été de l'affidavit de 1993 — (3) Le retard causera vraisemblablement un préjudice grave à la défenderesse — Le témoin, dont la déclaration, remontant à 7 1/2 ans, pourrait établir le bien-fondé de la défense, est maintenant incapable de donner un témoignage stable.

Evidence — Statement concerning activities of former employer relating to illegal importation of jewellery prepared by RCMP, signed by witness 18 months after event — Witness now unable to recall specifics — Requirement of contemporaneity more strictly enforced when witness having no independent recollection of events — Probable statement would be rejected as evidence as not contemporaneous, witness having no independent recollection of events, unable to say if allegations true.

Preuve — Déclaration concernant les activités de son ancien employeur ayant trait à l'importation illégale de bijoux préparée par la GRC, et signée par le témoin quelque 18 mois après l'événement — Le témoin est maintenant incapable de se souvenir des détails — L'exigence de la contemporanéité est appliquée de façon plus stricte quand le témoin n'a aucun souvenir personnel des événements — La déclaration serait probablement rejetée par un tribunal étant donné qu'elle n'est pas contemporaine aux faits consignés, que le témoin n'a aucun souvenir personnel de ces événements et qu'il ne peut donc dire si les allégations sont véridiques.

This was a motion to dismiss the action for want of prosecution pursuant to *Federal Court Rules*, Rule 440. In 1989 the Minister of National Revenue determined that the plaintiff was in contravention of the *Customs Act*. The plaintiff appealed the Minister's decision by these proceedings begun in February 1990. The Crown filed a defence in July 1990. In 1991 the Minister issued a certificate setting out the amount owed, which was followed by a certificate of judgment in another Federal Court proceeding, where-

Il s'agit d'une requête en vue de faire rejeter l'action pour défaut de poursuivre fondée sur la Règle 440 des *Règles de la Cour fédérale*. En 1989, le ministre du Revenu national a établi que le demandeur avait enfreint la *Loi sur les douanes*. Le demandeur en a appelé de la décision du ministre en intentant une action en février 1990. Le ministre public a déposé sa défense en juillet 1990. En 1991, le ministre a émis un certificat établissant la somme due, qui a été suivi par un certificat de jugement émis dans le cadre

upon the Attorney General brought a petition in the B.C. Supreme Court for the sale of land belonging to the plaintiff. In opposition to those sale proceedings the plaintiff swore an affidavit stating that in 1990 he had begun this Federal Court action appealing the Minister's determination of illegal importation, and that in June 1993 he had instructed his lawyer to proceed. Execution of the order to sell the land was stayed pending the outcome of this action. The plaintiff took no further steps to move this matter along. Key to the defence was the evidence of a former employee of the plaintiff. That witness is now unable to recall the specifics of any his then employer's activities relating to the illegal importation of jewellery. After reviewing the statement, apparently prepared by the RCMP and signed 18 months after the event, he has neither any recollection of the jewellery referred to nor any independent recollection of the allegations therein.

Held, the motion should be allowed.

(1) What is inordinate delay depends on the facts of each case. The delay herein was inordinate, particularly given that the stay of execution proceedings was granted based on the plaintiff's sworn statement that he had instructed counsel to proceed with the Federal Court proceedings.

(2) The plaintiff failed to give a reasonable explanation for the delay. That the plaintiff took no steps in the proceeding over a five-year period was not excused by the fact that counsel for the defendant did not answer a letter from counsel for the plaintiff in 1993. The plaintiff was well aware in 1993, mid-way through the five-year hiatus, of the passing of time but did nothing. The plaintiff's financial difficulties and the fact that he had been unemployed for the past two years might have been an arguable excuse, were it not for the 1993 affidavit assuring the B.C. Supreme Court that he would get on with the proceedings.

(3) The defendant was likely seriously prejudiced by the delay because the witness who could have proven the defence was unable to give any relevant evidence. A witness may refresh memory for testifying at trial by using notes or a written statement made by the witness at, or nearly at, the time of the occurrence of an event. As to contemporaneity of the record, the Court will fix a time limit beyond which the memory of the witness may not be trusted. The requirement of contemporaneity must be more strictly enforced in the case of a witness who has no independent recollection. It is very probable that a court would reject the use of the witness' statement herein on the basis that it was not contemporaneous, particularly because the witness had no

d'une autre action devant la Cour fédérale; par la suite, le procureur général a déposé une requête devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique en vue de faire vendre des terrains appartenant au demandeur. Pour s'opposer à la vente de ces terrains, le demandeur a rédigé sous serment un affidavit attestant qu'il avait intenté la présente action devant la Cour fédérale en 1990, en appel de la décision du ministre concernant l'importation illégale de bijoux, et qu'en juin 1993 il avait donné instruction à son avocat de poursuivre cette action. Le juge a accordé un sursis à l'exécution de l'ordonnance de vendre les terrains en attendant l'issue de la présente action. Le demandeur n'a pris aucune autre mesure pour faire avancer l'action. L'élément capital de la défense repose sur le témoignage d'un ancien employé du demandeur. Ce témoin est maintenant incapable de se rappeler le détail des activités de son ancien employeur ayant trait à l'importation illégale de bijoux. Après avoir examiné la déclaration, apparemment rédigée par la GRC et signée quelque 18 mois après l'événement, il n'a aucun souvenir des bijoux dont il est fait mention ni aucun souvenir personnel des allégations qui y sont portées.

Jugement: la requête doit être accueillie.

(1) Ce qui constitue un retard excessif tient aux faits de chaque cas. En l'espèce, le retard peut être qualifié d'excessif en raison surtout du fait que le sursis à la procédure d'exécution a été accordé parce que le demandeur a déclaré sous serment, dans un affidavit, qu'il avait donné instruction à son avocat de poursuivre l'action devant la Cour fédérale.

(2) Le demandeur n'a pas donné d'explication raisonnable pour justifier le retard. L'inaction totale du demandeur sur une période de cinq ans ne peut se justifier par le fait que l'avocat de la défenderesse n'a pas répondu à une lettre de l'avocat du demandeur en 1993. Le demandeur était parfaitement au courant en 1993, soit à mi-chemin de l'intervalle de cinq ans, que le temps passait, mais il n'a pris aucune mesure. Les difficultés financières du demandeur et le fait qu'il soit en chômage depuis deux ans pourraient constituer une excuse valable, si ce n'était de l'affidavit déposé en 1993 devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique assurant celle-ci que le demandeur s'engageait à poursuivre l'action.

(3) La défenderesse a probablement subi un préjudice grave en raison du retard parce que le témoin qui aurait pu établir le bien-fondé de la défense est incapable de livrer un témoignage fiable. Un témoin peut raviver sa mémoire, pour témoigner à l'instruction, en consultant ses notes ou une déclaration qu'il a consignée par écrit au moment des événements en question ou peu après ceux-ci. Pour ce qui a trait à la contemporanéité du document, c'est la Cour qui fixe un délai au-delà duquel on ne peut se fier à la mémoire du témoin. L'exigence de la contemporanéité doit être appliquée de façon encore plus stricte dans le cas d'un témoin qui n'a aucun souvenir personnel. Il est très probable qu'un tribunal refuserait que la déclaration du témoin en

independent recollection of the events and was unable to say if the allegations therein were true.

l'espèce soit utilisée parce qu'elle n'est pas contemporaine aux faits consignés, surtout parce que le témoin n'a aucun souvenir personnel des événements et qu'il est dans l'impossibilité de dire si les allégations qui y sont avancées sont véridiques.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Court Order Enforcement Act, R.S.B.C. 1979, c. 75.
Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 440.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Court Order Enforcement Act, R.S.B.C. 1979, ch. 75.
Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 440.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Allen v. Sir Alfred McAlpine & Sons Ltd., [1968] 2 Q.B. 229 (C.A.).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Allen v. Sir Alfred McAlpine & Sons Ltd., [1968] 2 Q.B. 229 (C.A.).

CONSIDERED:

Waterside Cargo Co-Operative v. National Harbours Board (1986), 3 F.T.R. 189 (F.C.T.D.); *Clarke v. B.C. Elec. Ry. Co.*, [1949] 1 W.W.R. 977 (B.C.S.C.); *Archibald v. The Queen* (1956), 24 C.R. 50; 116 C.C.C. 62 (Que. S.C.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Waterside Cargo Co-Operative c. Conseil des ports nationaux (1986), 3 F.T.R. 189 (C.F. 1^{re} inst.); *Clarke v. B.C. Elec. Ry. Co.*, [1949] 1 W.W.R. 977 (C.S.C.-B.); *Archibald c. La Reine* (1956), 24 C.R. 50; 116 C.C.C. 62 (C.S. Qc).

REFERRED TO:

Nichols v. Canada et al. (1990), 36 F.T.R. 77 (F.C.T.D.); *Patex Snowmobiles Ltd. v. Bombardier Ltd.* (1991), 37 C.P.R. (3d) 467; 48 F.T.R. 221 (F.C.T.D.); affd (1993), 48 C.P.R. (3d) 555; 153 N.R. 235 (F.C.A.); *Department of Transport v. Chris (Smaller) Transport Ltd.*, [1989] A.C. 1197 (H.L.); *Fraser v. Fraser* (1864), 14 U.C.C.P. 70; *Fleming v. Toronto R.W. Co.* (1911), 25 O.L.R. 317 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Nichols c. Canada et autres (1990), 36 F.T.R. 77 (C.F. 1^{re} inst.); *Patex Snowmobiles Ltd. c. Bombardier Ltée* (1991), 37 C.P.R. (3d) 467; 48 F.T.R. 221 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (1993), 48 C.P.R. (3d) 555; 153 N.R. 235 (C.A.F.); *Department of Transport v. Chris (Smaller) Transport Ltd.*, [1989] A.C. 1197 (H.L.); *Fraser v. Fraser* (1864), 14 U.C.C.P. 70; *Fleming v. Toronto R.W. Co.* (1911), 25 O.L.R. 317 (C.A.).

AUTHORS CITED

Sopinka, John *et al.* *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

DOCTRINE

Sopinka, John *et al.* *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

MOTION to dismiss the action for want of prosecution pursuant to *Federal Court Rules*, Rule 440. Motion allowed.

REQUÊTE en vue de faire rejeter l'action pour défaut de poursuivre fondée sur la Règle 440 des *Règles de la Cour fédérale*. Requête accueillie.

COUNSEL:

Justis Raynier for plaintiff.
Duff Reilly for defendant.

AVOCATS:

Justis Raynier pour le demandeur.
Duff Reilly pour la défenderesse.

SOLICITORS:

Justis Raynier, Vancouver, for plaintiff.

PROCUREURS:

Justis Raynier, Vancouver, pour le demandeur.

Hungerford, Simon, Vancouver, for defendant.

Hungerford, Simon, Vancouver, pour la défenderesse.

The following are the reasons for order rendered in English by

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

HARGRAVE P.: The defendant's motion to dismiss the plaintiff's action for want of prosecution, pursuant to Rule 440 [*Federal Court Rules, C.R.C.*, c. 663], is fairly straightforward as to the issues of inordinate delay and an excuse for the delay. The more interesting issue is that of prejudice to the defendant by reason of the delay by the plaintiff in moving along the action.

LE PROTONOTAIRE HARGRAVE: La requête de la défenderesse en vue de faire rejeter l'action du demandeur pour défaut de poursuivre, fondée sur la Règle 440 [*Règles de la Cour fédérale, C.R.C.*, ch. 663], soulève des questions assez simples pour ce qui a trait au retard excessif et à l'excuse invoquée pour justifier ce retard. La question la plus intéressante porte sur le préjudice subi par la défenderesse en raison du retard du demandeur à poursuivre son action.

BACKGROUND

By way of background, in August of 1989, the plaintiff, a Vancouver retail jeweller, was served with a notice of ascertained forfeiture under the *Customs Act* [R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1]. The Royal Canadian Mounted Police had reason to believe that in December of 1986 and in January/February of 1987 the plaintiff, operating as Saks Fourth Avenue and as Norgold Phoenix, had instructed his employee, Martin Berke, to order various items of jewellery from a San Diego, California, supplier for shipment to a Bellingham, Washington, warehouse and from there it is said that the jewellery came to Vancouver without the benefit of customs. The value of the two shipments totalled some \$25,000.

In order to establish the importation, to the satisfaction of the Minister of National Revenue, the authorities were apparently able to show the purchase of the jewellery in the United States and its arrival in Canada without passing through customs clearance for, in due course, the 1989 notice of forfeiture was served on the plaintiff. There followed, in November of 1989, the decision of the Minister of National Revenue setting out that the plaintiff was in contravention of the *Customs Act*. The plaintiff appealed the Minister's decision by these proceedings begun February 23, 1990. The Crown filed a defence in July of 1990, the last step in this action until fairly recently.

CONTEXTE

En août 1989, le demandeur, détaillant de bijoux à Vancouver, a reçu un avis de confiscation par constat en vertu de la *Loi sur les douanes* [L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1]. La Gendarmerie royale du Canada avait des raisons de croire qu'en décembre 1986 et en janvier et février 1987 le demandeur, exploitant ses entreprises sous les raisons sociales de Saks Fourth Avenue et Norgold Phoenix, avait donné instruction à son employé, Martin Berke, de commander des bijoux d'un fournisseur de San Diego, en Californie, et de les faire expédier à un entrepôt de Bellingham, dans l'État de Washington; il est allégué que les bijoux ont ensuite été réexpédiés de cet entrepôt à Vancouver sans être dédouanés. La valeur totale des deux commandes s'établissait à près de 25 000 \$.

Afin d'établir, à la satisfaction du ministre du Revenu national, qu'il y a eu importation de bijoux, les autorités ont apparemment réussi à prouver que les bijoux ont été achetés aux États-Unis et qu'ils sont entrés au Canada sans dédouanement étant donné que l'avis de confiscation de 1989 a été signifié au demandeur dans les délais prescrits. En novembre 1989, la décision du ministre du Revenu national établissant que le demandeur avait transgressé la *Loi sur les douanes* a fait suite à cet avis. Le demandeur a interjeté appel de la décision du ministre en intentant la présente action le 23 février 1990. Le ministère public a déposé sa défense en juillet 1990, et cet acte

de procédure est la dernière mesure qui a été prise dans la présente action jusqu'à tout récemment.

On April 26, 1991, the Minister issued a certificate by which he had determined that the plaintiff owed \$58,622.46, together with interest, for the illegal importation of jewellery. This was followed on April 29, 1991, by a certificate of judgment in another Federal Court proceeding, action T-1130-91.

^a Le 26 avril 1991, le ministre a émis un certificat établissant que le demandeur devait payer la somme de 58 622,46 \$, intérêt compris, pour importation illégale de bijoux. Ce certificat a été suivi le 29 avril 1991 d'un certificat de jugement émis dans le cadre d'une autre action devant la Cour fédérale portant le ^b numéro T-1130-91.

On January 10, 1993, the Attorney General of Canada brought a petition, in the B.C. Supreme Court, for the sale of land belonging to the plaintiff, the sale to be pursuant to a British Columbia *Court Order Enforcement Act* [R.S.B.C. 1979, c. 75].

Le 10 janvier 1993, le procureur général du Canada a déposé une requête, devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, en vue de faire vendre des terrains appartenant au demandeur, conformément à la *Court Order Enforcement Act* [R.S.B.C. 1979, ch. 75] de la Colombie-Britannique.

In opposition to those sale proceedings Jonn Morrisonn, the respondent in the B.C. Supreme Court, swore an affidavit setting out that he had begun this present Federal Court action in 1990 and that, in June of 1993, he had instructed his lawyer to get on with the Federal Court proceedings appealing the Minister's determination of illegal importation. As a result Mr. Justice Shaw, of the B.C. Supreme Court, granted the Crown's application to sell the land, but then stayed execution pending the outcome of this present Federal Court action.

^d Pour s'opposer à cette vente, Jonn Morrisonn, intimé devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, a fait sous serment un affidavit attestant qu'il avait intenté la présente action devant la Cour fédérale en 1990 et qu'en juin 1993 il avait donné ^e instruction à son avocat de poursuivre devant la Cour fédérale les procédures d'appel de la décision du ministre concernant l'importation illégale de bijoux. Le juge Shaw, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, a accueilli la demande de vente de ^f terrains présentée par le ministère public, mais il a ensuite accordé un sursis à l'exécution de son jugement en attendant l'issue de la présente action devant la Cour fédérale.

The plaintiff took no steps to move this Federal Court action along, notwithstanding his affidavit in the B.C. Supreme Court proceedings, of June 25, 1993, that he had instructed his lawyer to get on with the Federal Court proceedings.

^g Le demandeur n'a pris aucune autre mesure pour faire avancer l'action devant la Cour fédérale, bien qu'il eût affirmé, dans l'affidavit qu'il a déposé à la ^h Cour suprême de la Colombie-Britannique le 25 juin 1993, avoir donné instruction à son avocat de poursuivre cette action en Cour fédérale.

WANT OF PROSECUTION MOTIONS

On September 1, 1995, the defendant set down a motion to have this Federal Court action dismissed for want of prosecution. That motion was heard by Mr. Justice Rouleau, October 2, 1995. Counsel for the plaintiff appeared as an officer of the Court to advise ^j that he was unable to obtain instructions. Initially Mr.

REQUÊTES POUR DÉFAUT DE POURSUIVRE

ⁱ Le 1^{er} septembre 1995, la défenderesse a déposé une requête en vue de faire rejeter la présente action pour défaut de poursuivre. Cette requête a été entendue par le juge Rouleau, le 2 octobre 1995. L'avocat du demandeur a comparu en sa qualité d'auxiliaire de la justice pour informer la Cour qu'il était dans l'impos-

Justice Rouleau ordered that if the plaintiff failed to initiate further proceedings, or take steps to indicate that he wished to pursue the action, by October 31, 1995, the action would stand dismissed for want of prosecution, *nunc pro tunc*. Subsequently Mr. Justice Rouleau reconsidered and modified his order, allowing the plaintiff until November 6, 1995, to file such pleadings with the Court which he deemed necessary to have the matter restored, but that Her Majesty the Queen, as defendant, be allowed to move for dismissal on the merits, notwithstanding any application brought by the plaintiff.

On November 6, 1995, counsel for the plaintiff wrote to the Court to say, among other things, that he had by then received instructions to proceed, that he had set examinations for discovery for November 16, 1995, and had submitted a joint application for trial. It is not disputed that the joint application is without prejudice to the present motion. In addition, counsel for the plaintiff says that he has prepared a list of documents. Counsel for the plaintiff has also filed the record.

Notwithstanding all of this, the defendant now moves, pursuant to a motion of November 20, 1995, to have the action dismissed for want of prosecution.

CONSIDERATION

In dealing with a motion to dismiss for want of prosecution an underlying concept is not that the dilatory plaintiff, who has inexcusably delayed, ought to be penalized, but rather that the defendant be assured a fair trial of the issues. This is implicit in the criteria to be applied.

The criteria, three in number, to dismiss for want of prosecution, have been clearly established:

1. There has been inordinate delay;

sibilité d'obtenir des instructions. Le juge Rouleau a commencé par statuer que, si au 31 octobre 1995 le demandeur n'avait pas engagé d'autres procédures, ou pris d'autres mesures indiquant sa volonté de poursuivre l'action, celle-ci serait rejetée *nunc pro tunc* pour défaut de poursuivre. Après réflexion, le juge Rouleau a modifié son ordonnance, en accordant au demandeur jusqu'au 6 novembre 1995 pour déposer auprès de la Cour les plaidoiries qu'il jugeait nécessaires pour la poursuite de son action, tout en reconnaissant à sa Majesté la Reine, en tant que défenderesse, la possibilité de présenter une requête pour rejet de l'action au fond, malgré toute demande déposée par le demandeur.

Le 6 novembre 1995, l'avocat du demandeur a écrit à la Cour pour l'informer, notamment, qu'il avait depuis reçu instruction de poursuivre l'action, qu'il avait fixé la date des interrogatoires préalables au 16 novembre 1995, et qu'il joignait à la lettre une demande conjointe pour fixer la date de l'instruction. Il n'est pas contesté que la demande conjointe ne porte aucunement atteinte à la présente requête. En outre, l'avocat du demandeur indique qu'il a préparé une liste de documents et déposé le dossier.

Malgré toute ces mesures, la défenderesse demande maintenant, par voie de requête déposée le 20 novembre 1995, que l'action soit rejetée pour défaut de poursuivre.

ANALYSE

Le principe fondamental à retenir dans l'analyse d'une requête en vue de faire rejeter une action pour défaut de poursuivre n'est pas que la partie demanderesse, qui a retardé sans excuse valable la poursuite de l'action, doit être pénalisée, mais bien que la partie défenderesse soit assurée que les questions en litige seront équitablement jugées. Ce principe découle implicitement des critères applicables.

Les critères, au nombre de trois, qui doivent être réunis pour qu'une action soit rejetée pour défaut de poursuivre, ont été clairement établis:

1. Il y a eu un retard excessif;

2. The inordinate delay is inexcusable; and

2. Ce retard excessif est inexcusable; et

3. The defendant is likely to be seriously prejudiced by the delay.

3. Le retard causera vraisemblablement un préjudice grave à la partie défenderesse.

This is the essence of the three-part test set out by the Court of Appeal in *Allen v. Sir Alfred McAlpine & Sons Ltd.*, [1968] 2 Q.B. 229, at pages 268-269. The test has been used by our Court in many instances, for example, *Nichols v. Canada et al.* (1990), 36 F.T.R. 77 and *Patex Snowmobiles Ltd. v. Bombardier Ltd.* (1991), 37 C.P.R. (3d) 467; affirmed by the Federal Court of Appeal (1993), 48 C.P.R. (3d) 555. I now turn to the first branch of the test, inordinate delay.

^a Voilà l'essence du triple critère énoncé par la Cour d'appel dans l'arrêt *Allen v. Sir Alfred McAlpine & Sons Ltd.*, [1968] 2 Q.B. 229, aux pages 268 et 269. Ce critère a été utilisé par la présente Cour dans bien des causes, notamment *Nichols c. Canada et autres* (1990), 36 F.T.R. 77, et *Patex Snowmobiles Ltd. c. Bombardier Ltée* (1991), 37 C.P.R. (3d) 467; confirmé par la Cour d'appel fédérale (1993), 48 C.P.R. (3d) 555. J'aborde maintenant le premier volet du critère, c'est-à-dire le retard excessif.

Inordinate Delay

Le retard excessif

The events giving rise to this action took place in 1986 and 1987. The action itself was commenced in 1990, although I have not considered the time elapsed between the 1986/1987 events and the commencement of the action: see for example *Department of Transport v. Chris (Smaller) Transport Ltd.*, [1989] A.C. 1197 (H.L.) generally and particularly, at pages 1206-1207. The defence was filed in July of 1990. Nothing further occurred until the defendant's initial motion to strike out, filed September 1, 1995, and heard October 2, 1995, a hiatus of some five years.

^d Les événements qui sont à l'origine de la présente action se sont produits en 1986 et 1987. L'action elle-même a été intentée en 1990, mais je n'ai pas tenu compte du temps écoulé entre les événements de 1986 et 1987 et le début de l'action: voir, par exemple, *Department of Transport v. Chris (Smaller) Transport Ltd.*, [1989] A.C. 1197 (H.L.), pour une analyse des questions générales et particulières, aux pages 1206 et 1207. La défense a été déposée en juillet 1990. Aucune autre mesure n'a été prise jusqu'à ce que la défenderesse dépose sa première requête pour faire rejeter l'action le 1^{er} septembre 1995 et que celle-ci soit entendue le 2 octobre 1995; il y a donc eu un intervalle de quelque cinq ans.

Counsel for the plaintiff referred to the delays that occurred in the various cases which counsel for the defendant used in his argument. The delays in those cases ranged between five and eight years. Counsel for the plaintiff submitted that Mr. Morrison's delay, of about five years, was borderline.

^h L'avocat du demandeur fait référence aux retards notés dans les différentes causes citées par l'avocat de la défenderesse dans son plaidoyer. Ces retards s'échelonnaient sur cinq à huit ans. L'avocat du demandeur fait valoir que le cas de M. Morrison, accusant un retard de quelque cinq ans, est un cas limite.

As Lord Justice Salmon pointed out in *Allen v. Sir Alfred McAlpine & Sons Ltd.*, *supra*, at page 268, there is no set tariff of years, more, or less, that constitutes inordinate delay, but that inordinate delay is recognizable when it occurs:

ⁱ Comme lord Salmon le faisait observer dans *Allen v. Sir Alfred McAlpine & Sons Ltd.*, précité, à la page 268, il n'y a pas de barème quant au nombre d'années qui doivent s'écouler avant que l'on puisse conclure à un retard excessif, mais celui-ci est facile à reconnaître quand il se manifeste:

It would be highly undesirable and indeed impossible to attempt to lay down a tariff—so many years or more on one side of the line and a lesser period on the other. What is or is not inordinate delay must depend upon the facts of each particular case. These vary infinitely from case to case, but inordinate delay should not be too difficult to recognise when it occurs.

In the present instance the delay is recognizable as inordinate delay, particularly given the stay of execution proceedings obtained by Mr. Morrison in 1993 in the B.C. Supreme Court, for in obtaining that stay Mr. Morrison set out in his affidavit that he had given instructions that his counsel get on with the Federal Court proceedings.

Excuse for the Delay

In his affidavit of December 4, 1995, in opposition to the present motion, Mr. Morrison, by way of excuse for the delay, says that his counsel wrote to the Crown in November of 1993 in order to determine whether the file was being handled by Mr. Carruthers or Mr. Bolduk, but not receiving a reply, nothing further happened until September of this year.

While I am entitled to consider delaying actions on the part of the defendant, it is not up to a defendant to move an action along in the face of a reluctant plaintiff. In short, that the plaintiff took no steps in the proceeding, over a five-year time span from 1990 to 1995, is not excused by the fact that counsel for the defendant did not answer a letter from counsel for the plaintiff in 1993.

In *Waterside Cargo Co-Operative v. National Harbours Board* (1986), 3 F.T.R. 189 (F.C.T.D.), Mr. Justice Muldoon, in dealing with a want of prosecution motion, commented that “The equitable rule which comes to mind is that ‘Equity aids the vigilant’” (page 190) and then went to dismiss for want of prosecution, observing that the plaintiff had slept on whatever rights it had for most of five years: in the present instance it would seem that the plaintiff did not sleep on his rights, but rather was well aware, in 1993, mid-way through the five-year hiatus, of the passing of time, but did nothing.

[TRADUCTION] Il serait fort peu souhaitable, voire impossible, de tenter d’établir à cet égard un barème, une ligne de démarcation quant au nombre d’années dont il doit s’agir. Ce qui constitue un retard excessif tient nécessairement aux faits de chaque cas. Ceux-ci varient énormément d’une affaire à l’autre, mais, lorsqu’il se manifeste, le retard excessif ne devrait pas être très difficile à reconnaître.

Le retard en l’espèce peut être qualifié d’excessif en raison surtout du sursis d’exécution que M. Morrison a obtenu en 1993 devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, étant donné qu’en obtenant ce sursis M. Morrison a déclaré dans son affidavit qu’il avait donné instruction à son avocat de poursuivre l’action devant la Cour fédérale.

L’excuse invoquée pour justifier le retard

Dans son affidavit du 4 décembre 1995, s’opposant à la présente requête, M. Morrison déclare, pour justifier son retard à poursuivre, que son avocat a écrit au ministère public en novembre 1993 afin de déterminer si M. Carruthers ou M. Bolduk s’occupait du dossier, mais, ne recevant aucune réponse, il n’a pris aucune autre mesure jusqu’en septembre de cette année.

Bien que je sois habilité à examiner les moyens dilatoires exercés par la défenderesse, celle-ci n’est nullement tenue de faire avancer une action à la place d’un demandeur peu enclin à le faire. Bref, l’inaction totale du demandeur sur une période de cinq ans, soit de 1990 à 1995, ne peut se justifier par le fait que l’avocat de la défenderesse n’a pas répondu à une lettre de son avocat en 1993.

Dans la décision *Waterside Cargo Co-Operative c. Conseil des ports nationaux* (1986), 3 F.T.R. 189 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Muldoon, examinant une requête pour défaut de poursuivre, fait observer ceci: «Une règle d’*equity* vient ici spontanément à l’esprit: ‘*l’equity* sert les justiciables diligents’» (page 190); il rejette ensuite l’action pour défaut de poursuivre, en ajoutant que la partie demanderesse n’a pas fait valoir les droits qu’elle pouvait avoir pendant près de cinq ans: en l’espèce, il ne semble pas que le demandeur ait attendu passivement que lui soient reconnus ses droits, car il était parfaitement au courant, en 1993,

The plaintiff also pleads financial difficulties, together with the fact that he has been unemployed for the past two years. Now this might elicit some sympathy and perhaps could be an arguable excuse, were it not for the plaintiff's 1993 affidavit assuring the B.C. Supreme Court, in consideration of their granting a stay of the sale of his land, that he would get on with the present Federal Court proceedings. To my mind the plaintiff has failed to give a reasonable explanation for the delay.

Prejudice

The test that I must apply in considering prejudice is whether the defendant is likely to be seriously prejudiced by the delay. In addition to directly shown prejudice, I may also look at any inferences that may be drawn from the delay itself: see *Allen v. Sir Alfred McAlpine & Sons Ltd.*, *supra*, at page 268.

While there is a general rule that the longer the delay, the greater the likelihood of serious prejudice, I would hesitate to apply that rule, in the case of a five-year delay, without something more, for depriving a plaintiff of a day in court is not to be done lightly.

In the present instance the defendant says that paramount to its defence is the evidence of one Martin Berke, for the Crown must establish the ordering of the jewellery for the plaintiff's retail operation, from the California seller in December of 1986 and January of 1987, shipment to Bellingham and the presence of the jewellery, which has long since been sold, in the Vancouver store. Key to establishing the ordering of the jewellery from California and its appearance in Vancouver is the evidence of Martin Berke.

Mr. Berke in a current affidavit now says that he can recall none of this, notwithstanding a statement

soit à mi-chemin de l'intervalle de cinq ans, que le temps passait, mais il n'a pris aucune mesure.

Le demandeur fait également valoir qu'il connaît des difficultés financières, et qu'il est au chômage depuis deux ans. Cet argument pourrait lui attirer quelques sympathies et peut-être même constituer une excuse valable, si ce n'était de l'affidavit déposé en 1993 devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique qui assurait celle-ci, en contrepartie de l'octroi d'un sursis à la vente de ses terrains, que le demandeur s'engageait à poursuivre la présente action devant la Cour fédérale. À mon avis, le demandeur n'a pas fourni d'explication raisonnable pour justifier son retard.

Le préjudice

Le critère que je dois appliquer dans l'examen du préjudice consiste à déterminer si ce retard causera vraisemblablement un préjudice grave à la défenderesse. Outre le préjudice direct, je peux aussi prendre en compte tout ce qui peut découler du retard lui-même: voir *Allen v. Sir Alfred McAlpine & Sons Ltd.*, précité, à la page 268.

Bien que, selon la règle générale, la gravité potentielle du préjudice est fonction de la durée du retard, j'hésiterais à appliquer cette règle dans le cas d'un retard de cinq ans, en l'absence d'une preuve supplémentaire, parce qu'il ne faut pas priver à la légère un demandeur de son droit d'avoir recours à la justice.

En l'espèce, la défenderesse prétend que l'élément capital de sa défense repose sur le témoignage d'un dénommé Martin Berke, étant donné que le ministère public doit établir que des bijoux destinés aux commerces de détail du demandeur ont été commandés au vendeur californien en décembre 1986 et janvier 1987, qu'ils ont été expédiés à Bellingham et que ces bijoux, vendus depuis longtemps, se sont trouvés dans le magasin de Vancouver. La déposition de Martin Berke est essentielle pour établir les commandes de bijoux en Californie et leur présence à Vancouver.

Dans son affidavit, M. Berke affirme maintenant qu'il ne se souvient de rien, malgré la déclaration qu'il

which he signed for the police in June of 1988 and which is attached as an exhibit to his affidavit. To paraphrase, the signed statement sets out that Mr. Berke worked for the plaintiff for some three and a half years between early 1984 and June of 1987, and that on two occasions, in December of 1986 and January of 1987, he ordered jewellery on behalf of Mr. Morrison's proprietorships. He was able to identify these two orders from the invoices of the California vendor. He went on to say, in the signed statement, that while he does not know how the jewellery entered Canada, he saw jewellery from the first order, sometime in December of 1986, when it was being stamped with a trademark by one David Allen in the work shop in the basement of Saks Fourth Avenue in Vancouver. He goes on to say that he also saw the January 1987 order of California jewellery in the basement of Saks Fourth Avenue being worked on by the same David Allen.

In his affidavit in support of this present motion, sworn June 23, 1995, Martin Berke now says that he cannot recall the specifics of any activities of Jonn Morrison relating to the illegal importation of jewellery at Saks Fourth Avenue; that while he can recall speaking with a police officer, at least six years ago, about the importation of jewellery into Jonn Morrison's store, Saks Fourth Avenue, he cannot recall the specifics of that conversation, nor can he recall anything about the jewellery; that while he can recall signing a statement in about June of 1988, he cannot recall whether the exhibited signed police statement of June 1988 is the one that he signed; that after reviewing the statement he has no recollection about the jewellery referred to in the statement, and that:

5. After reviewing the Statement I do not have an independent recollection of the allegations in that statement and, as a result, I am unable to say that the allegations in that statement are true, although I can recall that when I originally signed the statement for the police several years ago, I believed what I said in the statement.

Given that unsworn evidence may not be received, short of statutory authorization, the question is

a signée pour la police en juin 1988 et qui est jointe à l'appui de son affidavit. Pour résumer, la déclaration signée déclare que M. Berke a travaillé pour le demandeur pendant quelque trois ans et demi entre le début de 1984 et juin 1987, et qu'à deux reprises, soit en décembre 1986 et en janvier 1987, il a commandé des bijoux au nom des entreprises de M. Morrison. Il a été en mesure d'identifier ces deux commandes à partir des factures soumises par le fournisseur californien. Dans cette déclaration signée, il indique également qu'il ne sait pas comment les bijoux sont entrés au Canada, mais qu'il a vu les bijoux de la première commande, en décembre 1986, dans l'atelier situé au sous-sol du magasin Saks Fourth Avenue à Vancouver, sur lesquels un dénommé David Allen apposait une marque de commerce. Il a aussi vu la commande de bijoux de janvier 1987 sur lesquels le même David Allen travaillait, dans le sous-sol de l'immeuble de Saks Fourth Avenue.

Dans son affidavit déposé à l'appui de la présente requête, et établi sous serment le 23 juin 1995, Martin Berke déclare maintenant qu'il ne peut se rappeler le détail des activités de Jonn Morrison ayant trait à l'importation illégale de bijoux pour le magasin Saks Fourth Avenue; que, bien qu'il se souvienne d'avoir parlé avec un agent de police, il y a au moins six ans, au sujet de l'importation de bijoux pour le magasin de Jonn Morrison, Saks Fourth Avenue, il ne peut se rappeler les détails de cette conversation, ni quoi que ce soit concernant les bijoux; que, bien qu'il se souvienne d'avoir signé une déclaration aux environs de juin 1988, il ne peut se rappeler si la déclaration pour la police signée en juin 1988, et produite comme pièce à l'appui, est bien celle qu'il a signée; qu'après avoir examiné la déclaration il n'a aucun souvenir des bijoux qui y sont mentionnés; enfin, il déclare ce qui suit:

[TRADUCTION] 5. Après avoir examiné la déclaration, je n'ai toujours aucun souvenir personnel des allégations qui y sont portées et, par conséquent, je suis incapable de dire si ces allégations sont véridiques, même si je me rappelle qu'à l'époque où j'ai signé la déclaration pour la police, il y a plusieurs années, je croyais ce que j'ai dit dans la déclaration.

Compte tenu du fait que les témoignages ne sont pas admissibles s'ils ne sont pas donnés sous serment, à

whether this memory failure is prejudicial to the defendant, for counsel for the plaintiff submits that Mr. Berke, as witness, can use the signed statement as notes, just as the police may use their notes, to refresh his memory so as to give cogent evidence.

The basic proposition is that a witness may refresh memory, for testifying at trial, using notes or a written statement made by the witness at or nearly at the time of the occurrence of an event: see for example *Fraser v. Fraser* (1864), 14 U.C.C.P. 70, at page 79 *et seq.* And typically, this may be the situation of the policeman referred to by counsel for the plaintiff who, over the course of several years, will observe many events and be called upon to give evidence of a specific event a number of months later. In that situation the policeman, as witness, is allowed to look at the notes and say, if such is the case, that he made them when the facts were fresh in memory and that he has no reason to doubt the facts are correctly stated. In that instance the statement of the witness is evidence of the facts recorded in the writing: see for example *Fleming v. Toronto R.W. Co.* (1911), 25 O.L.R. 317 (C.A.), at pages 325-326. Now this raises two questions. First, whether the record in the present instance is contemporaneous; and second, the acceptability of the testimony of a witness where, as is the case here, the witness has no independent recollection, but would have to base his evidence on a document which he cannot remember signing. There is a good consideration of both of these problems in Sopinka on *The Law of Evidence in Canada*, published by Butterworths, at page 850 *et seq.*

Dealing with the contemporaneity of the record, Mr. Justice Sopinka points out that it is not for the witness to say whether his or her recollection was still fresh when the record was made, but rather it is for the court to fix a time limit beyond which the memory of the witness may not be trusted, referring for this proposition to *Fraser v. Fraser*, *supra*.

moins que la loi le permette, la question est de savoir si cette défaillance de mémoire porte préjudice à la défenderesse, étant donné que l'avocat du demandeur fait valoir que M. Berke peut consulter la déclaration signée comme s'il s'agissait de ses notes, tout comme les agents de police consultent les leurs, pour raviver sa mémoire et livrer ainsi un témoignage convainquant.

La proposition fondamentale dont je suis saisi est qu'un témoin peut se rafraîchir la mémoire, pour témoigner à l'instruction, en consultant ses notes ou une déclaration qu'il a consignée par écrit au moment des événements en question ou peu après ceux-ci: voir, par exemple, *Fraser v. Fraser* (1864), 14 U.C.C.P. 70, à la page 79 et suivantes. Comme exemple type, on peut citer l'agent de police, auquel a fait référence l'avocat du demandeur, qui, pendant plusieurs années, observe de nombreux événements et peut être appelé à témoigner sur des événements particuliers plusieurs mois après que ceux-ci se sont produits. En pareil cas, l'agent de police cité comme témoin est autorisé à consulter ses notes et à dire, si tel est le cas, qu'il a consigné ces notes quand les faits étaient présents à sa mémoire et qu'il n'a aucune raison de douter de leur exactitude. Dans ce genre de situation, la déclaration du témoin fait preuve des faits consignés par écrit: voir, par exemple, *Fleming v. Toronto R.W. Co.* (1911), 25 O.L.R. 317 (C.A.), aux pages 325 et 326. Deux questions se posent en l'espèce. Il faut déterminer tout d'abord si le document en question est contemporain aux faits qu'il décrit, et deuxièmement, l'admissibilité de la déposition d'un témoin qui, n'ayant aucun souvenir personnel, comme celui en l'espèce, devrait fonder sa déposition sur un document qu'il ne se souvient pas avoir signé. Ces problèmes sont bien analysés dans l'ouvrage de Sopinka, *The Law of Evidence in Canada*, publié chez Butterworths, à la page 850 et suivantes.

Pour ce qui a trait à la contemporanéité du document, le juge Sopinka signale, en se référant à l'arrêt *Fraser v. Fraser*, précité, qu'il n'appartient pas au témoin de dire si sa mémoire était toujours fidèle quand le document a été constitué, mais qu'il incombe plutôt à la Cour de fixer un délai au-delà duquel on ne pourra se fier à la mémoire du témoin.

By way of example Mr. Justice Sopinka cites *Clarke v. B.C. Elec. Ry. Co.*, [1949] 1 W.W.R. 977 (B.C.S.C.): in that case the defendant's traffic inspector refreshed his memory from a statement which he had dictated, describing an accident aboard a streetcar and setting out what the plaintiff had said, nearly two months after the event. The Judge said that he did not think it was open to a witness to refresh his memory from a statement dictated nearly two months after the event, but even if it were admissible, he would not give any weight to the evidence, bearing in mind discrepancies and the plaintiff's contrary evidence (page 978).

Mr. Justice Sopinka and his co-authors also refer to *Archibald v. The Queen* (1956), 24 C.R. 50. This is an archetypical police note case in which Mr. Justice Lazure, of the Quebec Superior Court, commented that it was evident that constables, who may observe several matters in the same interval, cannot remember different dates, exact hours and descriptions of persons or places without taking notes, but that to be able to use those notes, when appearing as a witness, the constable "must be in a position to declare that when he compiled or completed his notes in the evening or the next day, what he wrote was true according to his own knowledge and his own recollection." (page 57). Mr. Justice Lazure then went on to say that "It is clear that if their report has been completed on summary notes several weeks or several months later, their evidence would be greatly weakened, and the judge, considering the circumstances, could refuse to permit the witness to refer to his report" (*loc cit.*). Thus, on the basis of the *Archibald* case, in certain circumstances several weeks' delay in writing up the statement might disqualify the use of the record. In summing up, and this is particularly apt in the present circumstance, Mr. Justice Sopinka and his co-authors state, at page 851:

The requirement of contemporaneity must be more strictly enforced in the case of a witness who has no independent recollection. In such a case, the witness' evidence is of little

À titre d'exemple, le juge Sopinka cite l'arrêt *Clarke v. B.C. Elec. Ry. Co.*, [1949] 1 W.W.R. 977 (C.S.C.-B.): dans cette affaire, l'inspecteur de la circulation cité par la partie défenderesse a ravivé sa mémoire en consultant une déclaration décrivant un accident qui s'était produit à bord d'un tramway et relatant les propos de la partie demanderesse, mais qu'il avait dictée près de deux mois après que l'événement se fut produit. Le juge a statué qu'il ne croyait pas qu'un témoin puisse raviver sa mémoire à partir d'une déclaration dictée près de deux mois après l'événement en question, mais que, même si cet élément de preuve était admissible, il ne lui accorderait aucune importance, compte tenu des divergences et de la preuve contraire fournie par la partie demanderesse (page 978).

Le juge Sopinka et les coauteurs de l'ouvrage font également référence à *Archibald c. La Reine* (1956), 24 C.R. 50. Il s'agit d'un cas typique ayant trait aux notes d'un agent de police dans lequel le juge Lazure, de la Cour supérieure du Québec, fait observer qu'il est évident que les agents de police dont les observations se rapportent parfois à plusieurs sujets dans le même intervalle, ne peuvent se souvenir des différentes dates, de l'heure exacte, de la description des personnes ou des lieux sans prendre des notes à ce sujet; toutefois, pour être autorisé à utiliser ces notes dans sa déposition, l'agent de police doit être «en état de déclarer que lorsqu'il a compilé ou complété ses notes le soir ou le lendemain, ce qu'il écrivait était véridique d'après ses propres connaissances et son propre souvenir» (page 53). Le juge Lazure poursuit: «Il est clair que si leur rapport a été complété sur les premières notes sommaires quelques semaines ou quelques mois plus tard, la preuve en sera grandement affaiblie, et le juge, selon les circonstances, pourra refuser au témoin le recours à son rapport» (*loc. cit.*). Ainsi donc, d'après l'arrêt *Archibald*, il est possible d'affirmer que, dans certaines circonstances, un retard de plusieurs semaines à consigner la déclaration pourrait exclure le recours au document. En résumé, et cela est particulièrement vrai en l'espèce, le juge Sopinka et les coauteurs de l'ouvrage déclarent ceci, à la page 851:

[TRADUCTION] L'exigence de la contemporanéité doit être appliquée de façon encore plus stricte dans le cas d'un témoin qui n'a aucun souvenir personnel. En pareil cas, la

or no assistance with regard to the acuity of his or her recollection at the relevant time. It is, therefore, proper for the court to insist on a prompt recording of events as the only guarantee of accuracy.

In the present instance, it is very probable that a court would reject the use of the statement, apparently prepared by the RCMP and signed by Mr. Berke, on the basis that it was not contemporaneous, but rather had been prepared and signed some 18 months after the event and all the more so because Mr. Berke has no independent recollection of the events.

Turning now to the absence of independent recollection, Mr. Justice Sopinka, at page 851, notes that when a witness, with no independent recollection, bases his evidence on a document, difficulties arise as to whether the document itself is evidence, for the witness has no memory to refresh. The authors go on to point out that where the witness affirms the making of the document and expresses his faith in its accuracy, the document might then be considered evidence, or at least the arguments in favour of making the document evidence outweigh those against its admission (pages 851-852). However, in the present instance, Mr. Berke, by his own sworn affidavit evidence, is currently unable to say if the allegations in the statement are true. Again, it would be highly improbable that a judge, hearing the present case, would look upon the statement as evidence.

All of this leads to the likely conclusion that the defendant has been seriously prejudiced because Mr. Berke, who some seven and a half years ago was certain enough of facts to sign a statement setting out events which would prove the defendant's defence, can now give no relevant evidence whatsoever. The defendant is in the position of having been seriously prejudiced by the delay brought about by the plaintiff's failure to prosecute the action diligently. A fair trial of the issues is no longer possible.

The defendant's motion is allowed. The action is struck out for want of prosecution.

déposition du témoin n'a guère d'utilité, sinon aucune, pour garantir l'exactitude de ses souvenirs à l'époque pertinente. Par conséquent, il est approprié que le tribunal insiste sur une prompte consignation des événements comme seule garantie d'exactitude.

^a En l'espèce, il est très probable qu'un tribunal refuserait que la déclaration, apparemment préparée par la GRC et signée par M. Berke, soit utilisée parce qu'elle n'est pas contemporaine aux faits consignés, et parce qu'elle a été préparée et signée quelque 18 mois après l'événement, d'autant plus que M. Berke n'a aucun souvenir personnel de ces événements.

^c Passant ensuite à l'absence de souvenir personnel, le juge Sopinka signale, à la page 851, que, lorsqu'un témoin qui n'a aucun souvenir personnel fonde sa déposition sur un document, la difficulté se pose de savoir si le document lui-même doit être considéré comme une preuve, étant donné que le témoin n'a aucun souvenir à raviver. Les auteurs ajoutent que, lorsque le témoin affirme que le document a bel et bien été constitué et qu'il croit en son exactitude, le document pourrait alors être considéré comme une preuve, ou du moins que les arguments en faveur de l'admissibilité du document en preuve sont plus convaincants que ceux qui militent à l'encontre de celle-ci (pages 851 et 852). Toutefois, en l'espèce, d'après l'affidavit qu'il a signé sous serment, M. Berke est actuellement dans l'impossibilité de dire si les allégations contenues dans la déclaration sont véridiques. Je le répète, il serait tout à fait improbable qu'un juge, saisi de la présente affaire, accepte cette déclaration en preuve.

^h Toute cette analyse nous amène à la conclusion probable que la défenderesse a subi un préjudice grave parce que M. Berke, qui, il y a quelque sept ans et demi, était assez certain des faits pour signer une déclaration relatant les événements qui auraient servi à prouver la cause de la défenderesse, ne peut plus aujourd'hui livrer un témoignage fiable. La défenderesse a donc subi un préjudice grave à cause du retard engendré par l'inaction du demandeur qui n'a pas poursuivi son action avec diligence. Il n'est donc plus possible de juger équitablement des questions en litige.

^j La requête de la défenderesse est accueillie. L'action est rejetée pour défaut de poursuivre.

A-582-94

A-582-94

Brenda Bellingham (*Appellant*) (*Plaintiff*)**Brenda Bellingham** (*appelante*) (*demanderesse*)

v.

c.

The Queen (*Respondent*) (*Defendant*)**a La Reine** (*intimée*) (*défenderesse*)*INDEXED AS: BELLINGHAM v. CANADA (C.A.)**RÉPERTORIÉ: BELLINGHAM c. CANADA (C.A.)*Court of Appeal, Stone, Décary and Robertson JJ.A.—
Ottawa, November 2 and 30, 1995.**b** Cour d'appel, juges Stone, Décary et Robertson,
J.C.A.—Ottawa, 2 et 30 novembre 1995.

Income tax — Income calculation — Income or capital gain — Where property acquired as adventure in nature of trade, proceeds from expropriation taxable as income — Additional interest punitive, not compensatory or restructuring — Windfall gain, not income under Income Tax Act, s. 3(a).

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Revenu ou gain en capital — Lorsque des terrains sont acquis dans le cadre d'un projet comportant un risque ou d'une affaire de caractère commercial, tout bénéfice provenant de leur disposition est imposable en tant que revenu — Les intérêts supplémentaires ont été accordés à titre de dommages-intérêts punitifs et non à titre d'indemnisation ou de dédommagement — Les gains fortuits ne sont pas considérés comme un revenu en vertu de l'art. 3a) de la Loi de l'impôt sur le revenu.

The taxpayer's land was expropriated by the town of Grand Centre, Alberta. Compensation was established in accordance with the *Expropriation Act* of Alberta. She received \$377,015 as compensation, \$181,319 as ordinary interest and \$114,272 as "additional interest" under subsections 66(4) and (5) (interest awarded where the amount of the proposed payment is less than 80% of the amount awarded for the interest taken and severance damage). The taxpayer argued that compensation for the land was taxable as a capital gain, ordinary interest taxable as interest income under paragraph 12(1)(c) of the *Income Tax Act* and finally, additional interest was non-taxable. The Minister assessed the proceeds from the expropriation as business income. The Trial Division Judge concluded that as the property was acquired as an adventure or concern in the nature of trade, any profit realized on its disposition was taxable on account of income. Ordinary interest was taxable under paragraph 12(1)(c) of the Act and the remaining amount, including additional interest, was taxable as income from a business under subsection 9(1). This was an appeal from that decision on the basis that the additional interest was a windfall gain and, as such, not taxable and that the proceeds of disposition should be treated as a capital receipt by virtue of subparagraph 54(h)(iv) of the Act.

Les terrains de la contribuable ont été expropriés par la ville de Grand Centre (Alberta). L'indemnité a été établie conformément à l'*Expropriation Act* de l'Alberta. Elle a reçu 377 015 \$ à titre d'indemnité, 181 319 \$ à titre d'intérêts ordinaires et 114 272 \$ à titre de «d'intérêts supplémentaires» conformément aux paragraphes 66(4) et (5) (ces intérêts sont accordés lorsque le montant du paiement proposé est inférieur à 80 % de la somme ultimement accordée pour le droit exproprié et le préjudice résultant de la séparation). La contribuable fait valoir que l'indemnité touchée pour les terrains expropriés est imposable à titre de gain en capital, que les intérêts ordinaires sont imposables à titre de revenu d'intérêt aux termes de l'alinéa 12(1)c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et, finalement, que les intérêts supplémentaires ne sont pas imposables. Le ministre a imposé le bénéfice découlant de l'expropriation en tant que revenu tiré d'une entreprise. Le juge de la Section de première instance a conclu que, étant donné que les terrains ont été acquis dans le cadre d'un projet comportant un risque ou d'une affaire de caractère commercial, tout bénéfice provenant de sa disposition est imposable en tant que revenu. Les intérêts ordinaires ont été jugés imposables en vertu de l'alinéa 12(1)c) de la Loi et la somme restante, y compris les intérêts supplémentaires, a été jugée imposable en tant que revenu tiré d'une entreprise aux termes du paragraphe 9(1) de la Loi. Il s'agit d'un appel de cette décision au motif que des intérêts supplémentaires sont des gains fortuits et que, en tant que tels, ils ne sont pas imposables et que le produit de la disposition devrait être traité comme une rentrée de capital conformément au sous-alinéa 54h)(iv) de la Loi.

Held, the appeal should be allowed only with respect to the additional interest.

Arrêt: l'appel doit être accueilli uniquement en ce qui a trait aux intérêts supplémentaires.

Subparagraph 54(h)(iv) was not a deeming provision. It did not deem proceeds of disposition received on an expropriation to be a capital receipt. Subparagraphs 54(h)(iv) and (v) were added to the Act to counter the decision in *Kicking Horse Forest Products Ltd. v. British Columbia (Minister of Finance)*, [1973] 6 W.W.R. 343 (B.C.S.C.); affd (1974), 49 D.L.R. (3d) 149 (B.C.C.A.); affd [1976] 1 S.C.R. 711, wherein it was held that an expropriation did not constitute a sale within the meaning of the *Logging Tax Act*, R.S.B.C. 1960, c. 225, s. 2(b). Accordingly, the \$377,015 received as compensation for the land was taxable as income from a business under subsection 9(1) of the Act.

The remaining issue was whether additional interest was income within the meaning of subsection 9(1) or paragraph 3(a) of the Act. Applying the reasoning in *Shaw v. Canada*, [1993] 2 F.C. 190 (C.A.), it was clear that additional interest did not constitute compensation for lands which have been taken, nor did it represent compensation for the loss of the use of money. In *Mannix v. The Queen in right of Alberta* (1984), 31 L.C.R. 299 (Alta. C.A.), it was stated that the interest awarded pursuant to subsection 66(4) was "clearly penal, as distinct from compensatory or restitutionary". While ordinary interest represents "compensation for the use or retention by one person of a sum of money, belonging to . . . another", additional interest serves the same end as a punitive damages award. Therefore, additional interest was not to be used for the purpose of calculating a gain or loss on the disposition of a property pursuant to subsection 9(1) of the Act.

Nor could additional interest be included as income from a source under paragraph 3(a) of the Act. In Canada, the definition of income is circumscribed by the source doctrine, but the scope of that doctrine is difficult to establish. It has been established by case law that gambling gains, gifts, inheritances and the residual category of windfall gains fall outside the grasp of paragraph 3(a). In the present case, the true source of the additional interest was the *Expropriation Act* which dictated, as a matter of public policy, that expropriating authorities are obligated to pay a penal sum in circumstances where their behaviour falls below a prescribed standard. In certain respects, an award of additional interest possesses the attributes of a gift. The payment did not flow from either an express or implied agreement between the parties. There was no element of bargain or exchange, no consideration, no *quid pro quo*. The payment was simply a windfall and, therefore, not income under paragraph 3(a) of the Act.

A non-compensatory receipt cannot be treated in the same manner as a compensatory one simply because both arise

Le sous-alinéa 54h)(iv) ne crée pas de présomption. Selon ce sous-alinéa, le produit de la disposition découlant d'une expropriation n'est pas réputé constituer une rentrée de capital. Les sous-alinéas 54h)(iv) et (v) ont été ajoutés à la Loi pour contrer l'effet de l'arrêt *Kicking Horse Forest Products Ltd. v. British Columbia (Minister of Finance)*, [1973] 6 W.W.R. 343 (C.S.C.-B.); conf. par (1974), 49 D.L.R. (3d) 149 (C.A.C.-B.); conf. par [1976] 1 R.C.S. 711, dans lequel la cour a statué qu'une expropriation ne constituait pas une vente aux termes de la *Logging Tax Act*, R.S.B.C. 1960, ch. 225, art. 2b). Par conséquent, les 377 015 \$ touchés à titre d'indemnité pour les terrains expropriés sont imposables en tant que revenu tiré d'une entreprise aux fins du paragraphe 9(1) de la Loi.

La seule question qui reste à trancher est de déterminer si les intérêts supplémentaires sont un revenu au sens du paragraphe 9(1) ou de l'alinéa 3a) de la Loi. Si l'on applique le raisonnement énoncé dans *Shaw c. Canada*, [1993] 2 C.F. 190 (C.A.), il est clair que les intérêts supplémentaires ne constituent pas une indemnité pour les terrains qui ont été pris, non plus qu'une indemnité pour la perte de rendement des sommes accordées. Dans l'arrêt *Mannix v. The Queen in right of Alberta* (1984), 31 L.C.R. 299 (C.A. Alberta), la cour a statué que les intérêts accordés conformément au paragraphe 66(4) «l'ont manifestement été à titre pénal, et non à titre d'indemnisation ou de dédommagement». Bien que les intérêts ordinaires représentent «une indemnité pour l'usage ou la rétention, par une personne, d'une somme d'argent appartenant à quelqu'un d'autre», les intérêts supplémentaires servent les mêmes fins que des dommages-intérêts punitifs. Par conséquent, ils ne doivent pas servir au calcul d'un gain ou d'une perte provenant de la disposition d'un bien conformément au paragraphe 9(1) de la Loi.

Les intérêts supplémentaires ne peuvent pas non plus être inclus à titre de revenu au sens de l'alinéa 3a) de la Loi. Au Canada, la définition de revenu est circonscrite par la doctrine de la source du revenu, mais la portée de cette doctrine est difficile à établir. Selon la jurisprudence, les gains tirés du jeu, les dons, les legs et la catégorie résiduelle des gains fortuits sont exclus de la portée de l'alinéa 3a). En l'espèce, la véritable source des intérêts supplémentaires est l'*Expropriation Act* qui dicte, à titre de politique publique, que les autorités d'expropriation sont tenues de payer une somme à titre pénal dans les cas où leur comportement ne respecte pas une norme établie. À certains égards, le paiement d'intérêts supplémentaires possède les attributs d'un don. Le paiement en question ne découle pas d'une entente expresse ou implicite entre les parties. Il n'y a pas d'élément d'échange ou de compromis. Il n'y a pas de contrepartie. Il n'y a pas de contre-prestation de la part du contribuable. Le paiement est simplement un gain fortuit et, par conséquent, ne peut constituer un revenu au sens de l'alinéa 3a) de la Loi.

Une somme qui n'est pas payée à titre d'indemnisation ne peut être traitée de la même façon qu'une somme payée à

from the same transaction (the expropriation). The nature and purpose of a particular payment or award must be considered when assessing how it will be dealt with for tax purposes.

titre d'indemnisation simplement parce que le paiement de ces deux sommes provient de la même opération (l'expropriation). La nature et la fin d'un paiement particulier doivent être examinées au moment d'évaluer comment cette somme sera traitée du point de vue fiscal.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Expropriation Act, R.S.A. 1980, c. E-16, ss. 42, 66(1),(2),(3),(4),(5).

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 3(a), 6, 9(1), 12(1)(c) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 4), 39(4) (as enacted by S.C. 1977-78, c. 1, s. 16; S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 18), 43 (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 17), 53(2)(d), 54(h)(i),(ii),iii), (iv),(v), 54.2 (as enacted by S.C. 1988, c. 55, s. 32), 81, 248(1) "business" (as am. by S.C. 1979, c. 5, s. 66).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Shaw v. Canada, [1993] 2 F.C. 190; (1993), 93 DTC 5121; 151 N.R. 232 (C.A.); *R. v. Cranswick*, [1982] 1 F.C. 813; [1982] CTC 69; (1982), 82 DTC 6073; 40 N.R. 296 (C.A.); *Mannix v. The Queen in right of Alberta* (1984), 31 L.C.R. 299 (Alta. C.A.); *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3; (1994), 63 Q.A.C. 161; 95 DTC 5017; 171 N.R. 161.

OVERRULED:

E.R. Fisher Ltd. v. The Queen, [1986] 2 C.T.C. 114; (1986), 86 DTC 6364; 4 F.T.R. 188 (F.C.T.D.).

DISTINGUISHED:

Mohawk Oil Co. v. Canada, [1992] 2 F.C. 485; [1992] 1 C.T.C. 195; (1992), 92 DTC 6235; 140 N.R. 225 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused, *sub nom. Mohawk Oil Co. v. The Queen*, [1992] 2 S.C.R. viii; (1992), 141 N.R. 393.

CONSIDERED:

Stuart Investments Ltd. v. The Queen, [1984] 1 S.C.R. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *Cartwright and Sons Ltd. v. Minister of National Revenue* (1961), 61 DTC 499 (T.A.B.); *Curran v. Minister of National Revenue*, [1959] S.C.R. 850; (1959), 20 D.L.R. (2d) 385; [1959] C.T.C. 416; 59 DTC 1247; *Canada v. Fries*, [1990] 2 S.C.R. 1322; [1990] 2 C.T.C. 439; (1990), 90 DTC 6662; 114 N.R. 150; *revg* [1989] 3 F.C. 362; (1989), 89

LOIS ET RÈGLEMENTS

Expropriation Act, R.S.A. 1980, ch. E-16, art. 42, 66(1),(2),(3),(4),(5).

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 3a), 6, 9(1), 12(1)c) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 4), 39(4) (édicte par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 16; S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 18), 43 (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 17), 53(2)d), 54h(i),(ii),(iii),(iv),(v), 54.2 (édicte par L.C. 1988, ch. 55, art. 32), 81, 248(1) «entreprise» (mod. par S.C. 1979, ch. 5, art. 66).

JURISPRUDENCE:

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Shaw c. Canada, [1993] 2 C.F. 190; (1993), 93 DTC 5121; 151 N.R. 232 (C.A.); *R. c. Cranswick*, [1982] 1 C.F. 813; [1982] CTC 69; (1982), 82 DTC 6073; 40 N.R. 296 (C.A.); *Mannix v. The Queen in right of Alberta* (1984), 31 L.C.R. 299 (C.A. Alb.); *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3; (1994), 63 Q.A.C. 161; 95 DTC 5017; 171 N.R. 161.

DÉCISION INFIRMÉE:

E.R. Fisher Ltd. c. La Reine, [1986] 2 C.T.C. 114; (1986), 86 DTC 6364; 4 F.T.R. 188 (C.F. 1^{re} inst.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Mohawk Oil Co. c. Canada, [1992] 2 C.F. 485; [1992] 1 C.T.C. 195; (1992), 92 DTC 6235; 140 N.R. 225 (C.A.); autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée, *sub nom. Mohawk Oil Co. c. La Reine*, [1992] 2 R.C.S. viii; (1992), 141 N.R. 393.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Stuart Investments Ltd. c. La Reine, [1984] 1 R.C.S. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *Cartwright and Sons Ltd. v. Minister of National Revenue* (1961), 61 DTC 499 (C.A.I.); *Curran v. Minister of National Revenue*, [1959] R.C.S. 850; (1959), 20 D.L.R. (2d) 385; [1959] C.T.C. 416; 59 DTC 1247; *Canada c. Fries*, [1990] 2 R.C.S. 1322; [1990] 2 C.T.C. 439; (1990), 90 DTC 6662; 114 N.R. 150; *inf.* [1989] 3 C.F. 362; (1989), 89

CLLC 14,029; [1989] 1 C.T.C. 471; 89 DTC 5240; 99 N.R. 208 (C.A.); affg, *sub nom. R. v. Fries*, [1985] 2 F.C. 378; (1985), 86 CLLC 14,011; [1986] 1 CTC 4; 85 DTC 5579 (T.D.); revg, *sub nom. Fries (W) v MNR*, [1983] CTC 2124; (1983), 83 DTC 117 (T.R.B.); *Sani Sport Inc. v. The Queen*, [1987] 1 C.T.C. 411; (1986), 87 DTC 5253 (F.C.T.D.); affd, *sub nom. Sani Sport Inc. v. Canada*, [1990] 2 C.T.C. 15; (1990), 90 DTC 6230 (F.C.A.).

REFERRED TO:

Paterson Park Ltd. et al. v. Town of Grand Centre (1983), 28 L.C.R. 288 (Alta. L.C.B.); affd, *sub nom. Grand Centre (Town) v. Paterson Park Ltd. et al.* (1984), 29 L.C.R. 97 (Alta. C.A.); *Kicking Horse Forest Products Ltd. v. British Columbia (Minister of Finance)*, [1973] 6 W.W.R. 343 (B.C.S.C.); affd, *sub nom. Re Kicking Horse Forest Products Ltd. and Minister of Finance* (1974), 49 D.L.R. (3d) 149; [1974] 5 W.W.R. 242 (B.C.C.A.); affd, *sub nom. Minister of Finance v. Kicking Horse Forest Products Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 711; (1975), 57 D.L.R. (3d) 220; [1975] 6 W.W.R. 142; 5 N.R. 319; *Attorney-General for Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] S.C.R. 570; (1963), 42 D.L.R. (2d) 137; *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085; (1989), 58 D.L.R. (4th) 193; [1989] 4 W.W.R. 218; 36 B.C.L.R. (2d) 273; 94 N.R. 321; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *British Columbia Railway v. The Queen*, [1979] CTC 56; (1978), 79 DTC 5020 (F.C.T.D.); *Graham v. Green*, [1925] 2 K.B. 37; *Minister of National Revenue v. Walker, William S.*, [1952] Ex. C.R. 1; [1952] 2 D.L.R. 462; [1951] C.T.C. 334; (1951), 52 DTC 1001; *Morden, Harry Edgar v. Minister of National Revenue*, [1962] Ex. C.R. 29; [1961] C.T.C. 484; (1961), 61 DTC 1266.

AUTHORS CITED

Arnold, Brian J. *et al. Materials on Canadian Income Tax*, 10th ed., Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.
 Canada. Department of National Revenue Taxation. Interpretation Bulletin IT-365R2.
 Canada. Department of National Revenue Taxation. Interpretation Bulletin IT-183.
 Canada. *Report of the Royal Commission on Taxation*, Ottawa: Queen's Printer, 1966. (Chair: K.M. Carter).
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Hansen, Brian G. *et al.* eds. *Canadian Taxation*, i Toronto: Richard De Boo, 1981.
 Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 4th ed., Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.
 LaBrie, Francis Eugene. *The Principles of Canadian Income Taxation*, Don Mills, Ont.: CCH Canadian j Ltd., 1965.

CLLC 14,029; [1989] 1 C.T.C. 471; 89 DTC 5240; 99 N.R. 208 (C.A.); conf. *sub nom. R. c. Fries*, [1985] 2 C.F. 378; (1985), 86 CLLC 14,011; [1986] 1 CTC 4; 85 DTC 5579 (1^{re} inst.); inf. *sub nom. Fries (W) v MNR*, [1983] CTC 2124; (1983), 83 DTC 117 (C.R.I.); *Sani Sport Inc. c. La Reine*, [1987] 1 C.T.C. 411; (1986), 87 DTC 5253 (C.F. 1^{re} inst.); conf. *par sub nom. Sani Sport Inc. c. Canada*, [1990] 2 C.T.C. 15; (1990), 90 DTC 6230 (C.A.F.).

DÉCISIONS CITÉES:

Paterson Park Ltd. et al. v. Town of Grand Centre (1983), 28 L.C.R. 288 (L.C.B. Alb.); conf. *par sub nom. Grand Centre (Town) v. Paterson Park Ltd. et al.* (1984), 29 L.C.R. 97 (C.A. Alb.); *Kicking Horse Forest Products Ltd. v. British Columbia (Minister of Finance)*, [1973] 6 W.W.R. 343 (C.S.C.-B.); conf. *par sub nom. Re Kicking Horse Forest Products Ltd. and Minister of Finance* (1974), 49 D.L.R. (3d) 149; [1974] 5 W.W.R. 242 (C.A.C.-B.); conf. *par sub nom. Ministre des Finances c. Kicking Horse Forest Products Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 711; (1975), 57 D.L.R. (3d) 220; [1975] 6 W.W.R. 142; 5 N.R. 319; *Attorney-General for Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] R.C.S. 570; (1963), 42 D.L.R. (2d) 137; *Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085; (1989), 58 D.L.R. (4th) 193; [1989] 4 W.W.R. 218; 36 B.C.L.R. (2d) 273; 94 N.R. 321; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *British Columbia Railway c. La Reine*, [1979] CTC 56; (1978), 79 DTC 5020 (C.F. 1^{re} inst.); *Graham v. Green*, [1925] 2 K.B. 37; *Minister of National Revenue v. Walker, William S.*, [1952] R.C.É. 1; [1952] 2 D.L.R. 462; [1951] C.T.C. 334; (1951), 52 DTC 1001; *Morden, Harry Edgar v. Minister of National Revenue*, [1962] R.C.É. 29; [1961] C.T.C. 484; (1961), 61 DTC 1266.

DOCTRINE

Arnold, Brian J. *et al. Materials on Canadian Income Tax*, 10th ed., Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.
 Canada. Ministère du Revenu national, Impôt. Bulletin d'interprétation IT-365R2.
 Canada. Ministère du Revenu national, Impôt. Bulletin d'interprétation IT-183.
 Canada. *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la fiscalité*, Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1966 (Président: K.M. Carter).
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Hansen, Brian G. *et al.* eds. *Canadian Taxation*, Toronto: Richard De Boo, 1981.
 Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 4th ed., Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.
 LaBrie, Francis Eugene. *The Principles of Canadian Income Taxation*, Don Mills, Ont.: CCH Canadian Ltd., 1965.

APPEAL from a decision of the Trial Division (*Bellingham (B.) v. Canada*, [1994] 2 C.T.C. 290; (1994), 94 DTC 6564; 83 F.T.R. 77) as to whether monies received by the taxpayer following an expropriation were on account of income or capital and whether an award of “additional interest” was “income”. Appeal allowed in part.

COUNSEL:

Neil W. Nichols for appellant (plaintiff).
Douglas B. Titosky for respondent (defendant).

SOLICITORS:

Neil W. Nichols, Edmonton, for appellant (plaintiff).
Deputy Attorney General of Canada for respondent (defendant).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

ROBERTSON J.A.: This is an appeal from a decision of the Trial Division [[1994] 2 C.T.C. 290] involving the taxation of monies received by the appellant (the taxpayer) following an expropriation of her lands. Two issues arise for our consideration. One focuses on whether a specific award of “additional interest”, made under subsection 66(4) of the *Expropriation Act*, R.S.A. 1980, c. E-16, constitutes “income”. The other issue involves the perennial question of whether “proceeds of disposition” were received on account of income or capital.

In regard to the income/capital issue, I am in agreement with the learned Trial Judge who concluded that the proceeds of disposition were received on account of income. With great respect, however, I cannot subscribe to his conclusion that an award of additional interest is income within the meaning of the relevant provisions of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63 as amended (the Act). Such an award is imposed for purposes of censuring and discouraging unacceptable conduct on the part of an expropriating

APPEL d'une décision de la Section de première instance (*Bellingham (B.) c. Canada*, [1994] 2 C.T.C. 290; (1994), 94 DTC 6564; 83 F.T.R. 77) sur la question de savoir si les sommes touchées par la contribuable à la suite d'une expropriation l'ont été à titre de revenu ou de capital et si le paiement «d'intérêts supplémentaires» doit être considéré comme un «revenu». Appel accueilli en partie.

b AVOCATS:

Neil W. Nichols pour l'appelante (demanderesse).
Douglas B. Titosky pour l'intimée (défenderesse).

c PROCUREURS:

Neil W. Nichols, Edmonton, pour l'appelante (demanderesse).
Le sous-procureur général du Canada, pour l'intimée (défenderesse).

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

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A. Il s'agit d'un appel d'une décision de la Section de première instance [[1994] 2 C.T.C. 290] concernant l'imposition de sommes reçues par l'appelante (la contribuable) à la suite de l'expropriation de terrains dont elle était propriétaire. Deux questions sont soumises à notre examen. La première consiste à déterminer si le paiement spécifique «d'intérêts supplémentaires», fondé sur le paragraphe 66(4) de l'*Expropriation Act*, R.S.A. 1980, ch. E-16, constitue un «revenu». La seconde question, maintes fois soulevée, consiste à déterminer si le «produit de la disposition» a été reçu à titre de revenu ou de capital.

h

En ce qui a trait à la question du revenu/capital, je souscris à l'opinion du juge de première instance qui a conclu que le produit de la disposition avait été reçu à titre de revenu. Avec égards, toutefois, je ne peux entériner sa conclusion selon laquelle le paiement d'intérêts supplémentaires constitue un revenu au sens des dispositions pertinentes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, et ses modifications (la Loi). Ce type de paiement a pour but de dissuader et de condamner toute conduite inacceptable de la part

authority. It has no compensatory element and, in my view, it is tantamount to a punitive damage award and, therefore, falls outside the charging provisions of the Act. Specifically, additional interest is not “income . . . from a business” under subsection 9(1), nor is it “income . . . from a source” as contemplated by paragraph 3(a) of the Act. Succinctly stated, it is my opinion that punitive damage awards fall within the tax-exempt category of “windfall gains”. My reasoning begins with a recitation of relevant facts.

The taxpayer was one of a small group of landowners whose lands were expropriated effective June 2, 1981 by the town of Grand Centre located in northeastern Alberta. The lands in question consisted of two adjacent quarter sections. The taxpayer held an undivided one-half interest in one of the quarter sections. Ultimately, the matter of compensation was determined by the Land Compensation Board (the Board) whose decision was affirmed on appeal: see *Paterson Park Ltd. et al. v. Town of Grand Centre* (1983), 28 L.C.R. 288 (Alta. L.C.B.); affd (1984), 29 L.C.R. 97 (Alta. C.A.). The landowners were awarded approximately \$3.8 million dollars. The compensation available for each quarter section was broken down into three components in accordance with the provisions of the *Expropriation Act*.

Section 42 of the *Expropriation Act* grants a right to compensation for the value of the land, disturbance damages, special value to the landowner and injurious affection. Subsection 66(1) provides for the payment of interest, with respect to compensation for the value of the land from the date the expropriating authority acquires title until payment in full. With respect to disturbance damages, interest is calculated from the date of the award until payment in full, pursuant to the same subsection. Subsection 66(3) provides for the payment of interest in circumstances where the initial offer of payment was delayed beyond the statutory prescribed period. The parties to this appeal have treated interest payable under these two subsections as “ordinary interest”. (Query: Is not interest awarded under subsection 66(3) also additional interest? On this

des autorités qui procèdent à l’expropriation. Il ne comporte aucun élément d’indemnisation et, à mon avis, il équivaudrait presque à des dommages-intérêts punitifs et, par conséquent, il n’est pas visé par les dispositions de la Loi imposant une responsabilité. Plus précisément, les intérêts supplémentaires ne sont pas un «revenu tiré . . . d’une entreprise» au sens du paragraphe 9(1), ni «[un] revenu . . . dont la source» au sens de l’alinéa 3a) de la Loi. Bref, je suis d’avis que les dommages-intérêts punitifs rentrent dans la catégorie des «gains fortuits» exonérés d’impôt. Je commencerai d’abord par exposer les faits pertinents.

La contribuable faisait partie d’un petit groupe de propriétaires fonciers dont les terrains ont été expropriés le 2 juin 1981 par la ville de Grand Centre située dans le nord-est de l’Alberta. Les terrains en question se composaient de deux quarts de section contigus. La contribuable détenait une moitié indivise d’un des quarts de section. Au bout du compte, l’indemnité a été fixée par la Land Compensation Board (Commission d’indemnisation foncière) (la Commission) dont la décision a été confirmée en appel: voir *Paterson Park Ltd. et al. v. Town of Grand Centre* (1983), 28 L.C.R. 288 (L.C.B. Alb.); confirmé à (1984), 29 L.C.R. 97 (C.A. Alb.). Le montant a été établi à environ 3,8 millions de dollars. L’indemnité versée pour chaque quart de section a été ventilée en trois composantes conformément aux dispositions de l’*Expropriation Act*.

L’article 42 de la *Expropriation Act* accorde un droit d’indemnisation fondé sur la valeur du terrain, le préjudice imputable aux troubles de jouissance, la valeur particulière que représente le terrain pour le propriétaire et le préjudice subi. Le paragraphe 66(1) traite du paiement des intérêts, en rapport avec l’indemnisation accordée pour la valeur du terrain, à compter de la date à laquelle les autorités d’expropriation acquièrent le titre de propriété jusqu’au paiement intégral. En ce qui a trait aux dommages-intérêts pour troubles de jouissance, l’intérêt est calculé à compter de la date à laquelle ils sont octroyés jusqu’au paiement intégral, selon le même paragraphe. Le paragraphe 66(3) traite du paiement des intérêts dans les circonstances où l’offre initiale de paiement est postérieure au délai prescrit par la loi. Les parties au

point see also subsection 66(5), which refers to both subsections 66(3) and (4), and *Mannix v. The Queen in right of Alberta* (1984), 31 L.C.R. 299 (Alta. C.A.), at page 309.)

The remaining component of the award relates to additional interest, or what the parties have labelled “penalty interest”. I prefer not to use the latter term lest it connote the idea that such an award stems from the failure to pay monies promptly (see discussion *infra*). Pursuant to subsections 66(4) and (5) of the *Expropriation Act*, the Board is under an obligation to award additional interest in circumstances where the expropriating authority offers less than 80% of the amount ultimately awarded and the Board is of the opinion that such lower figure was due to the “fault” of the expropriating authority. In circumstances where the Board can find no fault, it retains a discretion as to whether to make such an award. Additional interest is calculated by reference to the “ordinary” rate of interest and applied against the difference between the compensation amount originally offered and that ultimately awarded.

In the case at bar, the expropriating authority’s offer amounted to approximately 17% of the Board’s award. On the facts the Board had no difficulty in finding fault on the part of the expropriating authority. This is a convenient place to reproduce the relevant sections of the *Expropriation Act*.

42(1) When land is expropriated, the expropriating authority shall pay the owner such compensation as is determined in accordance with this Act.

(2) When land is expropriated, the compensation payable to the owner shall be based on

- (a) the market value of the land,
- (b) the damages attributable to disturbance,

présent appel ont traité les intérêts payables en vertu de ces deux paragraphes comme des «intérêts ordinaires». (Question: Les intérêts accordés en vertu du paragraphe 66(3) ne sont-ils pas également des intérêts supplémentaires? Sur ce point, voir également le paragraphe 66(5), qui fait référence aux paragraphes 66(3) et (4), et *Mannix v. The Queen in right of Alberta* (1984), 31 L.C.R. 299 (C.A. Alb.), à la page 309.)

La dernière composante de l’indemnité porte sur les intérêts supplémentaires, ou sur ce que les parties ont appelé «des intérêts de pénalisation». Je préfère ne pas utiliser ce dernier terme de crainte d’y ajouter une connotation selon laquelle ces intérêts auraient été accordés parce que les sommes dues n’ont pas été payées promptement (voir la discussion ci-dessous). Aux termes des paragraphes 66(4) et (5) de l’*Expropriation Act*, la Commission est tenue d’accorder des intérêts supplémentaires dans les cas où l’offre des autorités d’expropriation est inférieure à 80 % de la somme ultimement octroyée et lorsque la Commission est d’avis que ce chiffre moindre est attribuable à une «faute» des autorités d’expropriation. Dans les circonstances où la Commission ne peut conclure qu’il y a eu faute, elle jouit du pouvoir discrétionnaire d’accorder ou non ces intérêts. Les intérêts supplémentaires sont calculés, au taux d’intérêt «ordinaire», sur la différence entre l’indemnité initialement offerte et le montant finalement octroyé.

En l’espèce, l’offre des autorités d’expropriation s’établissait à environ 17 % du montant fixé par la Commission. D’après les faits, la Commission n’a eu aucune difficulté à conclure qu’il y avait eu faute de la part des autorités d’expropriation. Il est utile de reproduire ici les articles pertinents de l’*Expropriation Act*.

[TRADUCTION] **42(1)** Au moment de l’expropriation de biens-fonds, les autorités d’expropriation versent au propriétaire l’indemnité déterminée conformément à la présente Loi.

(2) L’indemnité payable au propriétaire d’un bien-fonds exproprié se fonde sur ce qui suit:

- a) la valeur marchande du bien-fonds;
- b) le préjudice imputable aux troubles de jouissance;

- (c) the value to the owner of any element of special economic advantage to him arising out of or incidental to his occupation of the land to the extent that no other provision is made for its inclusion, and
- (d) damages for injurious affection.
- ...
- 66(1) An expropriating authority shall pay interest at a rate the Board considers just
- (a) with respect to
- (i) compensation for the land, and
- (ii) severance damages on a partial taking from the date of acquisition of title until payment in full;
- (b) on damages for disturbance from the date of the award of the damages until payment in full.
- (2) Notwithstanding subsection (1), if the owner is in possession when the expropriating authority acquires title, he is not entitled to interest until he has given up possession.
- (3) If the expropriating authority has delayed in notifying the owner of the proposed payment beyond the prescribed time, the Board shall order the expropriating authority to pay additional interest on the value of the land and severance damage, if any, from the beginning of the delay until the proposed payment is or was made, at the same rate as that prescribed in subsection (1).
- (4) If the amount of the proposed payment is less than 80% of the amount awarded for the interest taken and severance damage, if any, the Board shall order the expropriating authority to pay additional interest at the same rate as that prescribed in subsection (1), from the date of notifying the owner of the proposed payment until payment, on the amount by which the compensation exceeds the amount of the proposed payment.
- (5) Notwithstanding subsections (3) and (4), if the Board is of the opinion that a proposed payment of less than 80% of the amount awarded for the interest taken and severance damage, if any, or any delay in notifying the owner of the proposed payment is not the fault of the expropriating authority, the Board may refuse to allow the owner additional interest for the whole or any part of any period for which he would otherwise be entitled to interest.
- c) la valeur pour le propriétaire de tout élément représentant pour lui un avantage économique particulier directement attribuable ou accessoire à son occupation du bien-fonds dans la mesure où aucune autre disposition ne prévoit son inclusion; et
- d) les effets préjudiciables.
- ...
- 66(1) Les autorités d'expropriation paient des intérêts à un taux que la Commission estime juste:
- a) à l'égard
- (i) de l'indemnité afférente au bien-fonds exproprié, et
- (ii) des dommages-intérêts relatifs à la séparation attribuable à l'expropriation partielle depuis la date d'acquisition du titre de propriété jusqu'au paiement intégral;
- b) à l'égard des dommages-intérêts pour troubles de jouissance depuis la date de l'octroi des dommages-intérêts jusqu'au paiement intégral.
- (2) Par dérogation au paragraphe (1), si le propriétaire est toujours en possession du bien-fonds quand les autorités d'expropriation acquièrent le titre de propriété, il n'a pas droit à des intérêts à moins d'avoir renoncé à la possession.
- (3) Si les autorités d'expropriation informent le propriétaire du paiement proposé après l'expiration du délai prescrit, la Commission leur ordonne de payer des intérêts supplémentaires sur la valeur du bien-fonds et les dommages-intérêts relatifs à la séparation, le cas échéant, depuis le début du délai jusqu'à ce que le paiement proposé soit effectué, au même taux que celui qui est prescrit au paragraphe (1).
- (4) Si le montant du paiement proposé est inférieur à 80 % du montant accordé pour le droit exproprié et le préjudice résultant de la séparation, le cas échéant, la Commission ordonne aux autorités d'expropriation de payer des intérêts supplémentaires au même taux que celui qui est prescrit au paragraphe (1), depuis la date où le propriétaire a été informé du paiement proposé jusqu'au versement de celui-ci, sur la différence entre l'indemnité accordée et le paiement proposé.
- (5) Par dérogation aux paragraphes (3) et (4), si la Commission est d'avis qu'un paiement proposé, inférieur à 80 % de la somme accordée pour le droit exproprié et le préjudice résultant de la séparation, le cas échéant, ou que le retard à informer le propriétaire du montant du paiement proposé n'est pas imputable aux autorités d'expropriation, elle peut refuser d'accorder au propriétaire des intérêts supplémentaires pendant la totalité ou une partie de toute période au cours de laquelle il aurait autrement eu droit à des intérêts.

Although the Board awarded a total of \$3.8 million, the landowners settled for a global cash payment of \$2.8 million after protracted and acrimonious litigation. In light of the settlement, all the landowners agreed that each would receive his or her proportionate share. The taxpayer's share was allocated in accordance with, and in the same proportion as the constituent elements appearing in the Board's award. According to the parties she was deemed to have received: (1) \$377,015 as compensation under section 42; (2) \$181,319 as ordinary interest under subsections 66(1) and (3); and (3) \$114,272 as additional interest under subsections 66(4) and (5) of the *Expropriation Act*.

I pause here to note that I can see no basis for questioning the method chosen by the landowners for allocating the proceeds of settlement and, in turn, the way in which their respective shares were allocated to reflect the various components of the original award. This is not a case where allocations were arrived at after due consideration of the tax consequences. In substance, there is no difference between the allocations made by the Board, a neutral third party, and those arrived at by the landowners. The facts of this case are to be contrasted with those in *Mohawk Oil Co. v. Canada*, [1992] 2 F.C. 485 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused June 5, 1992 [[1992] 2 S.C.R. viii], where the allocations were premised on professional tax advice. That being said I note that the above figures differ from those in the notice of objection and the notice of confirmation, but I accept them for purposes of this appeal as they were accepted by both parties and apparently by the Trial Judge.

The taxpayer reported her share of the proceeds from the expropriation as business income on her 1984 income tax return and it was so assessed by the Minister of National Revenue (the Minister) on October 22, 1985. By notice of objection, dated December 5, 1985, the taxpayer objected to the assessment on the basis that compensation for the land was taxable as a capital gain, ordinary interest was

Bien que la Commission ait accordé une indemnité totale de 3,8 millions de dollars, les propriétaires ont réglé pour une somme globale de 2,8 millions de dollars, après de longues et acrimonieuses procédures. Au vu du règlement, tous les propriétaires ont convenu que chacun recevrait sa part proportionnelle. La part de la contribuable a été répartie conformément et proportionnellement aux composantes prévues dans la décision de la Commission. Selon les parties, elle est réputée avoir reçu: (1) 377 015 \$, à titre d'indemnité fondée sur l'article 42; (2) 181 319 \$, à titre d'intérêts ordinaires payés aux termes des paragraphes 66(1) et (3); et (3) 114 272 \$, à titre d'intérêts supplémentaires conformément aux paragraphes 66(4) et (5) de la *Expropriation Act*.

Je fais observer ici que je ne vois aucune raison de contester la méthode choisie par les propriétaires pour répartir le produit du règlement et la manière dont leurs parts respectives ont été ventilées afin de tenir compte des différentes composantes énoncées dans l'entente initiale. En l'espèce, la répartition n'a pas été effectuée après un examen approfondi des conséquences fiscales. Essentiellement, il n'y a pas de différence entre la répartition faite par la Commission, un tiers neutre, et celle qui a été établie par les propriétaires. Les faits de l'espèce doivent donc être distingués de ceux énoncés dans l'arrêt *Mohawk Oil Co. c. Canada*, [1992] 2 C.F. 485 (C.A.), dont l'autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada a été refusée le 5 juin 1992 [[1992] 2 R.C.S. viii], et dans lequel la ventilation avait été établie d'après les conseils professionnels d'un fiscaliste. Cela dit, je note que les chiffres précités diffèrent de ceux qui sont énoncés dans les avis d'opposition et de confirmation, mais je les accepte pour les besoins du présent appel puisqu'ils ont été acceptés par les deux parties et, apparemment, par le juge de première instance.

La contribuable a déclaré sa part du produit de l'expropriation comme revenu d'entreprise dans sa déclaration d'impôt de 1984 et c'est à ce titre que le ministre du Revenu national (le ministre) a établi la cotisation le 22 octobre 1985. Par avis d'opposition, en date du 5 décembre 1985, la contribuable s'est opposée à cette cotisation au motif que l'indemnité touchée pour les terrains expropriés était imposable à

taxable as interest income under paragraph 12(1)(c) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 4] of the Act, and, finally, additional interest was simply non-taxable. In response, the Minister confirmed the assessment of October 22, 1985. The taxpayer then launched an appeal to the Trial Division of this Court.

As the arguments advanced before the Trial Judge bear little resemblance to those urged upon us, it is sufficient to outline his critical findings. First, the Trial Judge concluded that as the property was acquired as an adventure or concern in the nature of trade, a fact admitted by the taxpayer, any profit realized on its disposition is taxable on account of income. This was held to be true irrespective of whether the property was disposed of by sale or expropriation. In accordance with the decision of this Court in *Shaw v. Canada*, [1993] 2 F.C. 190 (C.A.), ordinary interest in the amount of \$181,319 was held taxable under paragraph 12(1)(c) of the Act. The remaining amount, including additional interest, was held taxable as income from a business under subsection 9(1) of the Act.

No appeal was launched by the Minister with respect to the Trial Judge's finding that the award made in respect of ordinary interest is taxable under paragraph 12(1)(c) of the Act. This leaves us with the two principal arguments advanced by the taxpayer.

First, it is urged that additional interest is an award in respect of punitive damages, and not "interest" in the strict legal sense in which that term is employed. Furthermore, it is maintained that additional interest is not compensation for lands which have been taken and, therefore, cannot constitute part of the proceeds of disposition. Counsel for the taxpayer admits that this part of his argument is undermined by the ruling in *E.R. Fisher Ltd. v. The Queen*, [1986] 2 C.T.C. 114 (F.C.T.D.). However, he maintains that that case is distinguishable on the facts or, alternatively, no longer

titre de gain en capital, que les intérêts ordinaires étaient imposables à titre de revenu d'intérêt aux termes de l'alinéa 12(1)c) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 4] de la Loi, et, finalement, que les intérêts supplémentaires n'étaient tout simplement pas imposables. En réponse, le ministre a maintenu la cotisation établie le 22 octobre 1985. La contribuable a ensuite interjeté appel devant la Section de première instance de la Cour.

Étant donné que les arguments soulevés devant le juge de première instance ressemblent peu à ceux qui ont été débattus devant nous, il suffira d'énoncer les conclusions cruciales du juge de première instance. Tout d'abord, il a statué que, si les terrains ont été acquis dans le cadre d'un projet comportant un risque ou d'une affaire de caractère commercial, ce qu'a reconnu la contribuable, tout bénéfice provenant de sa disposition est imposable en tant que revenu. Cela est vrai que l'aliénation du terrain résulte d'une vente ou d'une expropriation. Conformément à la décision de la présente Cour dans l'arrêt *Shaw c. Canada*, [1993] 2 C.F. 190 (C.A.), les intérêts ordinaires au montant de 181 319 \$ ont été jugés imposables en vertu de l'alinéa 12(1)c) de la Loi. La somme restante, y compris les intérêts supplémentaires, a été jugée imposable en tant que revenu tiré d'une entreprise aux termes du paragraphe 9(1) de la Loi.

Le ministre n'a pas interjeté appel de la conclusion du juge de première instance selon laquelle les intérêts ordinaires accordés sont imposables conformément à l'alinéa 12(1)c) de la Loi. Il reste donc à trancher les deux principaux arguments soulevés par la contribuable.

Tout d'abord, elle fait valoir que les intérêts supplémentaires ont été accordés à titre de dommages-intérêts punitifs, et non pas à titre «d'intérêt» au sens strictement juridique du terme. En outre, les intérêts supplémentaires ne constituent pas une indemnité pour les terrains qui ont été expropriés et, par conséquent, ne peuvent faire partie du produit de la disposition. L'avocat de la contribuable admet que cette partie de son plaidoyer est affaibli par la décision *E.R. Fisher Ltd. c. La Reine*, [1986] 2 C.T.C. 114 (C.F. 1^{re} inst.). Toutefois, il soutient que les faits de cette décision

good law in light of *Shaw v. Canada, supra*. If these arguments find acceptance then counsel reasoned that subsection 9(1) of the Act can have no application in this case. As to the application of paragraph 3(a) the taxpayer relies principally on *R. v. Cranswick*, [1982] 1 F.C. 813 (C.A.). That case brings into consideration the concept of windfall gains.

As an alternative argument, counsel for the taxpayer submits that if additional interest is deemed part of the proceeds of disposition, then the former should be treated as a capital receipt along with the \$377,015 compensation award. This leads us to the taxpayer's second argument, namely that the proceeds of disposition (minus ordinary interest) must be taxed as a capital receipt by virtue of subparagraph 54(h)(iv) of the Act. The taxpayer concedes that had she effected a voluntary sale of her lands, the sale would have given rise to income from a business by virtue of the extended definition of "business" found in subsection 248(1) [as am. by S.C. 1979, c. 5, s. 66] of the Act, which includes an adventure or concern in the nature of trade. However, the taxpayer insists that the monies received are not of an income nature since subparagraph 54(h)(iv) deems compensation for property taken under statutory authority to be proceeds of disposition giving rise to a capital gain. I shall deal with the latter argument first.

The flaw in the taxpayer's capital/income argument can be traced to her assumption that subparagraph 54(h)(iv) deems proceeds of disposition received on an expropriation to be a capital receipt. At the relevant time, subparagraph 54(h)(iv) and the preceding subparagraphs read as follows:

54. . . .

- (h) "proceeds of disposition" of property includes,
- (i) the sale price of property that has been sold,
 - (ii) compensation for property unlawfully taken,

peuvent être distingués de ceux de l'espèce ou, subsidiairement, qu'elle ne fait plus autorité au vu de l'arrêt *Shaw c. Canada*, précité. Si ces arguments sont acceptés, alors, selon l'avocat, le paragraphe 9(1) de la Loi ne peut s'appliquer en l'espèce. Pour ce qui a trait à l'application de l'alinéa 3a), la contribuable s'appuie principalement sur l'arrêt *R. c. Cranswick*, [1982] 1 C.F. 813 (C.A.). Cette affaire traitait de la notion de gains fortuits.

Comme argument subsidiaire, l'avocat de la contribuable fait valoir que si les intérêts supplémentaires sont réputés faire partie du produit de la disposition, alors ces intérêts devraient être traités comme un gain en capital, au même titre que l'indemnité de 377 015 \$. Ceci nous amène au second argument de la contribuable, savoir que le produit de la disposition (moins les intérêts ordinaires) doit être imposé en tant que capital conformément au sous-alinéa 54h)(iv) de la Loi. La contribuable concède que, si elle avait vendu volontairement ses terrains, la vente aurait donné lieu à un revenu tiré d'une entreprise compte tenu de la définition élargie donnée au terme «entreprise» au paragraphe 248(1) [mod. par S.C. 1979, ch. 5, art. 66] de la Loi, qui englobe un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial. Toutefois, la contribuable insiste sur le fait que les sommes qu'elle a reçues ne sont pas de la nature d'un revenu étant donné qu'en vertu du sous-alinéa 54h)(iv) l'indemnité afférente aux biens pris en vertu d'une loi est réputée être le produit de disposition donnant lieu à un gain en capital. Je traiterai tout d'abord du dernier argument proposé.

La faiblesse de l'argument de la contribuable reposant sur la distinction entre capital et revenu se trouve dans son hypothèse selon laquelle, en vertu du sous-alinéa 54h)(iv), le produit de disposition résultant d'une expropriation est réputé être une rentrée de capital. À l'époque pertinente, le sous-alinéa 54h)(iv) et les sous-alinéas précédents étaient rédigés dans les termes suivants:

54. . . .

- h) «produit de disposition» d'un bien comprend
- (i) le prix de vente du bien qui a été vendu,
 - (ii) toute indemnité pour biens pris illégalement,

(iii) compensation for property destroyed, and any amount payable under a policy of insurance in respect of loss or destruction of property,

(iv) compensation for property taken under statutory authority or the sale price of property sold to a person by whom notice of an intention to take it under statutory authority was given, ^a

(iii) toute indemnité afférente à la destruction de biens, et toute somme payable en vertu d'une police d'assurance du fait de la perte ou de la destruction de biens,

(iv) toute indemnité afférente aux biens pris en vertu d'une loi, ou le montant du prix de vente des biens vendus à une personne ayant donné un avis de son intention de les prendre en vertu d'une loi,

As is apparent paragraph 54(h) is not a deeming provision and in this respect is to be contrasted, for example, with subsection 39(4) [as enacted by S.C. 1977-78, c. 1, s. 16; S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 18] and section 54.2 [as enacted by S.C. 1988, c. 55, s. 32] of the present Act. Pursuant to subsection 39(4), a disposition of Canadian securities is deemed to be a disposition of capital property if the taxpayer makes an election to this effect. Under section 54.2 shares received as consideration for the transfer to a corporation of all or substantially all of the assets of an active business are deemed to be capital property. Subparagraphs 54(h)(iv) and (v), on the other hand, were added to the Act to counter the decision in *Kicking Horse Forest Products Ltd. v. British Columbia (Minister of Finance)*, [1973] 6 W.W.R. 343 (B.C.S.C.); affd (1974), 49 D.L.R. (3d) 149 (B.C.C.A.); affd [1976] 1 S.C.R. 711. In that case it was held that an expropriation did not constitute a sale within the meaning of the *Logging Tax Act*, R.S.B.C. 1960, c. 225, s. 2(b). In the absence of subparagraph 54(h)(iv) it would be open for a taxpayer to assert that property taken by expropriation does not constitute a disposition and, therefore, there can be no proceeds: see generally B. J. Arnold, T. Edgar, and J. Li, eds., *Materials on Canadian Income Tax*, 10th ed. (Scarborough, Ont.: Carswell, 1993), at page 533, note 78.

The foregoing analysis, in my view, is sufficient to dispose of the capital/income issue. Accordingly, the \$377,015 received by the taxpayer as compensation for the land is taxable as income from a business under subsection 9(1) of the Act. On that point the Trial Judge's decision must be affirmed. The only issue that remains is whether additional interest is income within the meaning of subsection 9(1) or

Il est manifeste que l'alinéa 54h) ne crée pas de présomption et, à cet égard, il y a lieu de faire la différence entre cette disposition et, par exemple, le paragraphe 39(4) [édicte par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 16; S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 18] et l'article 54.2 [édicte par L.C. 1988, ch. 55, art. 32] de la Loi actuelle. Aux termes du paragraphe 39(4), la disposition de titres canadiens est réputée être la disposition d'un bien en immobilisation si le contribuable en fait le choix. En vertu de l'article 54.2, les actions reçues en contrepartie du transfert à une corporation de la totalité ou presque de l'actif qu'une personne utilisait dans une entreprise qu'elle exploitait activement sont réputées être des biens en immobilisation. Les sous-alinéas 54h)(iv) et (v), par ailleurs, ont été ajoutés à la Loi pour contrer l'effet de la décision rendue dans *Kicking Horse Forest Products Ltd. v. British Columbia (Minister of Finance)*, [1973] 6 W.W.R. 343 (C.S.C.-B.); confirmée à (1974), 49 D.L.R. (3d) 149 (C.A.C.-B.); confirmée à [1976] 1 R.C.S. 711. Dans cette affaire, la Cour a statué qu'une expropriation ne constituait pas une vente aux termes de la *Logging Tax Act*, R.S.B.C. 1960, ch. 225, art. 2b). En l'absence du sous-alinéa 54h)(iv), il serait loisible à un contribuable d'affirmer que les biens pris par voie d'expropriation ne constituent pas une disposition et, par conséquent, qu'il ne peut y avoir de produit de disposition; voir B. J. Arnold, T. Edgar et J. Li, éditeurs, *Materials on Canadian Income Tax*, 10^e éd. (Scarborough, Ont.): Carswell, 1993), à la page 533, note 78.

À mon avis, l'analyse qui précède suffit pour régler la question relative à la distinction entre capital et revenu. Par conséquent, les 377 015 \$ que la contribuable a touchés à titre d'indemnité pour les terrains expropriés sont imposables en tant que revenu tiré d'une entreprise aux fins du paragraphe 9(1) de la Loi. Sur ce point, la décision du juge de première instance doit être confirmée. La seule question qui reste à

paragraph 3(a) of the Act. I turn first to the issue of taxation under subsection 9(1) which reads as follows:

9. (1) Subject to this Part, a taxpayer's income for a taxation year from a business or property is his profit therefrom for the year.

The jurisprudence relating to the taxation of monies received by a taxpayer from an expropriating authority embraces three decisions of this Court: *Sani Sport Inc. v. The Queen*, [1987] 1 C.T.C. 411 (F.C.T.D.); aff'd [1990] 2 C.T.C. 15 (F.C.A.); *Shaw v. Canada, supra*, and *E.R. Fisher Ltd. v. The Queen, supra*.

In *Sani Sport Inc.* it was held that an amount paid as damages for loss of potential business use was to be included in the computation of the taxpayer's proceeds of disposition under paragraph 54(h)(iv) of the Act. The general rule which flows from that decision is that compensation paid for expropriated lands will be treated as a unitary sum. In certain instances, however, specific awards will be allocated and receive differential tax treatment. An exception to the general rule arises in the context of compensation paid for injurious affection. Such compensation does not relate to lands which have been taken, but rather with the diminution in value of lands retained by the taxpayer following the expropriation. Subparagraph 54(h)(v) of the Act makes express provision for awards based on injurious affection. It is generally assumed that the part-disposition rules in section 43 [as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 17] and paragraph 53(2)(d) of the Act are applicable in such circumstances: see Arnold, *supra*, at page 533, note 79.

The general rule cannot, of course, apply to compensation which falls into the category of ordinary interest. In *Shaw v. Canada, supra*, this Court was required to determine whether ordinary interest pay-

trancher est de déterminer si les intérêts supplémentaires sont un revenu au sens du paragraphe 9(1) ou de l'alinéa 3a) de la Loi. Je traiterai tout d'abord du revenu imposé aux termes du paragraphe 9(1) qui est formulé dans les termes suivants:

9. (1) Sous réserve des dispositions de la présente Partie, le revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition est le bénéfice qu'il en tire pour cette année.

La jurisprudence ayant trait à l'imposition des sommes que des autorités d'expropriation versent à un contribuable comprend trois jugements de la présente Cour: *Sani Sport Inc. c. La Reine*, [1987] 1 C.T.C. 411 (C.F. 1^{re} inst.); confirmée à [1990] 2 C.T.C. 15 (C.A.F.); *Shaw c. Canada*, précité, et *E.R. Fisher Ltd. c. La Reine*, précité.

Dans *Sani Sport Inc.*, la Cour a statué qu'une somme payée à titre de dommages-intérêts pour perte d'activité commerciale potentielle devait être incluse dans le calcul du produit de la disposition aux termes du sous-alinéa 54h)(iv) de la Loi. La règle générale qui se dégage de cette décision établit que l'indemnité versée à l'égard de terrains expropriés sera traitée comme un tout. Dans certains cas, toutefois, certaines sommes seront ventilées et feront l'objet d'un traitement fiscal différent. Cette règle générale souffre une exception au chapitre de l'indemnité versée pour le préjudice subi. Une telle indemnité ne se rattache pas aux terrains qui ont été expropriés, mais plutôt à la diminution de valeur des terrains conservés par le contribuable à la suite de l'expropriation. Le sous-alinéa 54h)(v) de la Loi prévoit expressément le versement d'une indemnité afférente à des biens ayant subi un préjudice. On suppose généralement que les règles régissant la disposition partielle d'un bien, énoncées à l'article 43 [mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 17] et à l'alinéa 53(2)d) de la Loi, s'appliquent en pareilles circonstances: voir Arnold, précité, à la page 533, note 79.

Bien entendu, la règle générale ne peut s'appliquer à l'indemnité classée dans la catégorie des intérêts ordinaires. Dans l'arrêt *Shaw c. Canada*, précité, la présente Cour devait déterminer si les intérêts ordina-

able under the *Expropriation Act*, in regard to a capital property, should be characterized as interest taxable under paragraph 12(1)(c) or whether it should be included as proceeds of disposition pursuant to subparagraph 54(h)(iv) and, therefore, treated as a capital receipt. It was held taxable under the former provision on the ground that ordinary interest is not compensation for property taken, but rather is compensation for the loss of use of money not paid on the date the expropriation takes effect. Thus, ordinary interest was segregated from the capital component of the expropriation award.

Applying the reasoning in *Shaw* to the facts of this case, it is clear that additional interest does not constitute compensation for lands which have been taken, nor does it represent compensation for the loss of use of money. As to the true nature of such an award, one need only turn to the decision of the Alberta Court of Appeal in *Mannix v. The Queen*, *supra*. At page 310 Stevenson J.A. (as he then was) stated that interest awarded pursuant to subsection 66(4), "is clearly penal, as distinct from compensatory or restitutionary". Additionally, he states that additional interest is intended to discourage token or unrealistic payments from being tendered and that an owner of land is not entitled to such an award as a matter of compensation.

I do not think it can be doubted that a valid distinction exists between additional and ordinary interest. The latter represents, "compensation for the use or retention by one person of a sum of money, belonging to, . . . another" (*Attorney-General for Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] S.C.R. 570, at page 575). An award in respect of additional interest does not serve those ends. Rather it serves the same ends as a punitive damage award: see generally *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085; and *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130. Accordingly, the

res payables en vertu de la *Expropriation Act*, à l'égard d'un bien en immobilisation, devaient être qualifiés d'intérêts imposables aux termes de l'alinéa 12(1)c) ou être inclus dans le produit de la disposition conformément au sous-alinéa 54h)(iv) et, en conséquence, être traités comme une rentrée de capital. La Cour a statué que ces sommes étaient imposables en vertu de la première disposition au motif que les intérêts ordinaires ne constituent pas une indemnité afférente aux biens expropriés, mais plutôt une indemnité pour la perte de rendement des sommes non versées à la date d'effet de l'expropriation. Ainsi, les intérêts ordinaires ont été soustraits de la composante «capital» prévue dans l'entente relative à l'expropriation.

Si l'on applique le raisonnement énoncé dans l'arrêt *Shaw* aux faits de l'espèce, il est clair que les intérêts supplémentaires ne constituent pas une indemnité pour les terrains qui ont été pris, non plus qu'une indemnité pour la perte de rendement des sommes accordées. Pour déterminer la véritable nature d'une telle somme, il suffit d'examiner la décision de la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *Mannix v. The Queen*, précité. À la page 310, le juge d'appel Stevenson (tel était alors son titre) déclare que les intérêts accordés conformément au paragraphe 66(4) [TRADUCTION] «l'ont manifestement été à titre pénal, et non pas à titre d'indemnisation ou de dédommagement». En outre, il indique que les intérêts supplémentaires ont pour but de dissuader les offres de paiements symboliques ou irréalistes et qu'un propriétaire foncier n'a pas le droit de réclamer une telle somme à titre d'indemnisation.

Je ne pense pas qu'il soit possible de nier qu'il existe une distinction valide entre les intérêts ordinaires et les intérêts supplémentaires. Les intérêts ordinaires représentent [TRADUCTION] «une indemnité pour l'usage ou la rétention, par une personne, d'une somme d'argent appartenant à . . . quelqu'un d'autre» (*Attorney-General for Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] R.C.S. 570, à la page 575). Les sommes accordées à titre d'intérêts supplémentaires ne servent pas ces fins. Elles servent plutôt les mêmes fins que des dommages-intérêts punitifs: voir *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1

amount in question cannot be treated, for tax purposes, in the same manner as compensation awarded under the various headings set out in subsection 42(2) of the *Expropriation Act*. In short, additional interest is not to be used for the purpose of calculating a gain or loss on the disposition of a property pursuant to subsection 9(1) of the Act. This leads me to consider the trial decision in *E.R. Fisher Ltd. v. The Queen, supra*. Admittedly, that case does not support my conclusion.

The facts in *E.R. Fisher Ltd.* are, for all intents and purposes, identical to those under consideration. In that case the taxpayer became entitled to additional interest following an expropriation of a capital property pursuant to a comparable provision found in the federal *Expropriation Act*, R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 16, s. 33(3)(b). The taxpayer took the position that additional interest constituted a non-taxable windfall. The Minister reassessed the taxpayer on the basis that the amount formed part of the proceeds of disposition and was a taxable capital gain. The taxpayer's appeal to the Trial Division of this Court was dismissed, *inter alia*, on the basis that: "The payment [of additional interest] was partial consideration for and in recognition of the [taxpayer's] property interest" (at page 121). In light of the subsequent holding in *Shaw* and of the fact that an award in respect of additional interest constitutes punitive damages, *E.R. Fisher Ltd.* can no longer be considered good law. Thus, it remains to be decided whether additional interest is included as income from a source under paragraph 3(a) of the Act. That issue brings into consideration the fundamental concept of income, as that term is employed in the Act, and the related concept of windfall gains.

The notion of what receipts constitute income for purposes of taxation is central to the workings of the Act. Standing alone the term income is susceptible to widely diverging interpretations. Narrowly construed,

R.C.S. 1085; et *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130. Par conséquent, la somme en question ne peut être traitée, aux fins fiscales, de la même manière que l'indemnité accordée aux différents chapitres énoncés au paragraphe 42(2) de la *Expropriation Act*. Bref, les intérêts supplémentaires ne doivent pas servir au calcul d'un gain ou d'une perte provenant de la disposition d'un bien, conformément au paragraphe 9(1) de la Loi. Ceci m'amène à examiner la décision de la Section de première instance dans *E.R. Fisher Ltd. c. La Reine*, précitée. De toute évidence, cette décision n'appuie pas ma conclusion.

Dans *E.R. Fisher Ltd.*, les faits sont, à toutes fins pratiques, identiques à ceux de l'espèce. Dans cette affaire, la contribuable avait droit à des intérêts supplémentaires par suite d'une expropriation de biens en immobilisation, aux termes d'une disposition comparable énoncée à l'alinéa 33(3)b) de la *Loi sur l'expropriation*, S.R.C. 1970, (1^{er} Supp.), ch. 16. La contribuable a fait valoir que les intérêts supplémentaires constituaient un gain fortuit non imposable. Le ministre a établi une nouvelle cotisation au motif que la somme faisait partie du produit de la disposition et constituait donc un gain en capital imposable. L'appel interjeté par la contribuable devant la Section de première instance de la présente Cour a été rejeté, entre autres choses, pour le motif suivant: «Le paiement [des intérêts supplémentaires] constituait une contrepartie partielle ou la reconnaissance du droit qu'avait la [contribuable] sur l'immeuble» (à la page 121). Au vu de la décision subséquente rendue dans l'arrêt *Shaw* et du fait qu'une somme accordée à titre d'intérêts supplémentaires constitue des dommages-intérêts punitifs, la décision *E.R. Fisher Ltd.* ne peut plus être considérée comme faisant autorité. Ainsi, il me reste à déterminer si les intérêts supplémentaires sont inclus à titre de «revenu ... dont la source» au sens de l'alinéa 3a) de la Loi. Cette question nous amène à examiner la notion fondamentale de revenu, au sens où ce terme est employé dans la Loi, et la notion connexe de gain fortuit.

La détermination des rentrées de fonds qui constituent un revenu aux fins de l'imposition est essentielle à l'économie de la Loi. Pris isolément, le terme revenu prête à des interprétations extrêmement diver-

income may be defined to include only those amounts received by taxpayers on a recurring basis. Broadly construed, income may be defined so as to capture all accretions to wealth. Canadian taxpayers are more likely to embrace the former definition. The latter approach reflects the economist's concern for achieving horizontal and vertical equity in a taxation system. Such a concern translates into a broad understanding of what receipt items should be included in income. This perspective is reflected in the *Report of the Royal Commission on Taxation*. Working from the Haig-Simon's definition of income, that Commission recommended a modified, but comprehensive tax base. Had its recommendations become law we would have witnessed, for example, the taxation of gifts and inheritances. Instead, the concept of income under the Act remains undefined, except to the extent that income must be from a source.

There can be no doubt that the source doctrine serves to narrow the reach of the charging provisions of the Act so as to permit certain receipts to escape taxation, including gifts and inheritances. The more difficult question relates to the precise scope of the doctrine and the legal criteria to be applied when assessing whether a particular receipt is taxable. The statutory source of the doctrine itself is, of course, section 3 of the Act which provides the basic framework for determining a taxpayer's income for a taxation year for purposes of Part I of the Act. It is paragraph 3(a) which introduces the concept of income from a source:

3. The income of a taxpayer for a taxation year for the purposes of this Part is his income for the year determined by the following rules:

(a) determine the aggregate of amounts each of which is the taxpayer's income for the year (other than a taxable capital gain from the disposition of a property) from a source inside or outside Canada, including, without restricting the generality of the foregoing, his income for the year from each office, employment, business and property. [Emphasis added.]

gentes. Interprété de façon stricte, le revenu peut être restreint uniquement aux sommes que touchent les contribuables de façon périodique. Interprété de façon large, le revenu peut englober tout ce qui contribue à accroître la richesse. Il est probable que les contribuables canadiens préféreront la première définition. La deuxième approche reflète la préoccupation des économistes qui cherchent à établir l'équité horizontale et verticale dans un régime fiscal. Ils ont donc tendance à interpréter largement les rentrées de fonds qui devraient être incluses dans le revenu. Cette perspective se retrouve dans le *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la fiscalité*. À partir de la définition de revenu de Haig-Simon, cette Commission recommandait l'établissement d'une assiette fiscale modifiée mais complète. Si cette recommandation était devenue loi, nous aurions assisté, par exemple, à l'imposition des dons et des legs. Au lieu de cela, la notion de revenu est demeurée sans définition dans la Loi, à l'exception du fait que ce revenu doit provenir d'une source quelconque.

Il ne fait aucun doute que la doctrine relative à la source du revenu sert à restreindre la portée des dispositions de la Loi imposant une responsabilité, de façon que certaines rentrées de fonds puissent échapper au fisc, notamment les dons et les legs. Il existe une question plus difficile, cependant, et c'est de définir la portée précise de la doctrine et les critères juridiques qui doivent s'appliquer pour déterminer si une rentrée de fonds particulière est imposable. L'origine de la doctrine elle-même se trouve bien entendu à l'article 3 de la Loi qui constitue le fondement à partir duquel le revenu d'un contribuable peut être déterminé dans une année d'imposition donnée pour les fins de la Partie I de la Loi. La notion de revenu tiré d'une source est énoncée à l'alinéa 3a):

3. Le revenu d'un contribuable pour une année d'imposition, aux fins de la présente Partie, est son revenu pour l'année, déterminé selon les règles suivantes:

a) en calculant le total des sommes qui constituent chacune le revenu du contribuable pour l'année (autre qu'un gain en capital imposable résultant de la disposition d'un bien), dont la source se situe à l'intérieur ou à l'extérieur du Canada, y compris, sans restreindre la portée générale de ce qui précède, le revenu tiré de chaque charge, emploi, entreprise et bien. [Non souligné dans l'original.]

The historical origins of the source doctrine are well known and worth highlighting when contrasted with the manner in which it has been recast in the above paragraph. The adoption of the source concept of income can be traced to England's taxing statutes of the 19th century, which required taxpayers to file separate returns for each source of income. The legislated objective was to ensure that no one official knew a person's total income. More importantly, the source doctrine distinguished between the receipt of income from a source and the disposition of the source itself. In an agrarian society, land is considered to be the source of income. Profits are derived from the annual harvest and represent income. A disposition of the land itself, that is to say the capital, is considered to be of a different character and, hence, the distinction between income and capital is critical. The distinction is as important today as it was in centuries past.

The English taxation system retains the source concept of income, now referred to as the schedule system. Unless a receipt comes within one of six named schedules it is simply not taxable. Thus gifts, inheritances and windfalls, not being from a specified source, are treated as non-taxable receipts. The distinction drawn between income and capital is preserved and, thus, capital gains are immune from taxation.

The Canadian approach is similar to its English counterpart, but only to the extent that the definition of income is circumscribed by the source doctrine. The critical distinction between the two approaches lies in the fact that paragraph 3(a) refers initially to income from any source and then goes on to identify the traditional sources: income from each office, employment, business and property. Paragraph 3(a) makes it clear that the named sources are not exhaustive and, thus, income can arise from other unidentified sources. In summary, Parliament has chosen to define income by reference to a restrictive doctrine while recasting it in such a manner as to achieve broader ends. Commentators, however, are agreed that

Les origines historiques de cette doctrine sont bien connues et méritent d'être soulignées par contraste avec la manière dont elles ont été reformulées dans l'alinéa ci-dessus. La notion de source du revenu remonte aux lois fiscales anglaises du 19^e siècle, qui exigeaient que les contribuables produisent une déclaration d'impôt pour chaque source de revenu. L'objectif du législateur était de s'assurer qu'aucun fonctionnaire ne connaisse le revenu total d'une personne. Plus important encore, la doctrine de la source du revenu faisait une distinction entre le revenu provenant d'une source et la disposition de la source elle-même. Dans une société agraire, la terre est considérée comme la source du revenu. Les bénéfices sont tirés des récoltes annuelles et représentent le revenu. La disposition de la terre elle-même, c'est-à-dire du capital, est vue comme une opération de nature différente et, par conséquent, la distinction entre le revenu et le capital est cruciale. Cette distinction est aussi importante aujourd'hui qu'elle l'était dans les siècles passés.

Le régime fiscal anglais a retenu la notion de source du revenu, maintenant connue sous l'expression de système de liste. À moins de pouvoir être classée dans l'une des six listes désignées, une rentrée de fonds n'est tout simplement pas imposable. Ainsi donc, les dons, les legs et les gains fortuits, ne découlant pas d'une source désignée, sont traités comme des rentrées de fonds non imposables. La distinction établie entre le revenu et le capital est préservée et, ainsi, les gains en capital sont exonérés d'impôt.

La méthode canadienne est semblable à celle adoptée par le régime anglais, mais uniquement dans la mesure où la définition de revenu est circonscrite par la doctrine de la source du revenu. La distinction essentielle entre ces deux méthodes repose sur le fait que l'alinéa 3a) fait d'abord référence à un revenu provenant de n'importe quelle source et identifie ensuite les sources traditionnelles: le revenu tiré de chaque charge, emploi, entreprise et bien. L'alinéa 3a) indique clairement que les sources désignées ne sont pas exhaustives et, ainsi, que le revenu peut provenir d'autres sources non identifiées. Bref, le Parlement a choisi de définir le revenu en faisant référence à une doctrine restrictive, mais en le formulant d'une ma-

paragraph 3(a) continues to receive a narrow construction: see Arnold, *supra*, at page 48 *et seq.*; V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 4th ed., (Scarborough, Ont.: Carswell, 1992), at pages 129-130; and J. A. Rendall, "Defining the Tax Base", in B. G. Hansen, V. Krishna and J. A. Rendall, eds., *Canadian Taxation* (Toronto: Richard De Boo, 1981), at page 59.

The restrictive interpretation imposed on paragraph 3(a) can be traced, at least in part, to the pre-1984 understanding that ambiguities in the charging sections of taxing statutes—being penal in nature—were to be resolved in favour of the taxpayer: see e.g. *British Columbia Railway v The Queen*, [1979] CTC 56 (F.C.T.D.). That traditional view went unchallenged until the decision of the Supreme Court of Canada in *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536. In that case the Supreme Court displaced the rule of strict construction with the contextual approach to statutory interpretation advocated by E. A. Driedger in his classic work, *Construction of Statutes*, 2nd ed., (Toronto: Butterworths, 1983) where at page 87, the author observed:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

Recently, the Supreme Court has taken the opportunity to summarize the applicable canons of statutory construction in *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3. The tenets of the "teleological" approach are, now, firmly entrenched in our jurisprudence. For our purposes, it is sufficient to draw attention to the residual tenet: "Only a reasonable doubt, not resolved by the ordinary rules of interpretation, will be settled by recourse to the residual presumption in favour of the taxpayer" (*per* Gonthier J. for the Court, at page 20). I mention this particular rule of construction because it has been applied by the Supreme Court in

nière propre à atteindre des fins plus larges. Toutefois, les auteurs s'entendent pour dire que l'alinéa 3a) continue d'être interprété de façon restrictive: voir Arnold, précité, à la page 48 et suivantes; V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 4^e éd., (Scarborough, Ont.: Carswell, 1992), aux pages 129 et 130; et J. A. Rendall, «Defining the Tax Base», dans B. G. Hansen, V. Krishna et J. A. Rendall, éditeurs, *Canadian Taxation* (Toronto: Richard De Boo, 1981), à la page 59.

L'interprétation restrictive imposée à l'alinéa 3a) remonte, du moins en partie, au principe antérieur à 1984 selon lequel les ambiguïtés relevées dans les articles des lois fiscales imposant des responsabilités—à cause de leur caractère pénal—devaient être interprétées en faveur du contribuable: voir *British Columbia Railway c La Reine*, [1979] CTC 56 (C.F. 1^{re} inst.). Cette opinion traditionnelle n'a jamais été contestée avant la décision de la Cour suprême du Canada dans *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536. Dans cet arrêt, la Cour suprême a remplacé la règle de l'interprétation stricte par l'approche contextuelle relative à l'interprétation des lois prônée par E. A. Driedger dans son ouvrage classique, *Construction of Statutes*, 2^e éd. (Toronto: Butterworths, 1983) où, à la page 87, l'auteur fait observer ce qui suit:

[TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution: il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

Récemment, la Cour suprême a eu l'occasion de résumer les principes applicables à l'interprétation des lois dans l'arrêt *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3. Les principes de l'approche «téléologique» sont maintenant fermement établis dans notre jurisprudence. Pour les fins de l'espèce, il suffit de souligner le principe résiduel suivant: «Seul un doute raisonnable et non dissipé par les règles ordinaires d'interprétation sera résolu par le recours à la présomption résiduelle en faveur du contribuable» (le juge Gonthier s'exprimant au nom de la Cour, à la page 20). Je mentionne cette règle d'interprétation particulière parce qu'elle a

a case involving the application of paragraph 3(a) of the Act. That case will be canvassed below.

The rule of strict construction might explain the reluctance of courts to recognize new sources of income. Unfortunately, not even the application of the contextual and teleological approaches to statutory construction sheds light on the scope of the source doctrine. Turning to two related provisions of the Act we find that Parliament has chosen to include and exclude items from income without regard to whether their tax treatment offends the source doctrine. Section 12 of the Act prescribes a multitude of inclusions to income from a business or property. The list of exclusionary items found in section 81 is even longer. Arguably, several of the items would be treated differently under the source doctrine were it not for these two sections of the Act. I recognize that it is necessary for Parliament to include and exclude items from income as a means of pursuing various social and economic objectives. The result, however, is that it is futile to pursue the contextual or teleological approach to the interpretation of paragraph 3(a). The parameters of the source doctrine cannot be distilled from provisions intended to contradict the very precepts underlying the doctrine itself.

Against this background, we are left to pursue the judicial understanding of what items fall outside the grasp of paragraph 3(a). I begin with the recognized exclusionary categories: gambling gains, gifts and inheritances, and the residual category of windfall gains. I shall deal briefly with the first two categories as they provide the underlying framework for the third.

Gambling gains are non-taxable provided the taxpayer is not in the business of gambling: see *Graham v. Green*, [1925] 2 K.B. 37; *Minister of National Revenue v. Walker William, S.*, [1952] Ex. C.R. 1; *Morden, Harry Edgar v. Minister of National*

été appliquée par la Cour suprême dans une affaire portant sur l'alinéa 3a) de la Loi. Cette affaire sera examinée ultérieurement.

La règle de l'interprétation stricte peut expliquer l'hésitation des tribunaux à reconnaître de nouvelles sources de revenu. Malheureusement, même l'application des approches contextuelle et téléologique à l'interprétation des lois ne permet pas de préciser la portée de la doctrine de la source du revenu. L'examen de deux dispositions connexes de la Loi nous permet de constater que le législateur a choisi d'inclure dans le revenu, et d'en exclure, certains éléments sans se soucier de savoir si leur traitement fiscal porte atteinte à la doctrine de la source du revenu. L'article 12 de la Loi prescrit une multitude de sommes à inclure comme revenu tiré d'une entreprise ou d'un bien. La liste des sommes exclues du calcul du revenu, qui se trouve à l'article 81, est encore plus longue. Il est possible de penser que plusieurs de ces éléments recevraient un traitement fiscal différent en vertu de la doctrine de la source du revenu en l'absence de ces deux articles de la Loi. Je reconnais que le législateur doit nécessairement inclure dans le revenu, et en exclure, certains éléments afin de promouvoir différents objectifs sociaux et économiques. Toutefois, le résultat démontre qu'il est vain de chercher à appliquer l'approche contextuelle ou téléologique pour interpréter l'alinéa 3a). Les paramètres de la doctrine de la source du revenu ne peuvent être extraits de dispositions qui ont pour but de contredire les fondements même de cette doctrine.

Dans ce contexte, les tribunaux doivent décider des éléments qui, d'après eux, sont exclus de la portée de l'alinéa 3a). Je commencerai par les catégories d'exclusion reconnues: les gains tirés du jeu, les dons et les legs, et la catégorie résiduelle des gains fortuits. Je traiterai brièvement des deux premières catégories, étant donné qu'elles constituent le fondement de la troisième.

Les gains tirés du jeu ne sont pas imposables pourvu que le contribuable ne fasse pas le commerce du jeu: voir *Graham v. Green*, [1925] 2 K.B. 37; *Minister of National Revenue v. Walker, William S.*, [1952] R.C.É. 1; *Morden, Harry Edgar v. Minister of*

Revenue, [1962] Ex. C.R. 29. The classical reason for excluding such receipts from income is that a “bet” is based on an “irrational agreement”. A more compelling argument is that a gambling gain does not flow from a productive source. That is, a source that is capable of producing income: see F. E. LaBrie, *The Principles of Canadian Income Taxation*, (Don Mills, Ont.: CCH Canadian Ltd., 1965), at page 25.

There is no need to cite authorities for the proposition that gifts and inheritances are immune from taxation. It is well accepted that these items represent non-recurring amounts and the transfer of old wealth. Underlying the source doctrine is the understanding that income involves the creation of new wealth. Gifts do not flow from a productive source of income. Where a gift emanates from what otherwise is regarded as a productive source, e.g. the taxpayer’s employment, then the issue is one of concealed wages and employee benefits (see section 6 of the Act). To qualify as a gift, there must be voluntary and gratuitous transfer of property. There must be an absence of valuable consideration. Hence, a payment that takes the form of a *quid pro quo* will not be characterized as a gift.

The precise scope of the residual category—windfall gains—has proven problematic. At best, it can be said that a payment which is unexpected or unplanned and not of a recurring nature, is more likely than not to be characterized as a windfall gain. But like all generalizations, this observation must be scrutinized meticulously. I turn now to the jurisprudence which reasonably bears on the issue at hand.

As a starting point, it might be felt that the decision of the Tax Appeal Board in *Cartwright and Sons Ltd. v. Minister of National Revenue* (1961), 61 DTC 499 (T.A.B.) offers the definitive answer. In that case it was held that a punitive damage award was not taxable on the basis that the sum paid to the taxpayer “had no income feature” (at page 501). The legal reasoning of the Board goes no further. A more extensive analysis of paragraph 3(a) was pursued in *R.*

National Revenue, [1962] R.C.É. 29. La raison classique invoquée pour exclure ces sommes du revenu vient du fait qu’un «pari» se fonde sur un «contrat irrationnel». Il serait plus convaincant de les exclure parce que les gains tirés du jeu ne proviennent pas d’une source productive, c’est-à-dire d’une source propre à produire un revenu: voir F. E. LaBrie, *The Principles of Canadian Income Taxation*, (Don Mills (Ont.): CCH Canadian Ltd., 1965), à la page 25.

Il n’est pas nécessaire de citer des autorités favorables à l’exonération des dons et des legs. Il est bien accepté que ces éléments représentent des sommes exceptionnelles et un transfert du patrimoine. Le postulat selon lequel le revenu suppose la création d’une nouvelle richesse est l’un des éléments qui sous-tendent la doctrine de la source du revenu. Les dons ne proviennent donc pas d’une source productive de revenu. Lorsqu’un don provient de ce qui est par ailleurs considéré comme une source productive, par exemple l’emploi d’un contribuable, alors il y a lieu de se demander s’il s’agit d’un salaire ou d’avantages cachés accordés à un employé (voir l’article 6 de la Loi). Pour qu’il y ait don, il doit y avoir transfert de biens à titre volontaire et gratuit. Il ne doit donc pas y avoir de contrepartie. Par conséquent, un paiement versé à titre de compensation ne sera pas considéré comme un don.

La portée précise de la catégorie résiduelle que constituent les gains fortuits pose problème. Au mieux, on peut soutenir qu’un paiement inattendu ou imprévu et exceptionnel sera selon toute probabilité considéré comme un gain fortuit. Mais comme pour bien des généralisations, cette affirmation doit être examinée à la loupe. J’analyse maintenant la jurisprudence qui se rapporte raisonnablement à la question.

Tout d’abord, on pourrait penser que la décision de la Commission d’appel de l’impôt dans l’arrêt *Cartwright and Sons Ltd. v. Minister of National Revenue* (1961), 61 DTC 499 (C.A.I.) a réglé définitivement la question. Dans cette affaire, le tribunal a statué que des dommages-intérêts punitifs ne sont pas imposables au motif que la somme versée au contribuable [TRANSLATION] «ne présentait aucune des caractéristiques du revenu» (à la page 501). La Commission ne pousse

v. *Cranswick, supra*. In that case this Court had to determine whether an unsolicited payment to a minority shareholder by the majority shareholder of a Canadian company constituted income. The majority shareholder was the American parent of the Canadian company. The payment was made to thwart possible litigation arising from the sale of part of the Canadian company's assets below book value. The Court concluded that the payment in question was not taxable because it "was of an unusual and unexpected kind that one could not set out to earn as income from shares" (at page 820). The Court also referred to several indicia which could be applied when assessing whether a receipt constitutes income from a source. The Court was careful, however, to stipulate that while each of the following may be relevant, none is conclusive in determining whether a payment represents a windfall gain (at pages 818-819):

- (a) [The taxpayer] had no enforceable claim to the payment;
- (b) There was no organized effort on the part of [the taxpayer] to receive payment;
- (c) The payment was not sought after or solicited by [the taxpayer] in any manner;
- (d) The payment was not expected by [the taxpayer], either specifically or customarily;
- (e) The payment had no foreseeable element of recurrence;
- (f) The payor was not a customary source of income to [the taxpayer];
- (g) The payment was not in consideration for or in recognition of property, services or anything else provided or to be provided by [the taxpayer]; it was not earned by [the taxpayer], either as a result of any activity or pursuit of gain carried on by [the taxpayer] or otherwise.

There is one aspect of *Cranswick* which does not appear to have been pursued on appeal. It is open to question whether the taxpayer in that case received the

pas plus loin son raisonnement juridique. L'arrêt *R. c. Cranswick*, précité, fait une analyse plus détaillée de l'alinéa 3a). Dans cet arrêt, la présente Cour devait déterminer si un paiement imprévu fait à un actionnaire minoritaire par l'actionnaire majoritaire d'une compagnie canadienne constituait un revenu. L'actionnaire majoritaire était la société mère américaine de la société canadienne. Le paiement avait été effectué pour tuer dans l'œuf toute contestation possible découlant de la vente d'une partie de l'actif de la société canadienne pour une somme inférieure à la valeur comptable. La Cour conclut que le paiement en question n'était pas imposable parce qu'il «revêt un caractère inhabituel et inattendu, et l'on ne peut chercher délibérément à se l'assurer à titre de revenu tiré d'actions» (à la page 820). La Cour fait également référence à plusieurs éléments qui pourraient s'appliquer pour déterminer si une rentrée de fonds constitue un revenu provenant d'une source. Toutefois, la Cour a pris bien soin de stipuler que, même si chacun des éléments suivants peut être pertinent, aucun d'eux n'est déterminant pour décider si un paiement représente un gain fortuit ou imprévisible (aux pages 818 et 819):

- [TRADUCTION] a) [Le contribuable] ne possédait aucun droit d'action à l'égard de ce paiement;
- b) [Le contribuable] n'a fait aucun effort soutenu pour obtenir ce paiement;
- c) [Le contribuable] n'a ni recherché ni sollicité ce paiement de quelque façon que ce soit;
- d) [Le contribuable] ne s'attendait pas à recevoir ce paiement ni expressément, ni selon l'usage;
- e) Il n'a nullement été prévu que ce paiement aurait une suite;
- f) Ce paiement ne venait pas d'une source habituelle de revenus pour [le contribuable];
- g) Ce paiement ne constituait ni la contrepartie ni la reconnaissance de biens, de services ou de quoi que ce fût, fournis ou à fournir par [le contribuable]; il n'a pas été gagné par [le contribuable] par suite de quelque activité ou poursuite de profit, ni de quelque autre manière.

Il y a un aspect de l'arrêt *Cranswick* qui ne semble pas avoir été contesté en appel. On peut se demander si, dans cette affaire, le contribuable a reçu le paie-

payment in return for relinquishing the right to seek compensation for losses suffered as a result of the disadvantageous sale. It would appear that that issue had to be abandoned since the agreed statement of facts stipulated that the payment in question was not made by reason of an enforceable claim by the minority shareholders against the Canadian company. That concession on the part of the Minister cannot be ignored for as the law presently stands monies paid in exchange for the discharge of even a questionable legal right may constitute income in the hands of the taxpayer. This is one of the teachings of *Mohawk Oil Co. v. Canada*, *supra*.

Finally there are two decisions of the Supreme Court which must be acknowledged. The first is *Curran v. Minister of National Revenue*, [1959] S.C.R. 850. In that case the taxpayer received \$250,000 from a third party as an inducement to leave his present employment. The agreement between the taxpayer and the third party stipulated that the payment was "in consideration of the loss of pension rights, chances for advancement, and opportunities for re-employment" (at page 853). A majority of the Supreme Court recognized that the source of the payment was the taxpayer's employment with the third party. The payment of \$250,000 received by the taxpayer was held to be income within the meaning of what is now paragraph 3(a) of the Act.

The other decision of the Supreme Court which must be acknowledged is *Canada v. Fries*, [1990] 2 S.C.R. 1322. In that case the Supreme Court held that strike pay does not constitute income from a source under paragraph 3(a). The taxpayer had gone on strike and received weekly strike pay, from his union, equal to his normal net take-home pay. The union's strike fund was accumulated from the tax deductible dues paid by its members. At the time the union members voted to go on strike they were aware of a union recommendation that they be reimbursed for their loss of salary and benefits in return for their strike support. In reversing the judgment of the Federal Court of Appeal, the Supreme Court restored the decision of the Tax Review Board. The analysis offered by the

ment en échange de la renonciation à son droit d'être indemnisé pour les pertes subies du fait de la vente à un prix désavantageux. Il semble que cette question ait dû être abandonnée étant donné que l'exposé conjoint des faits stipulait que le paiement en question n'avait pas été fait en rapport avec un droit d'action que les actionnaires minoritaires auraient pu faire valoir à l'encontre de la société canadienne. Cette concession de la part du ministre ne peut être ignorée étant donné que le droit actuel reconnaît que les sommes payées en échange de la renonciation à un droit prévu par la loi, aussi contestable soit-il, peut constituer un revenu entre les mains du contribuable. C'est l'un des enseignements qui se dégagent de l'arrêt *Mohawk Oil Co. c. Canada*, précité.

Finaleme nt, deux arrêts de la Cour suprême du Canada doivent être cités. Le premier est *Curran v. Minister of National Revenue*, [1959] R.C.S. 850. Dans cette affaire, le contribuable avait reçu 250 000 \$ d'un tiers pour l'inciter à quitter son emploi. La convention entre le contribuable et le tiers stipulait que le paiement était versé [TRADUCTION] «en contrepartie de la perte des droits à une pension, des chances d'avancement, et des possibilités de réembauchage» (à la page 853). La Cour suprême a reconnu à la majorité que la source du paiement était l'emploi du contribuable auprès du tiers. Le paiement de 250 000 \$ versé au contribuable a été considéré comme un revenu au sens de la disposition qui constitue maintenant l'alinéa 3a) de la Loi.

L'autre arrêt de la Cour suprême dont il faut tenir compte est *Canada c. Fries*, [1990] 2 R.C.S. 1322. Dans cette affaire, la Cour suprême a statué que l'allocation de grève ne constitue pas un «revenu . . . dont la source» au sens de l'alinéa 3a). Le contribuable avait reçu de son syndicat une allocation hebdomadaire de grève équivalant à son salaire net normal pendant qu'il était en grève. Le fonds de grève du syndicat était constitué des cotisations déductibles d'impôt payées par ses membres. Au moment où les syndiqués ont voté en faveur de la grève, ils étaient au courant d'une recommandation syndicale selon laquelle ils seraient remboursés pour la perte de leur salaire et autres avantages en échange de leur appui à la grève. En annulant le jugement de la Cour d'appel

Supreme Court is limited to the conclusion that “the benefit of the doubt must go to the taxpayers” (at page 1323), see [1989] 3 F.C. 362 (C.A.); affg [1985] 2 F.C. 378 (T.D.); revg [1983] CTC 2124 (T.R.B.).

I do not find it necessary to rely on the residual presumption to support the conclusion that a punitive damage award constitutes a windfall gain. Nor am I prepared to base my decision on the fact that an award of additional interest is, arguably, non-recurring, unexpected or an unusual form of income. As a general proposition, I accept that monies received by a taxpayer from an expropriating authority constitute income from a productive source. As well, I accept that the taxpayer has an enforceable right to additional interest once the Board concludes that there was fault on the part of the expropriating authority. Furthermore, it matters not whether the taxpayer actively sought payment of additional interest. The critical factor is that the punitive damage award does not flow from either the performance or breach of a market transaction. Of course, no distinction should be drawn between voluntary and involuntary market exchanges.

In the case at hand, the source of the additional interest award is not the expropriating authority. That body is merely the payor. The true source of the award is the *Expropriation Act* which dictates as a matter of public policy, that expropriating authorities are obligated to pay a penal sum in circumstances where their behaviour falls below a prescribed standard. An award of additional interest under subsection 66(4) of the *Expropriation Act* is unrelated to the issue of fair compensation for expropriated lands. That concern is dealt with fully under section 42 and subsection 66(2). In certain respects an award of additional interest possesses the attributes of a gift. The taxpayer is the beneficiary, not of the expropriating authority’s largesse, but of the legislature’s desire to ensure that minimum standards of commercial

fédérale, la Cour suprême a rétabli la décision de la Commission de révision de l’impôt. L’analyse fournie par la Cour suprême se limite à la conclusion selon laquelle «ce doute doit profiter aux contribuables» (à la page 1323), voir [1989] 3 C.F. 362 (C.A.); confirmant [1985] 2 C.F. 378 (1^{re} inst.); révisant [1983] CTC 2124 (C.R.I.).

Je ne crois pas nécessaire d’invoquer la présomption résiduelle pour en arriver à la conclusion que des dommages-intérêts punitifs constituent un gain fortuit. Je ne suis pas non plus disposé à fonder ma décision sur le fait que le paiement d’intérêts supplémentaires est, ce qui est défendable, une forme de revenu exceptionnelle, imprévue ou inhabituelle. De façon générale, j’accepte que les sommes versées par des autorités d’expropriation à un contribuable constituent un revenu tiré d’une source productive. De même, j’accepte que le contribuable peut faire valoir son droit à des intérêts supplémentaires une fois que la Commission conclut qu’il y a eu faute de la part des autorités d’expropriation. En outre, il n’est pas nécessaire que le contribuable ait activement cherché à se faire payer des intérêts supplémentaires. Le facteur essentiel est que les dommages-intérêts punitifs qui ont été octroyés ne découlent ni de l’exécution d’une opération commerciale, ni du manquement à une telle opération. Bien entendu, il n’y a pas lieu d’établir une distinction entre les échanges commerciaux volontaires et involontaires.

En l’espèce, les intérêts supplémentaires ne proviennent pas des autorités d’expropriation. Cet organisme est uniquement celui qui les a payés. La véritable source de ces intérêts est la *Expropriation Act* qui dicte, à titre de politique publique, que les autorités d’expropriation sont tenues de payer une somme à titre pénal dans les cas où leur comportement ne respecte pas une norme établie. Le paiement d’intérêts supplémentaires prévu au paragraphe 66(4) de la *Expropriation Act* n’est pas lié à la question de la juste indemnité versée pour les terrains expropriés. Cet aspect est traité de façon exhaustive à l’article 42 et au paragraphe 66(2). À certains égards, le paiement d’intérêts supplémentaires possède les attributs d’un don. Le contribuable est le bénéficiaire, non pas des largesses des autorités d’expropriation, mais de la

behaviour are observed. The taxpayer's gain is the expropriating authority's loss. The payment in question does not flow from either an express or implied agreement between the parties. There is no element of bargain or exchange. There is no consideration. There is no *quid pro quo*, on the part of the taxpayer. The payment is simply a windfall and, therefore, not income under paragraph 3(a) of the Act.

In reaching the above conclusion, I have not lost sight of the fact that the payment of additional interest is as much a part of the statutory scheme as is the payment of compensation for expropriated lands. But for the expropriation, the possibility of obtaining additional interest would not have materialized and, therefore, it is arguable that we should not isolate specific awards which are woven into the compensatory fabric of legislation. As much as that line of reasoning may be attractive to some, I do not find it persuasive.

In my view, you cannot treat a non-compensatory receipt in the same manner as a compensatory one simply because both arise from the same transaction. As the law presently stands we must look to the nature and purpose of a particular payment or award when assessing how it will be dealt with for tax purposes. This is certainly true with respect to the tax treatment of awards or settlements stemming from contractual or tortious claims. Such receipts are not treated automatically as a unitary sum. In regard to personal injury claims, the tax treatment accorded to general and special damages by the Minister is not the same as that attributable to restitution for the loss of income from employment: see Interpretation Bulletin IT-365R2 and IT-183. In cases involving breach of contract, allocations may be made according to the type of loss for which compensation has been paid: see *Mohawk Oil Co. v. Canada, supra*. The same approach is applicable to a receipt item which is characterized as a punitive damage award.

volonté du législateur d'assurer le respect de normes minimales régissant le comportement en matière commerciale. Le gain dont profite le contribuable est une perte pour les autorités d'expropriation. Le paiement en question ne découle pas d'une entente expresse ou implicite entre les parties. Il n'y a pas d'élément d'échange ou de compromis. Il n'y a pas de contrepartie. Il n'y a pas de contre-prestation de la part du contribuable. Le paiement est simplement un gain fortuit et, par conséquent, ne peut constituer un revenu au sens de l'alinéa 3a) de la Loi.

En arrivant à la conclusion précitée, je n'ai pas perdu de vue le fait que le paiement de ces intérêts supplémentaires est prévu dans la loi au même titre que le paiement de l'indemnité pour les terrains expropriés. Toutefois, dans le cas de l'expropriation, la possibilité d'obtenir des intérêts supplémentaires ne se serait pas matérialisée et, par conséquent, il est possible de soutenir que nous ne devrions pas isoler le paiement de sommes spécifiques des dispositions d'indemnisation dont elles font partie intégrante. Pour autant que ce raisonnement plaise à certains, je ne le trouve pas convaincant.

À mon avis, on ne peut traiter une somme qui n'est pas payée à titre d'indemnisation de la même façon qu'une somme payée à titre d'indemnisation simplement parce que le paiement de ces deux sommes provient de la même opération. Selon le droit actuel, nous devons examiner la nature et la fin d'un paiement particulier au moment d'évaluer comment cette somme sera traitée du point de vue fiscal. Cela est certainement vrai lorsqu'il s'agit du traitement fiscal des sommes octroyées ou des règlements découlant de réclamations en matière contractuelle ou délictuelle. Ces sommes ne sont pas traitées automatiquement comme un tout. Pour ce qui est des réclamations en matière de préjudice corporel, le traitement fiscal réservé aux dommages-intérêts généraux et spéciaux par le ministre n'est pas le même que celui qui s'applique au dédommagement pour la perte d'un revenu tiré d'un emploi: voir le bulletin d'interprétation IT-365R2 et IT-183. Dans les cas de violation de contrat, la répartition peut être faite selon le type des pertes à l'égard desquelles l'indemnité a été payée: voir *Mohawk Oil Co. c. Canada*, précité. La même

For the above reasons, I would allow the appeal in part, set aside the judgment of the Trial Division dated July 7, 1994 to the extent that the sum of \$114,272 representing additional interest was held to be income and remit the matter to the Minister for reassessment in accordance with these reasons. In all other respects the appeal will be dismissed. The taxpayer should have her costs of this appeal.

STONE J.A.: I agree.

DÉCARY J.A.: I agree.

approche s'applique à une rentrée de fonds qui est qualifiée de dommages-intérêts punitifs.

Pour les motifs énoncés ci-dessus, j'accueillerais l'appel en partie, j'annulerais la partie de la décision de la Section de première instance en date du 7 juillet 1994 concluant que la somme de 114 272 \$ représentant des intérêts supplémentaires devait être considérée comme un revenu et je renverrais la question au ministre pour l'établissement d'une nouvelle cotisation tenant compte des présents motifs. À tous autres égards, l'appel sera rejeté. La contribuable a droit à ses frais dans le présent appel.

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

A-35-94

A-35-94

Albert Belloni (*Appellant*)**Albert Belloni** (*appellant*)

v.

c.

Canadian Airlines International Ltd. (*Respondent*)^a**Lignes aériennes Canadien International Ltée** (*intimée*)

and

et

Canadian Human Rights Commission (*Mise en cause*)

b

Commission canadienne des droits de la personne (*Mise en cause*)**INDEXED AS: CANADIAN AIRLINES INTERNATIONAL LTD. v. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) (C.A.)****RÉPERTORIÉ: LIGNES AÉRIENNES CANADIEN INTERNATIONAL LTÉE c. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (C.A.)**^c

Court of Appeal, Pratte and Décary JJ.A. and Chevalier D.J.A.—Montréal, November 22 and 24, 1995.

Cour d'appel, juges Pratte et Décary, J.C.A., et juge suppléant Chevalier—Montréal, 22 et 24 novembre 1995.^d

Administrative law — Judicial review — Prohibition — Appeal from order prohibiting proceeding with complaint before CHRC — Fifty months' delay between filing complaint, appointment of Tribunal to investigate — Respondent not responsible for delay — Appeal allowed — Delay in proceedings of administrative tribunal not caused by applicant giving rise to prohibition only where delay preventing tribunal from adequately fulfilling legislative mandate in accordance with requirements of natural justice — Emphasis on nature of prejudice suffered rather than on cause or length of delay — Prejudice to respondent not attaining high degree of magnitude required before prohibition can issue — Reference to "unreasonable" delay when Charter rights involved, "unacceptable" delay when rules of natural justice involved.^e

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Prohibition — Appel interjeté contre une ordonnance interdisant que la CCDP donne suite à la plainte — Retard de cinquante mois entre le dépôt de la plainte et la nomination des membres du tribunal chargé de faire enquête — Intimé non responsable du retard — Appel accueilli — Un retard de procédure du tribunal administratif qui n'est pas causé par le requérant ne donnera lieu à une interdiction que s'il est tel qu'il empêche le tribunal de remplir correctement son mandat législatif conformément aux exigences de la justice naturelle — Accent mis sur la nature du préjudice subi et non sur la cause ou la durée du retard — Le préjudice subi par l'intimé n'a pas atteint des proportions telles qu'une ordonnance d'interdiction puisse être justifiée — On parle de retard «excessif» lorsqu'il est question des droits selon la Charte des droits et de retard «inadmissible» lorsqu'il s'agit des règles de justice naturelle.^f

Human rights — Appeal from order prohibiting proceeding with complaint before CHRC — Fifty months' delay between filing complaint, appointment of Tribunal to investigate — Prejudice to respondent not attaining high degree of magnitude required before prohibition order can issue — Fading of recollection of witnesses prejudice inherent in legal system, not recognized as relevant even in most criminal cases — Delay not exceptional — As issue revolving around BFOR, circumstances of complaint of secondary importance — Inability to obtain potential witnesses not demonstrated — Increased exposure to liability not prejudice relating to fairness of proceedings.^g

Droits de la personne — Appel interjeté contre une ordonnance interdisant que la CCDP soit saisie d'une plainte — Retard de cinquante mois entre le dépôt de la plainte et la nomination des membres du tribunal chargé de faire enquête — Le préjudice subi par l'intimé n'a pas atteint des proportions telles qu'une ordonnance d'interdiction puisse être justifiée — La moindre acuité des souvenirs des témoins est un préjudice inhérent au système judiciaire, dont on ne tient pas compte même dans la plupart des affaires criminelles — Retard nullement exceptionnel — Question de l'exigence professionnelle justifiée; circonstances de la plainte sont reléguées au second plan — Impossibilité de faire comparaître des témoins possibles n'a pas été prouvée — Le risque accru de responsabilité n'est pas un préjudice ayant trait à l'équité de la procédure.^h

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Appeal from order prohibiting CHRC from proceeding with complaint on grounds fifty months' delay unreasonable, causing prejudice to respondent — Appeal allowed — Charter, s. 7 not applicable to non-penal proceedings under human rights legislation.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Appel interjeté contre une ordonnance interdisant que la CCDP soit saisie de la plainte au motif qu'un retard de cinquante mois est déraisonnable et cause un préjudice à l'intimée — Appel accueilli — Art. 7 de la Charte non applicable aux procédures à caractère non pénal relevant de la législation relative aux droits de la personne.

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.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Nisbett v. Manitoba (Human Rights Commission) (1993), 101 D.L.R. (4th) 744; [1993] 4 W.W.R. 420; 85 Man. R. (2d) 101; 14 Admin. L.R. (2d) 216; 18 C.H.R.R. D/504; 14 C.R.R. (2d) 264; 41 W.A.C. 101 (Man. C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused [1993] 4 S.C.R. vi.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Nisbett v. Manitoba (Human Rights Commission) (1993), 101 D.L.R. (4th) 744; [1993] 4 W.W.R. 420; 85 Man. R. (2d) 101; 14 Admin. L.R. (2d) 216; 18 C.H.R.R. D/504; 14 C.R.R. (2d) 264; 41 W.A.C. 101 (C.A. Man.); autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée [1993] 4 R.C.S. vi.

DISTINGUISHED:

Saskatchewan Human Rights Commission v. Kodellas (1989), 60 D.L.R. (4th) 143; [1989] 5 W.W.R. 1; 77 Sask. R. 94; 10 C.H.R.R. D/6305; 89 CLLC 17,027 (Sask. C.A.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Saskatchewan Human Rights Commission v. Kodellas (1989), 60 D.L.R. (4th) 143; [1989] 5 W.W.R. 1; 77 Sask. R. 94; 10 C.H.R.R. D/6305; 89 CLLC 17,027 (C.A. Sask.).

APPEAL from order prohibiting CHRC from proceeding with complaint on the grounds that a fifty-month delay between filing the complaint and appointment of a Tribunal to investigate was unreasonable and caused prejudice to respondent. Appeal allowed.

APPEL interjeté contre une ordonnance interdisant à la CCDP de donner suite à la plainte au motif qu'un retard de cinquante mois entre le dépôt de la plainte et la nomination des membres du tribunal chargé de faire enquête était déraisonnable et portait préjudice à l'intimée. Appel accueilli.

COUNSEL:

Julius H. Grey for appellant.
W. Ross Ellison for respondent.
J. Helen Beck for mise en cause.

AVOCATS:

Julius H. Grey pour l'appellant.
W. Ross Ellison pour l'intimée.
J. Helen Beck pour la mise en cause.

SOLICITORS:

Grey, Casgrain, Montréal, for appellant.
Davis & Co., Vancouver, for respondent.
Canadian Human Rights Commission, Ottawa, for mise en cause.

PROCUREURS:

Grey, Casgrain, Montréal, pour l'appellant.
Davis & Co., Vancouver, pour l'intimée.
Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa, pour la mise en cause.

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

DÉCARY J.A.: On the basis that the Canadian Human Rights Commission (the Commission) “had breached its duty of fairness toward the applicant [Canadian Airlines International Ltd. (Canadian)] in that its delay in proceeding with the complaint was unreasonable and that it resulted in prejudice to Canadian”, the Motions Judge issued an order prohibiting the Commission “from proceeding with the complaint against Canadian before the Canadian Human Rights Tribunal”. In reaching his decision, he applied the five-facets Charter-based test developed by the Saskatchewan Court of Appeal in *Saskatchewan Human Rights Commission v. Kodellas*.¹

Obviously, the Motions Judge was not aware that a few months earlier, in *Nisbett v. Manitoba (Human Rights Commission)*² the Manitoba Court of Appeal had, correctly in our view, refused to follow *Kodellas*. In *Nisbett*, the Court found that section 7 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]] “has no application to proceedings of a non-penal nature under human rights legislation, and that no useful purpose can be served in this regard by referring to s. 11, dealing as it does with persons accused of a criminal offence” (at page 755); that “It cannot now be doubted that the principles of natural justice and the duty of fairness which are part of any administrative civil proceeding include the right to a fair hearing, and that delay in the performance of a legal duty may amount to an abuse that the law will remedy” (at page 756); that “If there has been prejudice of such a kind and degree as to significantly impair the ability of a party to receive a fair hearing, then the administrative tribunal may well lose jurisdiction” (at page 756); that “In certain circumstances, unreasonable delay can constitute an abuse of process” (at page 756); and that “The question is simply whether or not on the record there has been demonstrated evidence of prejudice of sufficient magnitude to impact on the fairness of the hearing” (at page 757) (our emphasis).

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

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Estimant que la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission) «avait manqué à son devoir d'équité à l'égard de la requérante [les Lignes aériennes Canadien International Ltée (Canadien)] au sens où le retard dans le traitement de la plainte a été excessif et a causé un préjudice à Canadien», le juge des requêtes a interdit par ordonnance à la Commission [TRADUCTION] «de donner suite à la plainte contre Canadien devant le Tribunal canadien des droits de la personne». Pour rendre cette décision, le juge s'est appuyé sur le critère à cinq volets fondé sur la Charte énoncé par la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'affaire *Saskatchewan Human Rights Commission v. Kodellas*.¹

Le juge des requêtes ignorait manifestement que quelques mois plus tôt, dans l'affaire *Nisbett v. Manitoba (Human Rights Commission)*², la Cour d'appel du Manitoba avait, selon nous avec raison, refusé d'appliquer le critère énoncé dans *Kodellas*. Dans l'affaire *Nisbett*, la Cour a conclu que l'article 7 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, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] [TRADUCTION] «ne s'applique pas aux procédures à caractère non pénal relevant de la législation relative aux droits de la personne et qu'il ne sert donc à rien d'invoquer l'art. 11, qui a trait aux personnes accusées d'infractions criminelles» (à la page 755); que [TRADUCTION] «il n'est désormais pas possible de douter que les principes de justice naturelle et le devoir d'équité qui font partie de toute procédure civile de nature administrative incluent le droit à une audition équitable et que le retard dans l'exécution d'une obligation imposée par la loi peut constituer un abus auquel la loi peut remédier» (à la page 756); que [TRADUCTION] «s'il y a eu préjudice tel, en nature et en degré, que la possibilité pour une partie d'obtenir une audition équitable en est sérieusement compromise, le tribunal administratif peut effectivement perdre sa compétence» (à la page 756); que [TRADUCTION] «dans certaines circonstances, un retard excessif peut constituer un abus de procédure» (à la page 756); et

que [TRADUCTION] «La question est tout simplement de savoir si, selon le dossier, il y a des preuves manifestes de l'existence d'un préjudice suffisamment grave pour compromettre l'équité de l'audition» (à la page 757) (non souligné dans l'original).

In our view, a delay in the proceedings of an administrative tribunal which has not been caused by the applicant will only give rise to prohibition where it is such that it prevents the tribunal from adequately fulfilling its legislative mandate in accordance with the requirements of natural justice. Thus, a tribunal may, by reason of its failure to proceed expeditiously, be unable to fulfill its mandate in accordance with these requirements, if there is evidence that the prejudice caused by the delay is such as to deprive a party of his right to a full and complete defence. The accent is to be put on the nature of the prejudice suffered by a party rather than on the cause for the delay or on the length of the delay. Since the test used with respect to non-penal proceedings is distinct from the test used with respect to penal proceedings, it may be less confusing to speak in terms of "unreasonable" delay when Charter rights are involved and of "unacceptable" delay when the rules of natural justice are involved.

In the case at bar, it is not seriously contested by the appellant that the delay incurred (some fifty months between the filing of the complaint on March 28, 1988 and the decision made by the Commission on May 13, 1992 to appoint a Human Rights Tribunal to enquire into the complaint) was unusually long and that Canadian was not to be blamed for it. It is indeed recognized by counsel that both parties are innocent victims. It is not contested, either, that Canadian does suffer some prejudice because of the delay. The issue, essentially, is whether that prejudice has attained the high degree of magnitude required before a prohibition order can issue.

The prejudice allegedly caused by the delay has been described in an affidavit filed by Canadian as follows:

29. The delay has caused Canadian considerable prejudice, the most fundamental of which is in regard to its

Selon nous, le retard dans la procédure d'un tribunal administratif qui n'est pas causé par le requérant ne donnera lieu à une interdiction que s'il est tel qu'il empêche le tribunal de remplir correctement son mandat législatif conformément aux principes de justice naturelle. Ainsi, un tribunal peut, en raison de son incapacité à procéder avec célérité, se trouver incapable de remplir son mandat conformément à ces exigences s'il y a preuve que le préjudice causé par le retard est tel qu'il prive une partie de son droit à une défense pleine et entière. Il convient de s'intéresser à la nature du préjudice subi par une partie plus qu'à la cause ou à la durée du retard. Comme le critère relatif aux procédures non pénales est distinct de celui qui s'applique aux procédures pénales, il peut être utile de parler de retard «excessif» lorsqu'il est question de droits selon la Charte et de retard «inadmissible» lorsqu'il s'agit des règles de justice naturelle.

En l'espèce, l'appelant ne conteste pas vraiment le fait que le retard en question (il s'est écoulé une cinquantaine de mois entre le dépôt de la plainte, le 28 mars 1988, et la décision de la Commission, prise le 13 mai 1992, de former un tribunal des droits de la personne chargé de faire enquête sur la plainte) était particulièrement long et que Canadian n'y était pour rien. Les avocats reconnaissent en fait que les deux parties sont ici des victimes innocentes. Personne ne conteste non plus que Canadian subit un préjudice du fait de ce retard. La question est donc, pour l'essentiel, de savoir si ce préjudice a atteint des proportions telles qu'une ordonnance d'interdiction puisse être justifiée.

Le préjudice qu'aurait entraîné le retard a été décrit comme suit dans un affidavit déposé par Canadian:

[TRADUCTION] 29. Le retard a causé un grave préjudice à Canadian, surtout en ce qui a trait au

greatly increased difficulty in making full answer and defence. In particular, the recollection of witnesses is bound to have faded over the 4½-year period. Similarly, the delay has impaired Canadian's ability to obtain potential witnesses. For example, Dr. W.G. Hartzell, who would most certainly have been a witness, is no longer employed by Canadian. ^a

fait qu'il lui est désormais beaucoup plus difficile de s'assurer une défense pleine et entière. Plus particulièrement, les souvenirs des témoins se seront forcément émoussés après quatre ans et demi. Le retard a également compromis la possibilité pour Canadien de solliciter certains témoins possibles. Par exemple, le D^r W.G. Hartzell, qui aurait très certainement témoigné, n'est plus employé par Canadien.

30. In addition, the delay has caused and continues to cause Canadian significant prejudice because it, in and of itself, increases Canadian's exposure to liability. Awards by Human Rights Tribunals often include damages for back pay. The complainant has not worked for Canadian during the period between Canadian's offer to employ him and the date set for the hearing, roughly, 4½ years. Canadian is exposed to this potential liability in the range of \$120,000 entirely because of the Commission's delay. [Appeal Book, vol. 1, at pages 12-13.] ^b

30. De plus, le retard a causé et cause encore un préjudice important à Canadien parce qu'il accroît, en soi, le montant des dommages que Canadien pourrait être appelé à payer. Les décisions des tribunaux des droits de la personne sont souvent assorties de dommages-intérêts au titre de la rémunération rétroactive. Le plaignant n'a pas travaillé pour Canadien au cours de la période écoulée entre le moment où Canadien lui a fait une offre d'emploi et la date de l'audition (environ quatre ans et demi). Canadien est exposé à ce risque, de l'ordre de 120 000 dollars, en raison exclusivement du retard dans la procédure de la Commission. [Dossier d'appel, vol. 1, aux pages 12 et 13]. ^c

We have not considered, for the reasons given earlier, the prejudice allegedly incurred by Canadian because of the Commission's failure to put an offer of employment to the appellant. That prejudice might give rise to an action in tort against the Commission but this appeal is not the proper occasion to discuss that possibility. ^d

Nous n'avons pas envisagé, pour les motifs énoncés plus tôt, le préjudice que Canadien prétend avoir subi en raison du fait que la Commission n'a pas fait d'offre d'emploi à l'appellant. Ce préjudice pourrait donner lieu à une action délictuelle contre la Commission, mais il ne convient pas de discuter dans le présent appel de cette possibilité. ^e

The alleged prejudice falls way short, in our view, of the high threshold that has to be crossed by Canadian. ^f

Le préjudice allégué est, selon nous, bien en-deçà du seuil élevé que Canadien a à franchir. ^g

The fading of the recollection of witnesses is a prejudice inherent in our system and is not even recognized as relevant in most criminal cases where, for example, a new trial is ordered by a court of appeal or by the Supreme Court of Canada. We are talking here of a period of some fifty months, regrettably long but by no means exceptional. Furthermore, as the issue before the tribunal will revolve around the question of *bona fide* occupational requirement (BFOR), Canadian will most likely have recourse to expert evidence and the particular circumstances of the complaint will be relegated to a position of secondary importance. ^h

La moindre acuité des souvenirs des témoins est un préjudice inhérent à notre système, et l'on n'en tient même pas compte dans la plupart des affaires criminelles où, par exemple, une cour d'appel ou la Cour suprême du Canada ordonne un nouveau procès. Nous parlons ici d'une période d'environ cinquante mois: c'est regrettablement long, mais nullement exceptionnel. De plus, comme la question dont le tribunal sera saisi tournera autour de la question de l'exigence professionnelle justifiée, il est probable que Canadien aura recours au témoignage d'experts et que les circonstances particulières de la plainte seront reléguées au second plan. ⁱ

The inability to obtain potential witnesses has not been demonstrated. The mere fact that a probable witness is no longer employed by Canadian does not indicate that he cannot be found. Nor does it indicate the impact the absence of that witness might have on the ability of Canadian to present a full defence.

The increase in Canadian's exposure to liability should the complaint be allowed is not a prejudice related to the fairness of the proceedings. The tribunal in fashioning the proper remedies will be expected to take into account the realities of the situation.

The appeal will therefore be allowed, the judgment of the Motions Judge will be set aside and the application by Canadian Airlines International Ltd. for an order prohibiting the Canadian Human Rights Commission from proceeding further with the complaint of Albert Belloni will be dismissed.

PRATTE J.A.: I agree.

CHEVALIER D.J.: I agree.

¹ (1989), 60 D.L.R. (4th) 143 (Sask. C.A.) The five factors are: *prima facie* unreasonableness of the delay; reason for the delay; adequacy of institutional resources; prejudice to the wrongdoer; prejudice to society.

² (1993), 101 D.L.R. (4th) 744 (Man. C.A.); leave to appeal to the Supreme Court of Canada denied at [1993] 4 S.C.R. vi.

L'impossibilité de faire comparaître des témoins possibles n'a pas été prouvée. Le simple fait qu'un témoin probable ne soit plus employé par Canadien ne prouve pas qu'il n'est pas possible de le retrouver. Cela ne nous dit pas non plus en quoi l'absence de ce témoin compromettrait la possibilité pour Canadien de s'assurer une défense pleine et entière.

La responsabilité accrue de Canadien si la plainte est accueillie n'est pas un préjudice relié à l'équité de la procédure. Le tribunal qui décidera des réparations qu'il convient d'accorder devra bien entendu tenir compte des circonstances particulières de l'espèce.

L'appel sera donc accueilli, le jugement du juge des requêtes sera annulé et la demande des Lignes aériennes Canadien International Ltée en vue d'une ordonnance interdisant à la Commission canadienne des droits de la personne de donner suite à la plainte d'Albert Belloni sera rejetée.

LE JUGE PRATTE, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE SUPPLÉANT CHEVALIER: Je souscris à ces motifs.

¹ (1989), 60 D.L.R. (4th) 143 (C.A. Sask.). Les cinq facteurs étaient les suivants : caractère déraisonnable à première vue du retard; motif du retard; ressources institutionnelles suffisantes; préjudice pour la partie inculpée; préjudice pour la société.

² (1993), 101 D.L.R. (4th) 744 (C.A. Man.); autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada rejetée dans [1993] 4 R.C.S. vi.

A-694-94

A-694-94

Attorney General of Canada (*Applicant*)Procureur général du Canada (*requérant*)

v.

c.

Robert M. Purcell (*Respondent*)^a Robert M. Purcell (*intimé*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. PURCELL (C.A.)

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. PURCELL (C.A.)

Court of Appeal, Stone, Strayer and Robertson JJ.A.—
Halifax, October 5; Ottawa, December 21, 1995.^b Cour d'appel, juges Stone, Strayer et Robertson,
J.C.A.—Halifax, 5 octobre; Ottawa, 21 décembre
1995.

Unemployment insurance — Judicial review of Umpire's dismissal of appeal from Board's finding claimant not knowingly making false or misleading statements — Applicant driving taxi while receiving U.I. benefits — Answering "No" to question "Did you work during period of report?" on report cards — Commission determining not unemployed, imposing penalty pursuant to Act, s. 33 which gives Commission discretion to impose penalty when "in its opinion" claimant making statements "knew" to be false or misleading — "In its opinion" not insulating from review Commission's decision — Discretionary power not of administrative nature — Once appearing from evidence claimant wrongly answering simple question on report card, burden shifting to claimant to explain why incorrect answers given — Umpire erred in requiring Commission to establish intention to deceive.

^c *Assurance-chômage — Contrôle judiciaire du rejet par le juge-arbitre d'un appel d'une décision du Conseil concluant que le prestataire n'avait pas fait sciemment de déclarations fausses ou trompeuses — Le requérant était chauffeur de taxi pendant qu'il recevait des prestations d'assurance-chômage — A répondu «Non» à la question «Avez-vous travaillé au cours de la période en question?» sur les cartes de déclaration — La Commission a décidé qu'il n'était pas chômeur et lui a imposé une pénalité conformément à l'art. 33 de la Loi qui lui donne le pouvoir discrétionnaire d'imposer une pénalité lorsque «à son avis» un prestataire fait «sciemment» des déclarations fausses ou trompeuses — L'expression «à son avis» ne met pas la décision de la Commission à l'abri d'un contrôle judiciaire — Ce pouvoir discrétionnaire n'est pas de nature administrative — À partir du moment où la preuve démontre que le prestataire a donné une réponse inexacte à une question très simple sur la carte de déclaration, il incombe à ce dernier d'expliquer pourquoi il a fourni des réponses inexactes — Le juge-arbitre a commis une erreur en imposant à la Commission d'établir l'intention de tromper.*

Administrative law — Judicial review — Certiorari — Unemployment Insurance Act, s. 33 giving Commission discretion to impose penalty where "in its opinion" made Statements "knew" to be false or misleading — Determination of whether claimant knowingly made false, misleading statement not of administrative nature — Parliament not intending such findings be final, conclusive because: (1) relating to finding of fact for which no particular expertise required; (2) Board empowered to engage in de novo review with respect to factual matters; (3) Board in better position to make objective findings of fact — Conclusion reinforced by reference to punitive nature of financial consequences flowing from decision to impose penalty.

^d *Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — L'art. 33 de la Loi sur l'assurance-chômage donne à la Commission le pouvoir discrétionnaire d'imposer une pénalité lorsque «à son avis» des déclarations fausses ou trompeuses ont été faites «sciemment» — La question de savoir si le prestataire a fait «sciemment» des déclarations fausses ou trompeuses n'est pas de nature administrative — Le législateur n'a pas souhaité que de telles conclusions soient finales et définitives parce que: 1) l'opinion porte sur une conclusion de fait qui n'exige aucune connaissance technique particulière; 2) le Conseil a la compétence nécessaire pour procéder à un examen de novo des questions de fait; 3) le Conseil est en meilleure position pour trancher de manière objective les questions de fait — La conclusion est confortée par le caractère punitif des conséquences pécuniaires découlant de toute décision d'imposer une pénalité.*

This was an application for judicial review of the Umpire's finding that the Board of Referees did not err in

^e ^f ^g ^h ⁱ ^j Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la conclusion du juge-arbitre selon laquelle le Conseil n'a

ruling that the claimant had not knowingly made false or misleading statements. The claimant was laid off because of a shortage of work at a shipyard. While in receipt of unemployment insurance benefits, he worked as a taxi driver, but did not report any of his earnings therefrom. The Canada Employment and Immigration Commission determined that the claimant was not unemployed and was therefore not entitled to any benefits, based on the fact that he controlled his own working hours as an independent taxi driver. The Commission also invoked *Unemployment Insurance Act*, subsection 33(1), which gives it the discretion to impose a penalty when "in its opinion" the facts establish that a claimant made statements or representations that he or she "knew" to be false or misleading, and imposed a penalty of \$5,362. The Commission found that the claimant knowingly made false statements because he answered "Yes" to the question "Did you work during the period of this report?" on the bi-weekly report cards whenever he was called back to work at the shipyards, but answered "No" when filing report cards covering those weeks in which his work was limited to driving a taxi. The claimant had been informed at the time he made his claim that he would not be entitled to benefits if he held a taxi licence. He had minimal education and a friend completed the application for benefits. The Board upheld the determination that the claimant was not entitled to benefits on the ground that he was not unemployed, but concluded that he had not knowingly made false or misleading statements. The Umpire dismissed the appeals from both those findings, stating that the onus was on the Commission to prove that the claimant knowingly made false statements.

The issues were whether "in its opinion" had the effect of insulating from review by the Board of Referees the Commission's decision to impose a penalty; and, whether the Board and Umpire erred in imposing on the Commission the burden of establishing an "intention to deceive" on the part of the claimant.

Held, the application should be allowed.

The phrase "in its opinion" does not have the legal effect of insulating from review the Commission's decision with respect to whether a claimant has knowingly made a false or misleading statement. This aspect of the discretionary power outlined in subsection 33(1) is not of an administrative nature. Although "in its opinion", when standing alone, supports the *prima facie* understanding that such findings of the Commission are final and conclusive, Parliament cannot be deemed to have intended that such findings of the Commission are final and conclusive because: (1) the opinion relates to a finding of fact for which no particular expertise is required; (2) the Board is empowered to engage

commis aucune erreur lorsqu'il a décidé que le prestataire n'avait pas sciemment fait des déclarations fausses ou trompeuses. Le prestataire avait été licencié à cause d'un manque de travail dans un chantier naval. Alors qu'il touchait des prestations d'assurance-chômage, il avait travaillé comme chauffeur de taxi mais n'avait déclaré aucun des gains tirés de cette occupation. La Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada a décidé que le prestataire n'était pas chômeur et qu'il n'avait donc pas droit aux prestations, se fondant sur le fait qu'en tant que chauffeur de taxi indépendant, il était maître de son horaire de travail. La Commission a également invoqué le paragraphe 33(1) de la *Loi sur l'assurance-chômage* qui lui donne le pouvoir discrétionnaire d'imposer une pénalité lorsque «à son avis» les faits démontrent qu'un prestataire a fait «sciemment» des déclarations ou des observations fausses ou trompeuses et lui a imposé une pénalité de 5 362 \$. La Commission a conclu que le prestataire avait sciemment fait de fausses déclarations parce qu'il avait répondu «Oui» à la question «Avez-vous travaillé au cours de la période en question?» figurant sur les cartes de déclaration qu'il devait chaque quinzaine remplir quand il était rappelé au travail au chantier, mais avait répondu «Non» pour les semaines où il n'avait fait que conduire un taxi. Le prestataire avait été informé qu'il n'aurait pas droit aux prestations d'assurance-chômage s'il était titulaire d'une licence de taxi. Il avait très peu d'instruction et sa demande de prestations avait été remplie par un ami. Le Conseil a confirmé la décision selon laquelle le prestataire n'avait droit à aucune prestation étant donné qu'il n'était pas chômeur mais a conclu qu'il n'avait pas sciemment fait de déclarations fausses ou trompeuses. Le juge-arbitre a rejeté les appels contre ces deux décisions déclarant qu'il incombait à la Commission de prouver que le prestataire avait sciemment fait de fausses déclarations.

Les questions sont de savoir si, d'une part, l'expression «à son avis» avait pour effet de mettre la décision de la Commission d'imposer une pénalité, à l'abri du contrôle exercé par le conseil arbitral; et si, d'autre part, le Conseil et le juge-arbitre ont commis une erreur de droit en imposant à la Commission le fardeau d'établir qu'il y avait, de la part du prestataire, une «intention de tromper».

Arrêt: la demande doit être accueillie.

L'expression «à son avis» n'a pas juridiquement pour effet de mettre la décision de la Commission à l'abri de tout contrôle pour ce qui est de la question de savoir si un prestataire a sciemment fait une déclaration fausse ou trompeuse. Cet aspect du pouvoir discrétionnaire prévu au paragraphe 33 (1) n'est pas de caractère administratif. Bien que cette expression, prise isolément, comporte a priori l'idée que de telles conclusions de la Commission sont définitives et concluantes, on ne peut considérer que le législateur a voulu aboutir à un tel résultat sur le plan du droit et cela pour les raisons suivantes: 1) l'opinion en question porte sur une conclusion de fait qui n'exige aucune

in a *de novo* review with respect to factual matters; and (3) it is in a better position to make objective findings of fact. This conclusion is reinforced by reference to the punitive nature of the financial consequences which flow from a decision to impose a penalty under subsection 33(1). The Board possesses the requisite jurisdiction to assess *de novo* whether a claimant has knowingly made a false or misleading statement.

The initial onus is on the Commission to prove that a claimant knowingly made a false or misleading statement. Once it appears from the evidence that a claimant has wrongly answered a very simple question or questions on a report card, the burden shifts to the claimant to explain why the incorrect answers were given. The Umpire erred in requiring the Commission to establish "an intention to deceive".

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8).

Immigration Regulations, Part I, SOR/62-36, s. 34(3)f (am. by SOR/67-434, s. 2)

Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 21.

Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, ss. 8, 10 (as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 8), 25(11), 27, 30(1) (as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 22; 1993, c. 13, s. 20), 33(1) (as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 25), 41(10), 79(1),(2).

Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 43.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada (Attorney General) v. Gates, [1995] 3 F.C. 17 (C.A.).

DISTINGUISHED:

Nenn v. The Queen, [1981] 1 S.C.R. 631; (1981), 122 D.L.R. (3d) 577; 36 N.R. 487.

CONSIDERED:

Canada (Attorney General) v. Smith (1994), 167 N.R. 105 (F.C.A.); *Dunham* (1995), CUB 29211; *Gana v. Minister of Manpower and Immigration*, [1970] S.C.R. 699; (1970), 13 D.L.R. (3d) 699.

connaissance technique particulière; 2) le Conseil a la compétence nécessaire pour procéder à un examen *de novo* des questions de fait; et 3) il est en meilleure position pour trancher de manière objective les questions de fait. Cette conclusion est confortée par le caractère punitif des conséquences pécuniaires découlant de toute décision d'imposer une pénalité au titre du paragraphe 33(1). Le Conseil a la compétence nécessaire pour se prononcer *de novo* sur la question de savoir si un prestataire a sciemment fait une déclaration fautive ou trompeuse. C'est au départ à la Commission qu'il appartient de prouver qu'un prestataire a sciemment fait une déclaration fautive ou trompeuse.

À partir du moment où la preuve démontre qu'un prestataire a donné une réponse inexacte à une question très simple ou à des questions figurant sur la carte de déclaration, il y a renversement du fardeau de la preuve et c'est alors au prestataire qu'il appartient d'expliquer l'existence de ses réponses inexactes. Le juge-arbitre a commis une erreur en exigeant de la Commission qu'elle établisse «une intention de tromper».

d LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur L'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 8, 10 (mod. par L.C.1990, ch 40, art. 8), 25(11), 27, 30(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 22; 1993, ch. 13, art. 20), 33(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 25), 41(10), 79(1),(2).

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

Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, ch. P-32, art. 21.

Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., ch. 1576, art. 43.

Règlements sur l'Immigration, Partie I, DORS/62-36, art. 34(3)f (mod. par DORS/67-434, art. 2).

g

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Canada (Procureur général) c. Gates, [1995] 3 C.F. 17 (C.A.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Nenn c. La Reine, [1981] 1 R.C.S. 631; (1981), 122 D.L.R. (3) 577; 36 N.R. 487.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Canada (Procureur général) c. Smith (1994), 167 N.R. 105 (C.A.F.); *Dunham* (1995), CUB 29211; *Gana c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1970] R.C.S. 699; (1970), 13 D.L.R. (3d) 699.

REFERRED TO:

Boulis v. Minister of Manpower and Immigration, [1974] S.C.R. 875; (1972), 26 D.L.R. (3d) 216; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; [1992] 2 W.W.R. 193; 84 Alta. L.R. (2d) 129; 3 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; (1959), 16 D.L.R. (2d) 689; *Calgary Power Ltd. and Halmrast v. Copithorne*, [1959] S.C.R. 24; (1958), 16 D.L.R. (2d) 241; *Swain et al. v. Dennison et al.*, [1967] S.C.R. 7; (1966), 59 D.L.R. (2d) 357; 58 W.W.R. 232; *Blachford v. Public Service Commission of Canada*, [1983] 1 F.C. 109 (T.D.); *Kennedy v. Canada (Public Service Commission)*, [1990] 2 F.C. 181; (1990), 34 F.T.R. 52 (T.D.); *Everett v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)* (1994), 25 Admin. L.R. (2d) 112; 169 N.R. 100 (F.C.A.); *Canada (Attorney General) v. Plourde*, [1990] F.C.J. No. 944 (F.C.A.) (QL); *Canada (Attorney General) v. Phung*, [1994] F.C.J. No. 1754 (F.C.A.) (QL); *Attorney General of Canada v. Desjardins*, [1981] 1 F.C. 220 (C.A.); *Attorney General of Canada v. Findenigg*, [1984] 1 F.C. 65 (C.A.); *Re The Queen and Harbour* (1986), 26 D.L.R. (4th) 96; [1986] 3 W.W.R. 300; 86 CLLC 14,017; 67 N.R. 267 (F.C.A.); *Brunet v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1988] F.C.J. No. 829 (F.C.A.) (QL); *Chartier v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1990] F.C.J. No. 832 (F.C.A.) (QL); *Canada (Attorney General) v. Simard*, [1994] A.C.F. No. 290 (F.C.A.) (QL); *Canada (Attorney General) v. Frew*, [1994] F.C.J. No. 988 (F.C.A.) (QL); *R. v. Friesen*, [1994] F.C.J. No. 1363 (F.C.A.) (QL); *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *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.); *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; [1994] 7 W.W.R. 1; (1994), 92 B.C.L.R. (2d) 145; 4 C.C.L.S. 117; *Mihai* (1986), CUB 12720.

AUTHORS CITED

Evans, J. M. et al. *Administrative Law: Cases, Texts and Materials*, 3rd ed., Toronto: Emond Montgomery Publications Ltd., 1989.

Wade, H. W. R. *Administrative Law*, 5th ed., Oxford: Clarendon Press, 1982.

Wade, H. W. R. *Administrative Law*, 6th ed., Oxford: Clarendon Press, 1992.

APPLICATION for judicial review of the Umpire's finding that the Board of Referees did not err in ruling

DÉCISIONS CITÉES:

Boulis c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration, [1974] R.C.S. 875; (1972), 26 D.L.R. (3d) 216; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; [1992] 2 W.W.R. 193; 84 Alta. L.R. (2d) 129; 3 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; (1959), 16 D.L.R. (2d) 689; *Calgary Power Ltd. and Halmrast v. Copithorne*, [1959] R.C.S. 24; (1958), 16 D.L.R. (2d) 241; *Swain et al. v. Dennison et al.*, [1967] R.C.S. 7; (1966), 59 D.L.R. (2d) 357; 58 W.W.R. 232; *Blachford c. La Commission de la Fonction publique du Canada*, [1983] 1 C.F. 109 (1^{re} inst.); *Kennedy c. Canada (Commission de la fonction publique)*, [1990] 2 C.F. 181; (1990), 34 F.T.R. 52 (1^{re} inst.); *Everett c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)* (1994), 25 Admin. L.R. (2d) 112; 169 N.R. 100 (C.A.F.); *Canada (Procureur général) c. Plourde*, [1990] A.C.F. n° 944 (C.A.F.) (QL); *Canada (Procureur général) c. Phung*, [1994] F.C.J. n° 1754 (C.A.F.) (QL); *Le procureur général du Canada c. Desjardins*, [1981] 1 C.F. 220 (C.A.); *Procureur général du Canada c. Findenigg*, [1984] 1 C.F. 65 (C.A.); *Re La Reine et Harbour* (1986), 26 D.L.R. (4th) 96; [1986] 3 W.W.R. 300; 86 CLLC 14,017; 67 N.R. 267 (C.A.F.); *Brunet c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1988] A.C.F. n° 829 (C.A.F.) (QL); *Chartier c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] A.C.F. n° 832 (C.A.F.) (QL); *Canada (Procureur général) c. Simard*, [1994] A.C.F. n° 290 (C.A.F.) (QL); *Canada (Procureur général) c. Frew*, [1994] A.C.F. n° 988 (C.A.F.) (QL); *R. c. Friesen*, [1994] C.F.J. n° 1363 (C.A.F.) (QL); *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *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.); *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; [1994] 7 W.W.R. 1; (1994), 92 B.C.L.R. (2d) 145; 4 C.C.L.S. 117; *Mihai* (1986), CUB 12720.

DOCTRINE

Evans, J. M. et al. *Administrative Law: Cases, Texts and Materials*, 3rd ed., Toronto: Emond Montgomery Publications Ltd., 1989.

Wade, H. W. R. *Administrative Law*, 5th ed., Oxford: Clarendon Press, 1982.

Wade, H. W. R. *Administrative Law*, 6th ed., Oxford: Clarendon Press, 1992.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la conclusion du juge-arbitre selon laquelle le Conseil n'avait pas

that the claimant had not knowingly made false or misleading statements, as proscribed by *Unemployment Insurance Act*, subsection 33(1). Application allowed.

COUNSEL:

Anne-Marie Lévesque for applicant.
Kenneth MacInnis for respondent.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Kenneth MacInnis Associates, Halifax, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

ROBERTSON J.A.: This judicial review application raises two issues bearing upon the proper construction and application of subsection 33(1) of the *Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1 as amended [by S.C. 1990, c. 40, s. 25] (the Act). Under that subsection the Canada Employment and Immigration Commission (the Commission) possesses the discretionary power to impose a penalty when "in its opinion" the facts establish that a claimant has made statements or representations that he or she "knew" to be false or misleading. The full text of subsection 33(1) reads as follows:

33. (1) Where the Commission becomes aware of facts that in its opinion establish that a claimant or any person on the claimant's behalf has, in relation to a claim for benefit, made statements or representations that the claimant or person knew to be false or misleading or, being required under this Act or the regulations to furnish information, furnished information or made statements or representations that the claimant or person knew to be false or misleading, the Commission may impose on the claimant a penalty in respect of each false or misleading statement, representation or piece of information, but the penalty shall be not greater than an amount equal to three times the claimant's weekly rate of benefit.

The first, and pivotal, issue is whether the phrase "in its opinion" has the effect of insulating the Commission's decision to impose a penalty from review by the Board of Referees (the Board). The Commission

commis d'erreur en statuant que le prestataire n'avait pas fait sciemment de déclarations fausses ou trompeuses, telles que prosrites par le paragraphe 33(1) de la *Loi sur l'assurance-chômage*. Demande accueillie.

^a AVOCATS:

Anne-Marie Lévesque pour le requérant.
Kenneth MacInnis pour l'intimé.

^b PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour le requérant.
Kenneth MacInnis Associates, Halifax, pour l'intimé.

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

^d LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: La présente demande de contrôle judiciaire soulève deux questions touchant la manière dont il convient d'interpréter et d'appliquer le paragraphe 33(1) de la *Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), ch. U-1, modifiée [par L.C. 1990, ch. 40, art. 25] (la Loi). Aux termes de ce paragraphe, la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada (la Commission) a le pouvoir discrétionnaire d'imposer une pénalité lorsque «à son avis» les faits démontrent qu'un prestataire a fait «sciemment» des déclarations ou des observations fausses ou trompeuses. Voici intégralement cité le texte du paragraphe 33(1):

^e 33. (1) Lorsque la Commission prend connaissance de faits qui, à son avis, démontrent qu'un prestataire ou une personne agissant pour le compte de celui-ci a, relativement à une demande de prestations, ou à l'occasion de renseignements exigés par la présente loi ou par les règlements, sciemment fait une déclaration fausse ou trompeuse, fourni un renseignement faux ou trompeur ou présenté des observations fausses ou trompeuses, elle peut infliger au prestataire, pour chacun des déclarations, renseignements ou observations faux ou trompeurs, une pénalité dont le montant ne dépasse pas le triple de son taux de prestations hebdomadaires.

^f La première question, essentielle en l'espèce, est celle de savoir si l'expression «à son avis» a pour effet de mettre la décision de la Commission d'imposer une pénalité, à l'abri du contrôle exercé par le

urges that such decisions can be set aside only where it is established that the discretionary power was not exercised “judicially”. Subject to this limitation, the Commission maintains that it is the sole judge of whether a claimant has knowingly made a false or misleading statement. The Board’s appellate review function is simply to determine whether the Commission formulated the requisite opinion.

In the present case, the Commission maintains that the Board fell into error by setting aside the Commission’s decision after concluding that the claimant, Mr. Purcell, had not knowingly made any false or misleading statements. The Umpire is alleged to have compounded that error by dismissing the Commission’s appeal. I do not agree. For the reasons which follow, I am of the opinion that the Board possesses the requisite jurisdiction to formulate its own opinion with respect to whether a claimant has knowingly made a false or misleading statement. That conclusion, however, does not dispose of this judicial review application.

The second and alternative issue relates to the imposition and application of the proper standard of proof. The Commission argues that both the Board and the Umpire erred in law by imposing on the Commission the burden of establishing an “intention to deceive” on the part of the claimant. It is the Commission’s position that that is not the proper standard of proof and, accordingly, both reviewing authorities erred in law. I accept this argument. As will be explained, the recent decision of this Court in *Canada (Attorney General) v. Gates*, [1995] 3 F.C. 17 fully supports that conclusion.

It is clear that the Commission’s first argument represents a fundamental change from the position heretofore taken by it. If the argument were accepted, then it necessarily follows that the existing legal requirements imposed by this Court on the Commission’s exercise of its discretionary power, with respect

Conseil arbitral (le Conseil). La Commission soutient que pareille décision ne peut être infirmée que s’il est démontré que son pouvoir discrétionnaire n’a pas été exercé «judiciairement». À cette réserve près, la Commission fait valoir qu’elle est seul juge de la question de savoir si un prestataire a sciemment fait une déclaration fausse ou trompeuse. La fonction de contrôle attribuée, en appel, au Conseil se limiterait donc à décider si la Commission a formulé l’opinion ainsi prévue.

La Commission estime en l’espèce que le Conseil a commis une erreur lorsqu’il a infirmé la décision de la Commission après avoir conclu que le prestataire, M. Purcell, n’avait pas sciemment fait de déclarations fausses ou trompeuses. On fait valoir que le juge-arbitre se serait associé à l’erreur en rejetant l’appel interjeté par la Commission. Je ne suis pas de cet avis. Pour les motifs que je vais exposer ici, j’estime que le Conseil a la compétence voulue pour formuler sa propre opinion sur la question de savoir si un prestataire a sciemment fait une déclaration fausse ou trompeuse. Cette conclusion ne suffit pas cependant pour trancher la présente demande de contrôle judiciaire.

La seconde question, subsidiaire, a trait à l’attribution et à l’application du fardeau de la preuve incombant en l’espèce. La Commission soutient que le Conseil et le juge-arbitre ont commis une erreur de droit en imposant à la Commission le fardeau d’établir qu’il y avait, de la part du prestataire, une «intention de tromper». La Commission estime que ce n’est pas cette norme de preuve qui est applicable en l’espèce et elle estime que, par conséquent, les deux organismes de contrôle ont commis une erreur de droit. J’admets l’argument. Ainsi qu’il sera expliqué, l’arrêt récemment rendu par cette Cour dans l’affaire *Canada (Procureur général) c. Gates*, [1995] 3 C.F. 17, justifie pleinement cette conclusion.

Il est clair que le premier argument développé par la Commission constitue un changement essentiel par rapport à la position que celle-ci avait précédemment adoptée. Pour accepter l’argument il faudrait, nécessairement, abandonner les actuelles conditions juridiques que la Cour a imposées à l’exercice du pouvoir

to the imposition of a penalty under subsection 33(1) of the Act, must be jettisoned. Given these special circumstances, the fact that this particular issue was not raised below, and that the claimant was unrepresented at the oral hearing of this matter, this Court took the unprecedented step of ordering the Commission to assist the claimant in retaining and paying the costs of independent legal counsel. We did so solely for the purpose of having available written representations in response to the Commission's arguments on this issue. I hasten to add that we were satisfied that the claimant was not in a position to retain counsel. Under the terms of our order the Commission was given an opportunity to submit a reply memorandum by December 15, 1995. It was agreed that this section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8)] application would be disposed of on the basis of the written materials filed, unless further oral argument was deemed necessary. That need did not materialize. My analysis begins with the customary recitation of relevant facts.

The claimant filed an application for unemployment insurance benefits after being laid off because of a shortage of work at the Halifax shipyards. While in receipt of benefits, the claimant worked for a period of time as a taxi driver. However, he failed to report any of his earnings derived from that occupation. Ultimately, the Commission determined that the claimant was not unemployed within the meaning of the Act and Regulations [*Unemployment Insurance Regulations*, C.R.C., c. 1576] and, therefore, not entitled to any benefits. That determination turned on the fact that the claimant controlled his own working hours as an independent taxi driver: see sections 8 and 10 [as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 8] of the Act and section 43 of the Regulations. The Commission also invoked subsection 33(1) of the Act and imposed a penalty of \$5,362 because of the claimant's failure to report all earnings. As well, the claimant is under the additional obligation to reimburse the Commission for

discrétionnaire conféré à la Commission en ce qui concerne l'imposition d'une pénalité au titre du paragraphe 33(1) de la Loi. Compte tenu de ces circonstances particulières, du fait que cette question précise n'a pas été évoquée en premier ressort et que le prestataire n'a pas été assisté d'un avocat lors de l'audition de cette affaire, la Cour a pris la décision inédite d'enjoindre à la Commission d'aider le prestataire à retenir et à rémunérer les services d'un avocat. En cela nous avons agi uniquement dans le but de pouvoir disposer des observations écrites présentées en réponse aux arguments développés par la Commission sur cette question. Je m'empresse d'ajouter que nous étions convaincus que le prestataire n'avait pas lui-même les moyens de retenir les services d'un avocat. Selon les conditions fixées dans notre ordonnance, la Commission avait jusqu'au 15 décembre 1995 la possibilité de présenter un mémoire en réplique. Il a été convenu que la présente demande, fondée sur l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8)], serait réglé sur production des documents écrits à moins qu'il ne paraisse nécessaire d'entendre de nouvelles plaidoiries. Ce besoin ne s'est pas fait sentir. Mon analyse commence donc par l'exposé habituel des faits pertinents de la cause.

Le prestataire avait déposé une demande de prestations d'assurance-chômage après avoir été licencié du chantier naval de Halifax dont le plan de charge était insuffisant. Alors qu'il touchait des prestations, le prestataire a travaillé quelque temps comme chauffeur de taxi. Il n'a cependant déclaré aucun des gains tirés de cette occupation. La Commission a en fin de compte décidé que le prestataire n'était pas chômeur au sens de la Loi et du Règlement [*Règlement sur l'assurance-chômage*, C.R.C., ch. 1576] et qu'il n'avait donc pas droit aux prestations. Cette décision était fondée sur le fait qu'en tant que chauffeur de taxi indépendant, le prestataire était maître de son horaire de travail: voir les articles 8 et 10 [mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 8] de la Loi ainsi que l'article 43 du Règlement. Se fondant également sur le paragraphe 33(1) de la Loi, la Commission a imposé une pénalité de 5 362 \$ au prestataire qui n'avait pas déclaré l'intégralité de ses gains. Le prestataire devra en outre

overpayments made by it as a result of the false statements.

The facts relevant to the finding by the Commission that the claimant had knowingly made false statements are as follows. From time to time the claimant was called back to work at the Halifax shipyards. During these periods he was still in receipt of benefits. On each occasion the claimant answered "Yes" to Question 1 of the bi-weekly report cards which he filed with the Commission. Question 1 asks: "Did you work during the period of this report?" The claimant also reported all earnings received from the Halifax shipyards. On the other hand, the claimant answered "No" to Question 1 when filing report cards covering those weeks in which his work was limited to driving a taxi. After receiving an anonymous phone call revealing that the claimant was working as a taxi driver, while in receipt of benefits, the Commission asked the claimant to attend at its offices. During the ensuing interview the claimant admitted to driving a taxi, on Friday and Saturday evenings only, and to being informed at the time he made his claim that he would not be entitled to unemployment benefits if he held a taxi licence (applicant's application record, at pages 52-53). A friend of the claimant, Mr. Clarke, made submissions on his behalf before the Board. Mr. Clarke submitted that the claimant had only a minimal education and was not "competent" in filling out forms and that, in fact, his "application" for benefits was filled out by another person.

The Board upheld the Commission's determination that the claimant was not entitled to benefits on the ground that he was not unemployed. However, contrary to the Commission's determination, it concluded that the claimant had not knowingly made false or misleading statements. Specifically, the Board held (applicant's application record, at page 99):

After reviewing all the evidence the Board finds the following. We find the claimant was driving a taxi even though it

rembourser à la Commission les surpaiements qui lui ont été faits en raison de ses fausses déclarations.

Voici les faits sur lesquels la Commission s'est fondée pour décider que le prestataire avait sciemment fait de fausses déclarations. De temps à autre le prestataire était rappelé pour travailler au chantier naval de Halifax. À ces époques-là il touchait encore des prestations d'assurance-chômage. À chaque fois, le prestataire répondait «Oui» à la question 1 figurant sur les cartes de déclaration qu'il devait chaque quinzaine remplir et renvoyer à la Commission. La question numéro 1 est «Avez-vous travaillé au cours de la période en question?» Le prestataire a donc déclaré la totalité de la rémunération obtenue au chantier naval de Halifax. Mais, sur les cartes de déclaration, le prestataire avait répondu «Non» à la question numéro 1 pour les semaines où il n'avait fait que conduire un taxi. Suite à un appel téléphonique anonyme lui apprenant que, alors qu'il touchait les prestations d'assurance-chômage, le prestataire travaillait comme chauffeur de taxi, la Commission a demandé au prestataire de se présenter dans ses services. Au cours de l'entrevue qui a suivi, le prestataire a reconnu avoir conduit un taxi, les vendredis et samedis soirs seulement, et avoir été informé, lors du dépôt de sa demande de prestations, qu'il n'aurait pas droit aux prestations d'assurance-chômage s'il était titulaire d'une licence de taxi (dossier de demande du requérant, aux pages 52 et 53). Devant le Conseil, M. Clarke, un ami du prestataire, a présenté des observations au nom de M. Purcell. M. Clarke a fait valoir que le prestataire n'avait bénéficié que d'une scolarité assez sommaire et qu'il n'était pas «très capable» lorsqu'il s'agissait de remplir des formulaires et que, de fait, sa «demande» de prestations avait été remplie par quelqu'un d'autre.

Le Conseil a confirmé la décision de la Commission selon laquelle le prestataire n'avait droit à aucune prestation étant donné qu'il n'était pas chômeur. Mais, contrairement à ce qu'avait décidé la Commission, le Conseil a conclu que le prestataire n'avait pas sciemment fait des déclarations fausses ou trompeuses. La Commission a en effet décidé (dossier de demande du requérant, à la page 99):

Après examen de l'ensemble de la preuve, la Commission constate que le prestataire conduisait effectivement un taxi

was a minimal number of hours per week. We also find that he did not report this on his cards. The question is did he intentional[ly] make false or misleading statements. His agent Mr. Clarke made informative submissions on his behalf. Mr. Clarke pointed out the claimant only has minimal education and is not completely competent when it comes to filling out forms, his application was in fact filled out by another person as the claimant had trouble filling it out himself.

Each of the parties appealed the respective negative decisions to an umpire. Both appeals were dismissed. This application is concerned only with the Umpire's finding that the Board did not err in ruling that the claimant had not knowingly made false or misleading statements, as proscribed by subsection 33(1) of the Act. With respect to that issue, the learned Umpire concluded as follows (applicant's application record, at page 121):

The Board of Referees were obviously not convinced that the claimant knowingly made false statements. The onus of proof in that regard is on the Commission. The Board of Referees were prepared and did in fact give to the claimant the benefit of the doubt. They obviously assessed his credibility in so determining and found in the claimant's favour. I have not been convinced that I should interfere with the Board of Referees' findings in that regard.

Counsel for the claimant is quick to distinguish between the right of the Board to determine whether a claimant has knowingly made false or misleading statements and the right of the Commission to determine whether a penalty should be imposed once it is satisfied that this condition precedent has been satisfied. For example, had the Board in this case concluded that the claimant had knowingly made false statements then counsel concedes that the Commission's decision to impose a penalty could not have been set aside by the Board. In such circumstances the decision whether to impose or not to impose a penalty must rest with the Commission. I agree. To hold otherwise, in my view, would undermine significantly the responsibility of the Commission to protect against abuses of the legislative scheme. That conclusion, however, does not address the fact that the condition

même s'il ne faisait que peu d'heures par semaine. Nous constatons également qu'il ne l'a pas indiqué sur ses cartes de déclaration. La question est de savoir s'il a sciemment fait des déclarations fausses ou trompeuses. Son représentant, M. Clarke, a présenté au nom du prestataire des arguments instructifs. M. Clarke a fait remarquer que le prestataire n'a bénéficié que d'une scolarité sommaire et qu'il n'est pas très capable lorsqu'il s'agit de remplir des formulaires, sa demande de prestations ayant été, de fait, remplie par quelqu'un d'autre étant donné que le prestataire avait du mal à la remplir lui-même.

Les deux parties ont interjeté appel devant un juge-arbitre contre les décisions rendues respectivement à leur encontre. Les deux appels ont été rejetés. La présente demande ne concerne que la conclusion du juge-arbitre selon laquelle le Conseil n'a commis aucune erreur lorsqu'il a décidé que le prestataire n'avait pas sciemment fait les déclarations fausses ou trompeuses que réprime le paragraphe 33(1) de la Loi. Sur ce point, le savant juge-arbitre a conclu en ces termes (dossier de demande du requérant, à la page 121):

Le conseil arbitral n'était de toute évidence pas convaincu que le prestataire avait sciemment fait de fausses déclarations. Sur ce point la preuve incombe à la Commission. Le Conseil arbitral était disposé à accorder au prestataire le bénéfice du doute, ce qu'il a effectivement fait. En tranchant ainsi, le Conseil a manifestement évalué la crédibilité du prestataire et a conclu en sa faveur. Je ne suis pas convaincu d'avoir sur ce point à intervenir au niveau des conclusions du conseil arbitral.

L'avocat du prestataire s'empresse de faire une distinction entre le droit qu'a le Conseil de dire si un prestataire a sciemment fait des déclarations fausses et trompeuses et le droit qu'a la Commission de dire s'il y a lieu d'imposer une pénalité à partir du moment où elle estime que cette condition préalable est remplie. À supposer que le Conseil ait en l'espèce conclu que le prestataire avait sciemment fait des fausses déclarations, l'avocat reconnaît que, dans cette hypothèse, la décision qu'a prise la Commission d'imposer une pénalité n'aurait pas pu être infirmée par le Conseil. En pareille hypothèse, la décision d'imposer ou non une pénalité appartient à la Commission. C'est aussi mon avis. J'estime qu'en affirmant le contraire on porterait atteinte à la responsabilité qu'a la Commission de protéger contre les abus le dispositif législatif qui a été mis en place. Cela ne règle cependant pas la

precedent to the exercise of the discretionary power in question is expressed in terms of the Commission forming an opinion, not the Board. Thus, the ultimate issue is whether the Commission's opinion is to be treated as final and conclusive or whether the Board possesses the jurisdiction to formulate its own opinion with respect to what is essentially a question of fact.

The first step in making this decision is to acknowledge that the law simply does not recognize the concept of an unfettered discretion. All discretionary powers must be exercised "according to law" and, therefore, are subject to certain implied limitations. A decision based on a misapprehension of the facts, as opposed to inferences drawn from accepted facts, will be set aside as will decisions based on a palpable error: see *Canada (Attorney General) v. Smith* (1994), 167 N.R. 105 (F.C.A.) where the penalty imposed by the Commission exceeded the prescribed maximum.¹ Counsel for the Commission acknowledges that a discretionary power must be exercised "judicially". I take that term to mean that if it can be established that the decision-maker acted in bad faith or for an improper purpose or motive, took into account an irrelevant factor or ignored a relevant factor or acted in a discriminatory manner, then any decision which flows from the exercise of a discretionary power will be set aside: see *Boulis v. Minister of Manpower and Immigration*, [1974] S.C.R. 875, at page 877; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at pages 76-77.

These common law limitations reflect the understanding that unreviewable discretionary powers are in conflict with the notion that all powers granted by Parliament to the executive are of an inherently limited nature: see W. Wade, *Administrative Law*, 5th ed. (Oxford: Clarendon Press, 1982) at page 355; and J. M. Evans *et al.*, *Administrative Law: Cases, Texts and Materials*, 3d ed. (Toronto: Emond Montgomery, 1989) at page 653; and *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, *per* Rand J. at page 140.

question du fait que l'exercice du pouvoir discrétionnaire en cause est subordonné à l'avis non pas du Conseil mais de la Commission. En dernière analyse, la question est donc de savoir si l'avis de la Commission doit être considéré comme définitif et concluant ou si le Conseil est compétent pour formuler à son tour un avis concernant ce qui est essentiellement une question de fait.

Pour trancher la question, il faut d'abord reconnaître que le droit ne connaît pas la notion de pouvoir discrétionnaire absolu. Tout pouvoir discrétionnaire doit être exercé «conformément au droit» et un tel pouvoir est, par conséquent, soumis à un certain nombre de limites implicites. Toute décision fondée sur une mauvaise compréhension de faits, ce qui n'est pas la même chose qu'une inférence fondée sur des faits non contestés, sera annulée, comme le serait une décision fondée sur une erreur tangible: voir *Canada (Procureur général) c. Smith* (1994), 167 N.R. 105 (C.A.F.) affaire dans laquelle la pénalité imposée par la Commission dépassait le maximum prescrit¹. L'avocat de la Commission reconnaît qu'un pouvoir discrétionnaire doit être exercé «judiciairement». J'entends par cela que si l'on parvient à établir que le décideur a agi de mauvaise foi, ou dans un but ou pour un motif irrégulier, qu'il a pris en compte un facteur non pertinent ou ignoré un facteur pertinent ou qu'il a agi de manière discriminatoire, toute décision découlant de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire sera annulée: voir *Boulis c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1974] R.C.S. 875, à la page 877; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, aux pages 76 et 77.

Ces limites qu'impose la common law traduisent l'idée qu'un pouvoir discrétionnaire qui n'est pas soumis à contrôle est contraire à l'idée que tout pouvoir conféré à l'exécutif par le législateur est intrinsèquement limité: voir W. Wade, *Administrative Law*, 5^e éd. (Oxford: Clarendon Press, 1982) à la page 355; et J. M. Evans et autres, *Administrative Law: Cases, Texts and Materials*, 3^e éd. (Toronto: Emond Montgomery, 1989) à la page 653; et *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, le juge Rand, à la page 140.

This is not a case in which it can be said that the Commission did not act judicially. The issue before us is whether the Board has the jurisdiction to substitute its view for that of the Commission with respect to whether a claimant has knowingly made a false or misleading statement. There are two possible approaches to determining this issue which, for my purposes, are quite compatible. The first is to approach the issue of jurisdiction as a question of statutory construction, and in particular by construing the phrase "in its opinion". The second is to follow the methodology of the Supreme Court by characterizing the discretionary power in order to determine whether it is subject to review. Of primary relevance is whether the power is "administrative" in nature. The jurisprudence of our Supreme Court reveals that reviewing bodies may not interfere with the exercise of an "administrative" discretion, unless of course there has been a breach of express or implied limitations. This much can be safely extracted from the case law: see *Calgary Power Ltd. and Halmrast v. Copithorne*, [1959] S.C.R. 24; *Swain et al. v. Dennison et al.*, [1967] S.C.R. 7; *Gana v. Minister of Manpower and Immigration*, [1970] S.C.R. 699; and *Nenn v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 631; with respect to the latter case see also *Blachford v. Public Service Commission of Canada*, [1983] 1 F.C. 109 (T.D.); and *Kennedy v. Canada (Public Service Commission)*, [1990] 2 F.C. 181 (T.D.) *per* Strayer J., at page 187.

For purposes of this appeal it is sufficient to canvass briefly two of the Supreme Court's decisions: *Gana v. Minister of Manpower and Immigration*, and *Nenn v. The Queen*. In *Gana* the Supreme Court had to decide whether the Immigration Appeal Board and a special inquiry officer possessed the jurisdiction to consider and vary the number of "units" allotted to the applicant, by an immigration officer, for purposes of determining admissibility to Canada. The argument advanced by the Minister was that a review of the immigration officer's decision was prohibited by the opening words of paragraph 34(3)(f) of the *Immigra-*

On ne saurait affirmer en l'espèce que la Commission n'a pas agi de façon judiciaire. Il s'agit de décider si le Conseil a la compétence voulue pour substituer son opinion à celle de la Commission sur la question de savoir si un prestataire a sciemment fait une déclaration fautive ou trompeuse. Pour trancher cette question, il y a deux manières de procéder qui me paraissent en l'espèce parfaitement compatibles. La première consiste à considérer la question de la compétence comme une question d'interprétation d'une disposition législative, en l'espèce l'interprétation de l'expression «à son avis». La deuxième consiste à suivre la démarche retenue par la Cour suprême et à préciser la nature du pouvoir discrétionnaire en cause afin de dire s'il est ou non soumis à un contrôle. On attachera une importance particulière à la question de savoir si le pouvoir en question est un pouvoir d'ordre «administratif». La jurisprudence de la Cour suprême révèle que les organismes de contrôle ne doivent pas s'immiscer dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire d'ordre «administratif», à moins, bien sûr, qu'il y ait eu violation des limites expressément ou implicitement posées à son exercice. Cela, on peut sans craindre de se tromper, l'affirmer en se fondant sur la jurisprudence: voir *Calgary Power Ltd. and Halmrast v. Copithorne*, [1959] R.C.S. 24; *Swain et al. v. Dennison et al.*, [1967] R.C.S. 7; *Gana c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1970] R.C.S. 699; et *Nenn c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 631; voir aussi, en ce qui concerne cette dernière affaire, *Blachford c. La Commission de la Fonction publique du Canada*, [1983] 1 C.F. 109 (1^{re} inst.), et *Kennedy c. Canada (Commission de la fonction publique)*, [1990] 2 C.F. 181 (1^{re} inst.), le juge Strayer, à la page 187.

Il suffit, dans le contexte du présent appel, d'examiner brièvement deux décisions de la Cour suprême: *Gana c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration* et *Nenn c. La Reine*. Dans l'affaire *Gana*, la Cour suprême avait à décider si la Commission d'appel de l'immigration et un enquêteur spécial avaient la compétence voulue pour examiner et modifier le nombre de «points» accordés par un agent d'immigration à un demandeur afin de se prononcer sur l'admissibilité de celui-ci au Canada. Selon l'argument développé par le ministre, tout contrôle de la décision de l'agent d'immigration était interdit par les termes

tion Regulations, Part I, SOR/62-36 as amended [SOR/67-434, s. 2], which reads: "in the opinion of an immigration officer". The Supreme Court concluded otherwise. Writing for the Court, Spence J. stated at page 709:

In my opinion, the words [in the opinion of] simply mean that the immigration officer is to carry out an assessing duty not that his opinion becomes final and conclusive protected from any review. Counsel for the Minister cites *Calgary Power Ltd. et al. v. Copithorne* for the proposition that the decision of the immigration officer was not subject to review but in that case the decision of the Minister of the Crown was held to be an administrative decision and by statute the Minister was given the sole authority to decide with no provision for appeal. The present situation is very different. [Emphasis is mine]

The opposite conclusion was reached in *Nenn v. The Queen*, which brought into question the legal significance of the phrase "in the opinion of" as employed in section 21 of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32. The thrust of that provision is that a person who has been denied a position in the Public Service may appeal the appointment of the successful candidate to a board established by the Public Service Commission. In cases where the appointment was made "without competition" then the right to appeal such an appointment does not arise unless, "in the opinion of" the board, the unsuccessful candidate "has been prejudicially affected". In *Nenn* the board had held that the appellant's opportunity for advancement in the Public Service had not been prejudicially affected by the appointment of another candidate. The appellant sought to have that decision set aside. The Supreme Court concluded, *inter alia*, that the decision was of "an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis." (*per* Martland J., at page 636). In the present case, our task is simply to characterize the nature of the decision under review. The distinction between quasi-judicial and administrative acts has, for all intents and purposes, been laid to rest: see *Everett v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)* (1994), 25 Admin. L.R. (2d) 112 (F.C.A.), *per* MacGuigan J.A., at page 120.

utilisés au début de l'alinéa 34(3)f) du *Règlement sur l'immigration, Partie I*, DORS/62-36 modifié [par DORS/67-434, art. 2], paragraphe qui commence par l'expression: «si un fonctionnaire à l'immigration est d'avis». La Cour suprême en a décidé autrement. Se prononçant au nom de la Cour, le juge Spence a ainsi déclaré à la page 709:

À mon avis ces mots [si. . . est d'avis] signifient simplement que le fonctionnaire à l'immigration doit faire l'appréciation du requérant, mais non que sa conclusion est définitive et sans appel. L'avocat du ministre invoque *Calgary Power Ltd. et al. c. Copithorne* à l'appui de la prétention que la décision du fonctionnaire à l'immigration n'est pas susceptible de révision, mais dans cette affaire-là, on a jugé qu'il s'agissait d'une décision administrative d'un ministre de Sa Majesté que lui seul avait le droit de prendre en vertu de la loi sans aucune disposition prévoyant un appel. [Non souligné dans l'original]

C'est à la conclusion inverse qu'est parvenue la Cour suprême dans l'arrêt *Nenn c. La Reine* où était en question le sens juridique qu'il convenait d'attribuer à l'expression «de l'avis de» employée à l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, ch. P-32. Aux termes de cette disposition, la personne qui s'est vu refuser un poste dans la Fonction publique peut faire appel de la nomination du candidat reçu devant un organisme constitué par la Commission de la fonction publique. Si la nomination en question a été effectuée «sans concours», l'intéressé n'a le droit de faire appel que si «de l'avis» de la Commission, les chances d'avancement du candidat non reçu «sont ainsi amoindries». Dans l'affaire *Nenn*, le Conseil avait décidé que les chances d'avancement de l'appelant au sein de la Fonction publique n'avaient pas été amoindries par la nomination d'un autre candidat. L'appelant demandait l'annulation de cette décision. La Cour suprême a, entre autres, estimé que la décision était «de nature administrative non légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire.» (le juge Martland, à la page 636). Dans la présente affaire, il nous incombe simplement de dire à quelle catégorie appartient la décision en cause. À toutes fins utiles, la distinction entre les décisions quasi judiciaires et les décisions d'ordre administratif a été abandonnée, voir *Everett c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)* (1994), 25 Admin. L.R. (2d) 112 (C.A.F.), le juge MacGuigan, à la page 120.

It would be misleading to suggest that the Supreme Court has had the opportunity to outline a comprehensive analytical framework for characterizing discretionary powers. In my view, the best that can be said is that the following factors are frequently taken into account when reviewing the exercise of a discretionary power: (1) the wording of the discretionary power and, in particular, whether it is couched in subjective terms; (2) the character and role of the decision-maker; (3) the nature or character of the discretionary decision in so far as it relates to a specific as opposed to general purpose; and (4) the existence and scope of a right of appeal. It is only after having regard to these factors that one is able to characterize the discretionary power outlined in subsection 33(1) of the Act as administrative or not, and thereby determine whether the Board has jurisdiction to interfere with the Commission's finding: see generally *Evans, supra*, at page 657 *et seq.*

The analytical approach outlined above does not form part of the Commission's principal argument, which hinges primarily on this Court's pronouncements stemming from the Commission's exercise of other discretionary powers scattered throughout the Act. This is a convenient place to deal with the Commission's argument.

Succinctly restated, the Commission posits that if it is not permissible for the Board to review discretionary decisions rendered by the Commission pursuant to other provisions of the Act, then surely the Board lacks the jurisdiction to do likewise with respect to those made under subsection 33(1) of the Act. In support of its argument the Commission refers specifically to the discretionary powers found in subsection 30(1) [as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 22], 33(1), 41(10), and 79(1) of the Act, and the relevant jurisprudence.

Until amended in 1993 [S.C. 1993, c. 13, s. 20], subsection 30(1) of the Act empowered the Commis-

Il serait trompeur de laisser entendre que la Cour suprême a eu l'occasion d'esquisser un schéma d'analyse englobant tous les éléments permettant de classer les divers types de pouvoirs discrétionnaires. J'estime que l'on peut tout au plus affirmer que pour contrôler la manière dont a été exercé un pouvoir discrétionnaire, on va fréquemment tenir compte des facteurs suivants: (1) la manière dont est formulé le pouvoir discrétionnaire en question et notamment la question de savoir si ce pouvoir est énoncé en des termes subjectifs; (2) la nature et le rôle de l'organisme décideur; (3) la nature ou le caractère de la décision discrétionnaire, c'est-à-dire dans quelle mesure elle a un objet spécifique ou, au contraire, un objet général; et (4) l'existence d'un droit d'appel et la portée attribuée à celui-ci. Ce n'est qu'après avoir examiné ces divers facteurs que l'on peut dire si le pouvoir discrétionnaire prévu au paragraphe 33(1) de la Loi est ou non de caractère administratif, et décider si le Conseil était compétent pour intervenir au niveau de la décision prise par la Commission: voir, de manière générale, *Evans*, précité, à la page 657 et suivantes.

Le mode d'analyse exposé ci-dessus ne fait pas partie de l'argument principal développé par la Commission, argument essentiellement fondé sur les déclarations que la Cour a eu l'occasion de faire à l'égard de la manière dont la Commission a exercé divers autres pouvoirs discrétionnaires prévus ici et là dans la Loi. Il y a maintenant lieu d'examiner l'argument sur lequel se fonde la Commission.

En résumé, la Commission fait valoir que si le Conseil n'a pas la compétence nécessaire pour contrôler les décisions discrétionnaires rendues par la Commission en vertu d'autres dispositions de la Loi, le Conseil n'est évidemment pas compétent pour contrôler les décisions prises en vertu du paragraphe 33(1) de la Loi. À l'appui de son argument la Commission invoque plus précisément les pouvoirs discrétionnaires prévus aux paragraphes 30(1) [mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 22], 33(1), 41(10) et 79(1) de la Loi, ainsi que la jurisprudence qui s'y rapporte.

Avant d'être modifié en 1993 [L.C. 1993, ch. 13, art. 20], le paragraphe 30(1) de la Loi donnait à la

sion to impose a disqualification period ranging from six to twelve weeks arising from breaches of section 27 of the Act. Subsection 33(1) empowers the Commission to fix the amount of the penalty for knowingly making a false or misleading statement, subject to a prescribed maximum. Subsection 41(10) [formerly subsection 55(10)] provides that the Commission may waive certain conditions and requirements when “in its opinion” the circumstances warrant such. Subsection 79(1) provides that where “special reasons” exist the Commission may extend the time limit in which to appeal its decision to the Board. I agree with counsel for the Commission that with respect to these subsections this Court has held that neither the Board nor an umpire may exercise these discretionary powers which Parliament has vested in the Commission and that a decision made in the exercise of such discretions may not be set aside unless made in a “non-judicial way”, or “vitiating by fundamental error”: see *Canada (Attorney General) v. Plourde*, [1990] F.C.J. No. 944 (F.C.A.) (QL); and *Canada (Attorney General) v. Phung*, [1994] F.C.J. No. 1754 (F.C.A.) (QL) respectively.

Without expressly stating so, this Court has treated decisions based on the above discretionary powers as an exercise of an administrative discretion, thereby restricting the Board’s appellate review jurisdiction while insulating the Commission’s decisions from review: with respect to subsection 30(1) see *Canada (Attorney General) v. Phung*, *supra*; with respect to subsection 41(10) see *Attorney General of Canada v. Desjardins*, [1981] 1 F.C. 220 (C.A.); *Attorney General of Canada v. Findenigg*, [1984] 1 F.C. 65 (C.A.); and *Re The Queen and Harbour* (1986), 26 D.L.R. (4th) 96 (F.C.A.); with respect to subsection 79(1) see *Brunet v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1988] F.C.J. No. 829 (F.C.A.) (QL); *Chartier v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1990] F.C.J. No. 832 (F.C.A.) (QL); and *Canada (Attorney General) v. Plourde*, *supra*; with respect to subsection 33(1) see: *Canada (Attorney General) v. Simard*, [1994] A.C.F. No. 290 (F.C.A.)

Commission le pouvoir d’imposer une période d’exclusion de six à douze semaines pour toute violation de l’article 27 de la Loi. Le paragraphe 33(1) confère à la Commission le pouvoir de fixer le montant de la pénalité applicable à ceux qui font sciemment une déclaration fausse ou trompeuse, sous réserve d’un maximum que la loi elle-même prescrit. Le paragraphe 41(10) [l’ancien paragraphe 55(10)] prévoit que la Commission pourra suspendre certaines des conditions et exigences prévues lorsque «à son avis» les circonstances le justifient. Le paragraphe 79(1) prévoit que s’il existe des «raisons spéciales» de le faire, la Commission peut accorder un délai supplémentaire à ceux qui entendent interjeter appel de sa décision devant le Conseil. Je conviens avec l’avocat de la Commission que, en ce qui concerne ces divers paragraphes, la Cour a décidé que ni le Conseil, ni un juge-arbitre ne peut exercer les pouvoirs discrétionnaires que le législateur a confiés à la Commission, et qu’une décision prise dans le cadre de l’exercice de ces mêmes pouvoirs discrétionnaires ne saurait être annulée à moins d’avoir été prise «de façon non judiciaire» ou à moins d’être «entachée d’une erreur fondamentale»: voir *Canada (Procureur général) c. Plourde*, [1990] A.C.F. n° 944 (C.A.F.) (QL); et *Canada (Procureur général) c. Phung*, [1994] F.C.J. n° 1754 (C.A.F.) (QL) respectivement.

Sans le déclarer expressément, la Cour a considéré que les décisions prises en fonction des pouvoirs discrétionnaires indiqués plus haut constituaient l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire administratif et a par là même restreint le pouvoir qu’a le Conseil de contrôler de telles décisions en appel, tout en mettant les décisions de la Commission à l’abri d’un tel contrôle: en ce qui concerne le paragraphe 30(1) voir *Canada (Procureur général) c. Phung*, précité; en ce qui concerne le paragraphe 41(10) voir *Le procureur général du Canada c. Desjardins*, [1981] 1 C.F. 220 (C.A.); *Procureur général du Canada c. Findenigg*, [1984] 1 C.F. 65 (C.A.); et *Re La Reine et Harbour* (1986), 26 D.L.R. (4th) 96 (C.A.F.); en ce qui concerne le paragraphe 79(1), voir *Brunet c. Canada (Commission de l’emploi et de l’immigration)*, [1988] A.C.F. n° 829 (C.A.F.) (QL); *Chartier c. Canada (Commission de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1990] A.C.F. n° 832 (C.A.F.) (QL); et *Canada (Procureur*

(QL); *Canada (Attorney General) v. Frew*, [1994] F.C.J. No. 988 (F.C.A.) (QL); *R. v. Friesen*, [1994] F.C.J. No. 1363 (F.C.A.) (QL) and *Canada (Attorney General) v. Smith*, *supra*.

It does not follow, however, that absolute deference is owed the Commission on all other discretionary matters and, in particular, with respect to the question of whether a claimant knowingly made a false or misleading statement. This is not a proper case in which to argue by analogy. The phrase “in its opinion” cannot be construed in the abstract. Words must be read in their entire context along with the scheme and object of the Act: see *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; and *Lor-Wes Contracting Ltd. v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 346 (C.A.), *per* MacGuigan J.A., at page 352. This canon of statutory construction forces us to pursue the analytical framework outlined earlier. Otherwise, my analysis would end with a literal reading, not of subsection 33(1) of the Act, but of the phrase “in its opinion”.

In summary, this judicial review application is not concerned with the judicial treatment accorded other discretionary powers exercisable by the Commission. Nor is it concerned with the amount of the penalty that was imposed by the Commission. Rather we are concerned with the authority of the Commission to impose it in the first instance and with the jurisdiction of the Board to review it, based on its own assessment of the facts. The starting point of my analysis is the wording of the discretionary power in question.

Standing by itself the phrase “in its opinion” supports the Commission’s argument that Parliament intended to limit the review jurisdiction of the Board. The use of subjective, as opposed to objective, language to describe the Commission’s discretionary power cannot be dismissed summarily. A brief expla-

général) c. Plourde, précité; en ce qui concerne le paragraphe 33(1) voir: *Canada (Procureur général) c. Simard*, [1994] A.C.F. n° 290 (C.A.F.) (QL); *Canada (Procureur général) c. Frew*, [1994] A.C.F. n° 988 (C.A.F.) (QL); *R. c. Friesen*, [1994] F.C.J. n° 1363 (C.A.F.) (QL) et *Canada (Procureur général) c. Smith*, précité.

Cela ne veut cependant pas dire qu’envers la Commission, il y ait lieu de faire preuve d’une retenue absolue en ce qui concerne toutes les autres questions relevant d’un pouvoir discrétionnaire et notamment pour ce qui est de la question de savoir si un prestataire a sciemment fait une déclaration fautive ou trompeuse. Il n’y a pas lieu en l’espèce de se baser sur un raisonnement par analogie. L’expression «à son avis» ne saurait être interprétée dans l’absolu. Les mots doivent être pris dans leur contexte global en tenant compte de l’esprit et de l’objet de la Loi: voir *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; et *Lor-Wes Contracting Ltd. c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 346 (C.A.), le juge d’appel MacGuigan, à la page 352. Cette règle d’interprétation des lois nous impose le mode d’analyse exposé plus haut. Sans cela, mon analyse s’achèverait sur une lecture littérale, non pas du paragraphe 33(1) de la Loi, mais de la simple expression «à son avis».

En résumé, la présente demande de contrôle judiciaire n’a pas trait à la manière dont les tribunaux considèrent les autres pouvoirs discrétionnaires dont est investie la Commission. Il ne s’agit pas non plus du montant de la pénalité imposée par la Commission. Ce qui retient ici notre attention c’est, plutôt, le pouvoir qu’a la Commission d’imposer en premier ressort une telle pénalité et la compétence du Conseil pour exercer un contrôle à l’égard d’une telle décision en se fondant sur sa propre évaluation des faits. Mon analyse prend pour point de départ la manière dont est formulé le pouvoir discrétionnaire en question.

Prise isolément, l’expression «à son avis» donnerait raison à la Commission lorsque celle-ci soutient que le législateur entendait limiter la compétence du Conseil en matière de contrôle. On ne saurait écarter à la légère le fait qu’on a recouru pour énoncer le pouvoir discrétionnaire de la Commission à une

nation is all that is needed to highlight the legal significance between the two categories: see generally W. Wade, *Administrative Law*, 6th ed. (Oxford: Clarendon Press, 1992), at pages 445-446.

The jurisdiction to exercise a discretionary power may or may not be conditioned on the existence of a certain state of affairs or facts. In cases where the power is subject to one or more pre-conditions then it is possible to express such in either subjective or objective terms. Subsection 33(1) of the Act is presently cast in subjective terms: "If in the opinion of the Commission the claimant has made a false statement it may impose a penalty". However, Parliament very easily could have framed the power in objective terms: "Where a claimant knowingly makes a false statement the Commission may impose a penalty". The fact that it chose to employ subjective language is of legal significance.

As a general proposition, it may be said that where the discretionary power is framed in subjective terms the potential scope for review is, *prima facie*, narrower than when the power is framed in objective terms. The phrase "in its opinion" indicates that instead of judging objectively whether the pre-condition to the exercise of the statutory power is satisfied, the Board is restricted to ascertaining whether the Commission formed the requisite opinion before exercising its discretion to impose a penalty. However, the fact that Parliament cast the discretionary power under subsection 33(1) of the Act in subjective terms is not, in law, determinative of the issue at hand.

The second factor within the framework outlined above requires us to focus on the character of the decision-maker. In the present case it is obvious that the Commission is not a regulatory agency nor an expert tribunal whose decisions should be accorded deference in accordance with the principles enunciated by the Supreme Court in *Pezim v. British Columbia*

formulation subjective et non pas objective. Il suffit d'une brève explication pour souligner toute l'importance que revêt, au plan juridique, la différence entre les deux: voir, pour un examen général de la question, W. Wade, *Administrative Law*, 6^e édition (Oxford: Clarendon Press, 1992), aux pages 445 et 446.

La compétence nécessaire pour exercer un pouvoir discrétionnaire peut ou non dépendre de l'existence de certaines circonstances ou de certains faits. Lorsque le pouvoir en question est soumis à une ou à plusieurs conditions préalables, il est possible de formuler celles-ci soit de manière subjective, soit de manière objective. Le paragraphe 33(1) de la Loi est actuellement formulé de manière subjective: «La Commission peut imposer une pénalité si, à son avis, le prestataire a fait une fausse déclaration». Mais, le législateur aurait très facilement pu formuler ce pouvoir en des termes objectifs: «Lorsqu'un prestataire fait sciemment une fausse déclaration la Commission peut imposer une pénalité». Le fait que le législateur ait choisi d'utiliser une formulation subjective entraîne des conséquences sur le plan du droit.

L'on peut dire, de manière générale, que lorsque le pouvoir discrétionnaire est formulé en des termes subjectifs, le champ d'exercice du pouvoir de contrôle est, a priori, plus étroit que lorsque le pouvoir est formulé en des termes objectifs. L'expression «à son avis» donne à penser que, au lieu de décider objectivement si la condition préalable à l'exercice du pouvoir conféré par la loi est remplie, le Conseil ne peut que constater si la Commission s'est fait l'opinion prévue avant d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'imposer une pénalité. Mais, le fait que le législateur ait, au paragraphe 33(1) de la Loi, formulé le pouvoir discrétionnaire en question de manière subjective ne suffit pas, en droit, à régler la question qui se pose en l'espèce.

Le deuxième facteur énoncé dans le cadre de la démarche exposée plus haut nous oblige à nous interroger sur le genre d'organisme décideur dont il s'agit. Il est clair en l'espèce que la Commission n'est ni un organisme réglementaire, ni un tribunal spécialisé à l'égard des décisions duquel on doit faire preuve de retenue conformément aux principes énoncés par la

(*Superintendent of Brokers*), [1994] 2 S.C.R. 557. Specifically, this is not a case where the decision-maker, the Commission, possesses a particular expertise necessary to formulate an opinion on what is essentially a question of fact. The present case contrasts sharply with the facts in *Nenn*. In that case the decision-maker, the Public Service Commission, was held to “possess the expertise to formulate an opinion as to whether the opportunity for advancement in the Public Service of an unsuccessful candidate has been prejudicially affected by the making of the appointment” (at page 637). It is self-evident that the question of whether or not a person has knowingly made one or more false or misleading statements does not require any special expertise on the part of the decision-maker. In this regard the Board of Referees is equally qualified to render such factual determinations. Moreover, as will be explained below, the Board is in a better position to make findings of fact than is the Commission.

As important as the character of the decision-maker is, so too is the third component of our framework, the nature or character of the discretionary decision being rendered in so far as it relates to a specific as opposed to general purpose, and its impact on those who are directly affected—unemployment insurance claimants. The decision to be made under subsection 33(1) of the Act is very specific in nature and scope, and the potential ramifications of the exercise of discretion are distinctly punitive. Furthermore, the financial consequences which flow from an adverse determination under that provision are simply devastating. Not only might a claimant be obligated to reimburse the Commission for overpayments, but the amount of the penalty could be of such magnitude that it is unlikely that it would ever be paid, thereby effectively preventing the claimant from collecting unemployment benefits in the future. Putting aside these dire consequences, it is also evident that if the Commission’s argument is accepted then it is entitled to act as prosecutor, judge and jury. The Commission is the one who makes the allegation of a breach under

Cour suprême dans l’arrêt *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557. Plus précisément, il ne s’agit pas d’une affaire où l’organisme décideur, en l’espèce la Commission, possède des connaissances techniques particulières qui lui sont nécessaires pour formuler une opinion concernant ce qui est essentiellement une question de fait. Au niveau des faits, la présente affaire s’oppose nettement à l’affaire *Nenn*. Dans cette autre affaire, en effet, il a été décidé que l’organisme décideur, la Commission de la fonction publique, «possède les connaissances pour exprimer une opinion sur la question de savoir si les chances d’avancement dans la Fonction publique d’un candidat non reçu ont été amoindries par la nomination» (à la page 637). Il est bien évident que la question de savoir si une personne a ou non sciemment fait une ou plusieurs déclarations fausses ou trompeuses n’exige pas de l’organisme chargé de trancher des connaissances techniques particulières. Sur ce plan-là, le Conseil arbitral est tout aussi qualifié pour trancher de pareilles questions de fait. Ajoutons que, comme nous l’expliquerons plus loin, le Conseil est en meilleure position pour parvenir à une conclusion de fait que ne l’est la Commission.

Aussi importante que soit la question du type de l’organisme décideur en cause, d’égale importance est le troisième élément de notre démarche, la nature ou le genre de décision discrétionnaire rendue, c’est-à-dire dans quelle mesure elle a trait à un objet spécifique plutôt qu’à un objet général, et l’impact qu’elle est appelée à avoir sur les personnes directement touchées—les prestataires de l’assurance-chômage. La décision prévue au paragraphe 33(1) de la Loi est, par son genre même ainsi que par sa portée, très spécifique et les retombées éventuelles de l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire sont nettement punitives. De plus, les conséquences pécuniaires découlant d’une décision défavorable prise au titre de cette disposition sont tout à fait dévastatrices. Non seulement un prestataire peut-il être obligé de rembourser à la Commission le trop-perçu, mais la pénalité fixée peut atteindre une telle somme qu’il est peu probable qu’elle soit jamais acquittée, ce qui va en fait avoir pour effet d’interdire au prestataire toute prestation d’assurance-chômage à l’avenir. Même si l’on met de côté ces conséquence désastreuses, il est clair égale-

subsection 33(1). The Commission is the one who decides the culpability of a claimant. Finally, it is the Commission that determines the appropriate “punishment” over and above the restitutionary component of the “sentence”.

As a matter of statutory construction I am obliged to determine whether the Board possesses the jurisdiction to formulate an opinion which stands in contradistinction to that of the Commission. In the analytical framework outlined above, the first factor, the wording of the discretionary power, supports the Commission. The remaining three factors—the character of the decision-maker, the nature and character of the decision, and the existence and scope of a right of appeal—favour unemployment insurance claimants. The fact that there is an express right of appeal to the Board is, in my view, determinative of the issue.

Returning to the facts in *Nenn*, the Supreme Court took care to note that there was no statutory right of appeal from the Public Service Commission’s decision and that Parliament chose to limit the right of appeal to cases where that Commission concluded that an unsuccessful applicant’s opportunity for advancement was prejudicially affected (at page 637). In this particular case section 79 of the Act provides for a right of appeal to the Board. That section reads as follows:

79. (1) The claimant or an employer of the claimant may at any time within thirty days after the day on which a decision of the Commission is communicated to him, or within such further time as the Commission may in any particular case for special reasons allow, appeal to the board of referees in the manner prescribed.

(2) A decision of a board of referees shall be recorded in writing and shall include a statement of the findings of the board on questions of fact material to the decision. [Emphasis is mine.]

In my opinion, Parliament cannot be deemed to have intended to render the Commission’s opinion, as to whether a claimant has knowingly made a false or

ment qu’en retenant l’argument développé par la Commission, on permettrait à celle-ci d’assumer à elle seule le rôle de poursuivant, de juge et de jury. C’est la Commission qui invoque l’existence d’une violation du paragraphe 33(1). C’est aussi la Commission qui se prononce sur la culpabilité d’un prestataire. Et, enfin, c’est encore la Commission qui décide de la «peine» qu’il convient d’imposer en plus des mesures de restitution qui font, elles aussi, partie de la «sentence».

Pour interpréter la disposition ici en cause, je suis tenu de dire si le Conseil possède la compétence nécessaire pour formuler une opinion qui s’opposerait à celle de la Commission. Dans la démarche intellectuelle exposée plus haut, le premier facteur, c’est-à-dire la manière dont est formulé le pouvoir discrétionnaire en cause, donne raison à la Commission. Les trois autres facteurs—la nature de l’organisme décideur, la nature et le type de la décision en cause et l’existence ainsi que la portée d’un droit d’appel—étaient la thèse du prestataire. Le fait que soit expressément prévu un droit d’appel devant le Conseil est, selon moi, concluant en l’espèce.

Évoquant à nouveau les faits de l’affaire *Nenn*, précisons que la Cour suprême a pris soin de noter qu’il n’existait, dans la loi, aucun droit d’appel touchant la décision de la Commission de la fonction publique et que le législateur avait choisi de limiter le droit d’appel aux cas où la Commission avait conclu que les chances d’avancement du candidat non reçu avaient été amoindries (à la page 637). En l’espèce l’article 79 de la Loi prévoit un droit d’appel devant le Conseil. Cette disposition est ainsi libellée:

79. (1) Le prestataire ou un employeur du prestataire peut, dans les trente jours de la date où il reçoit communication d’une décision de la Commission, ou dans le délai supplémentaire que la Commission peut accorder pour des raisons spéciales dans un cas particulier, interjeter appel de la manière prescrite devant le conseil arbitral.

(2) La décision d’un conseil arbitral doit être consignée. Elle comprend un exposé des conclusions du conseil sur les questions de fait essentielles. [Non souligné dans l’original]

L’on ne peut pas, d’après moi, sur la question de savoir si un prestataire a sciemment fait une déclaration fautive ou trompeuse, supposer que le législateur

misleading statement, final and conclusive. I reach this conclusion on two additional grounds. First, it is not unreasonable to infer that had Parliament intended that deference be accorded this aspect of the Commission's decision then it would not have granted an unqualified right of appeal. Parliamentary draftspersons are well aware of the means necessary to ensure that decisions are treated as final and conclusive. In this regard, I cannot help but note that Parliament has in one instance expressly prohibited the right to appeal a decision of the Commission to the Board. Subsection 25(11) of the Act provides that "[n]o decision of the Commission approving or disapproving any job creation project . . . is subject to appeal under section 79 or 80." That subsection reinforces the belief that Parliament is acutely aware of the legislative means for insulating the Commission's decisions from review by the Board and an umpire.

The second ground, in my view, is as compelling as the first. Having regard to the fact that an appeal to the Board is a *de novo* proceeding, the Board is in a better position to render a decision on the facts than the Commission itself. Unlike many appellate review bodies, the Board is called upon to hear and receive evidence from the parties to an appeal and is expressly required to make findings of fact pursuant to subsection 79(2) of the Act. Except where the statute places the exclusive authority or discretion for making a decision with the Commission or the Minister, the Board is obliged to undertake a *de novo* review: see *Attorney General of Canada v. Findenigg, supra, per* Thurlow C.J., at page 71; and *Re The Queen and Harbour, supra, per* Marceau J.A., at pages 105-106. As was stated by one umpire (CUB 12720 [*Mihai*]), the Board's role is to [at page 2]:

. . . consider the evidence presented to it by both parties, to determine the facts relevant to the particular legal issue before it and to articulate, in its written decision, its own independent decision with respect thereto.

a voulu que l'opinion de la Commission soit définitive et concluante. Je me fonde pour dire cela sur deux motifs supplémentaires. D'abord, il n'est pas déraisonnable de supposer que si le législateur avait voulu que l'on témoigne d'une retenue particulière à l'égard de cet aspect de la décision de la Commission, il n'aurait pas accordé sans réserve un droit d'appel. Les rédacteurs législatifs savent très bien faire en sorte que telle ou telle décision soit considérée comme définitive et concluante. Force m'est de noter à cet égard que dans un cas précis le législateur a expressément interdit qu'une décision de la Commission soit portée en appel devant le Conseil. Le paragraphe 25(11) de la Loi prévoit que «[l]es décisions de la Commission approuvant ou désapprouvant un projet créateur d'emploi pour l'application du présent article ne sont pas susceptibles d'appel en vertu des articles 79 ou 80». Ce paragraphe renforce l'idée que le législateur est parfaitement au courant des moyens législatifs qui permettent de mettre les décisions de la Commission à l'abri du contrôle du Conseil ou d'un juge-arbitre.

Le second motif est, à mon avis, aussi fort que le premier. Étant donné qu'un appel devant le Conseil constitue une procédure *de novo*, le Conseil est, mieux que la Commission elle-même, en mesure de rendre une décision basée sur les faits. À l'inverse de nombreux organismes chargés, en appel, de contrôler la décision d'un autre organisme, le Conseil est appelé à entendre les témoignages et à recueillir les preuves fournies par les parties à un appel et, conformément au paragraphe 79(2) de la Loi, il est expressément tenu de conclure sur les questions de fait. Sauf dans les cas où la loi confie à la Commission ou au ministre l'autorité ou le pouvoir discrétionnaire exclusif de rendre une décision, le Conseil est tenu de procéder à un contrôle *de novo*: voir *Procureur général du Canada c. Findenigg*, précité, le juge en chef Thurlow, à la page 71; et *Re La Reine et Harbour*, précité, le juge d'appel Marceau, aux pages 105 et 106. Ainsi que l'a déclaré un juge-arbitre (CUB 12720 [*Mihai*]), le rôle du Conseil est de [à la page 2]:

. . . examiner les preuves que lui présentent les deux parties, pour déterminer les faits pertinents, soit les faits qui concernent le litige particulier qu'il doit trancher et d'expliquer, dans sa décision écrite, la décision qu'il rend concernant ces faits.

By contrast, the role of the Commission is limited to rendering a decision on the basis of evidence that it deems relevant. Before the Commission the claimant has neither any right to a hearing, nor any assurance that evidence presented to it will be given proper weight. This explains why a claimant is entitled to challenge a decision of the Commission on a *de novo* basis. It is the Board which functions as a quasi-judicial body not the Commission. It is the decisions of the Board turning on questions of fact which are owed deference, not those of the Commission.

In summary, I am of the view that the phrase "in its opinion" does not have the legal effect of insulating from review the Commission's decision with respect to whether a claimant has knowingly made a false or misleading statement. This aspect of the discretionary power outlined in subsection 33(1) of the Act is not of an administrative nature. Admittedly, that phrase, when standing by itself, supports the *prima facie* understanding that such findings of the Commission are final and conclusive. In my opinion, however, Parliament cannot be deemed to have intended such a legal result for the following reasons: 1) the opinion in question relates to a finding of fact for which no particular expertise is required; 2) the Board is empowered to engage in a *de novo* review with respect to factual matters; and 3) it is in a better position to make objective findings of fact. This conclusion is reinforced by reference to the punitive nature of the financial consequences which flow from a decision to impose a penalty under subsection 33(1). Ultimately, I am driven to the unescapable conclusion that the Board possesses the requisite jurisdiction to assess, *de novo*, whether a claimant has knowingly made a false or misleading statement. This conclusion disposes of the Commission's first argument. It remains to be decided whether the Board erred with respect to the burden of proof imposed on the Commission. I turn now to the Commission's alternative argument.

À l'inverse, le rôle de la Commission ne consiste qu'à rendre une décision fondée sur les preuves qui lui paraissent pertinentes. Devant la Commission le prestataire n'a pas le droit d'être entendu, ni l'assurance que la preuve qu'il porte devant elle se verra accorder l'importance qu'elle mérite. Cela explique pourquoi un prestataire a le droit de contester une décision de la Commission en demandant que sa cause soit entendue *de novo*. C'est donc le Conseil et non la Commission qui fonctionne comme le ferait un organisme quasi judiciaire. Les décisions à l'égard desquelles on doit faire preuve de retenue sont donc les décisions du Conseil sur des questions de fait et non les décisions de la Commission.

J'estime, pour récapituler, que l'expression «à son avis» n'a pas juridiquement pour effet de mettre la décision de la Commission à l'abri de tout contrôle pour ce qui est de la question de savoir si un prestataire a sciemment fait une déclaration fausse ou trompeuse. Cet aspect du pouvoir discrétionnaire prévu au paragraphe 33(1) de la Loi n'est pas de caractère administratif. Bien sûr, cette expression, prise isolément, comporte a priori l'idée que de telles conclusions de la Commission sont définitives et concluantes. J'estime, cependant, qu'on ne peut pas considérer que le législateur a voulu aboutir à un tel résultat sur le plan du droit, et cela pour les raisons suivantes: 1) l'opinion en question porte sur une conclusion de fait qui n'exige aucune connaissance technique particulière; 2) le Conseil a la compétence nécessaire pour procéder à un examen *de novo* des questions de fait; et 3) il est en meilleure position pour trancher de manière objective les questions de fait. Cette conclusion est confortée par le caractère punitif des conséquences pécuniaires découlant de toute décision d'imposer une pénalité au titre du paragraphe 33(1). Je suis en définitive porté à la conclusion inévitable que le Conseil a la compétence nécessaire pour se prononcer *de novo* sur la question de savoir si un prestataire a sciemment fait une déclaration fausse ou trompeuse. Cette conclusion permet d'écarter le premier argument développé par la Commission. Il reste à décider si le Conseil a commis une erreur en ce qui concerne le fardeau de la preuve imposé à la Commission. Abordons maintenant l'argument subsidiaire avancé par la Commission.

As noted at the outset, the Commission maintains that the Board erred in requiring the former to establish an intention to deceive on the part of the claimant. The Commission relies on *Canada (Attorney General) v. Gates, supra*, in support of its argument. Therein, Linden J.A. writing for the Court found that as subsection 33(1) of the Act does not establish a criminal offence, the “onus of proof that rests upon the Commission is to establish on a balance of probabilities, not beyond a reasonable doubt, that the claimant ‘made a statement or representation that he knew to be false or misleading’” (at page 19). Thus, innocent representations are not subject to a penalty. As well, Linden J.A. went on to explain that the test is a subjective one. The Board must decide on a balance of probabilities that the particular claimant subjectively knew that a false or misleading statement had been made. In other words, the standard is not what the so-called reasonable unemployment insurance claimant would know. Obviously there can be no such person. Linden J.A. went on to explain, at page 21:

In deciding whether there was subjective knowledge by a claimant, however, the Commission or Board may take into account common sense and objective factors. In other words, if a claimant claims to be ignorant of something that the whole world knows, the fact finder could rightly disbelieve that claimant and find that there was, in fact, subjective knowledge, despite the denial. Not to know the obvious, therefore, might properly lead to an inference that the claimant is lying. This does not make the test objective; it does, however, take into account objective matters in coming to a decision on subjective knowledge. If, in the end, the trier of fact is of the view that the claimant really did not know that the representation was false, there is no violation of subsection 33(1).

In *Gates* the Court also referred to the jurisprudence developed by umpires respecting the burden of proof. According to that jurisprudence, the initial onus is on the Commission to prove that a claimant knowingly made a false or misleading statement. Once it appears from the evidence, however, that a claimant has wrongly answered a very simple question or questions on a report card, the burden shifts to the claimant to explain why the incorrect answers were given. Accept-

Ainsi que nous l’avons noté au départ, la Commission affirme que le Conseil a commis une erreur en exigeant que elle, la Commission, établisse, de la part du prestataire, l’existence d’une intention trompeuse. La Commission se fonde en cela sur l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Gates*, précité. Dans cette affaire, le juge Linden, s’exprimant au nom de la Cour d’appel, a jugé que le paragraphe 33(1) de la Loi ne crée pas une infraction criminelle, «le fardeau de la preuve qui incombe à la Commission est celui d’établir, selon la prépondérance des probabilités, et non hors de tout doute raisonnable, que le prestataire a “sciemment fait une déclaration ou une représentation fausse ou trompeuse”» (à la page 19). Les déclarations faites innocemment n’attirent donc aucune pénalité. Le juge Linden a ensuite expliqué que le critère à retenir est un critère subjectif. Le Conseil doit décider selon la prépondérance des probabilités qu’un prestataire savait, subjectivement, qu’une déclaration fausse ou trompeuse avait été faite. Autrement dit, le critère n’est pas celui de ce que devrait savoir le soi-disant prestataire raisonnable. Il est clair qu’un tel être n’existe pas. Puis, à la page 21, le juge Linden poursuit en déclarant:

Pour décider si le prestataire avait une connaissance subjective de la fausseté des déclarations, la Commission ou le Conseil peuvent toutefois tenir compte du bon sens et de facteurs objectifs. En d’autres termes, si un prestataire prétend ignorer un fait connu du monde entier, le juge des faits peut, à bon droit, refuser de le croire et conclure qu’il connaissait bel et bien ce fait, malgré qu’il le nie. Le fait que le prestataire ignore une évidence peut donc mener à une inférence légitime selon laquelle il ment. Le critère appliqué n’est pas objectif pour autant; mais il permet de tenir compte d’éléments objectifs pour trancher la question de la connaissance subjective. Si, en définitive, le juge des faits est d’avis que le prestataire ne savait effectivement pas que sa déclaration était fausse, l’irrégularité visée par le paragraphe 33(1) n’a pas été commise.

Dans l’arrêt *Gates*, la Cour a également cité la jurisprudence des juges-arbitres en matière de fardeau de la preuve. D’après cette jurisprudence, c’est au départ à la Commission qu’il appartient de prouver qu’un prestataire a sciemment fait une déclaration fausse ou trompeuse. Mais, à partir du moment où la preuve démontre qu’un prestataire a donné une réponse inexacte à une question très simple ou à des questions figurant sur la carte de déclaration, il y a

ing this alternative approach, Linden J.A. went on to explain at page 22:

... but the explanation offered may be readily acceptable. It depends on the evidence, the circumstances and the fact finders determination on the basis thereof. (See for example *Zysman v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [[1994] F.C.J. No. 1357 (C.A.) (QL)]). Thus, the fact-finder must decide on the balance of probabilities that the claimant subjectively knew that the report was false in order to penalize him or her. It is possible, though unlikely, for a claimant to be truly ignorant of some fact, even a simple one, when nearly everyone would know it.

In *Gates*, the Board was found to have erred by applying an objective standard when deciding whether there was knowledge on the part of the claimant. As well, the Umpire was held to have “added an element of confusion” when he required the Commission to establish “an intention to deceive” on the part of the claimant. Accordingly, the application was allowed and the matter remitted to the Board for reconsideration.

In my view, this judicial review application must succeed. The element of confusion that existed in the Board’s reasoning in *Gates* also exists in the decision of the Board herein, which was affirmed by the Umpire. I should also like to stress that in the present case the claimant provided incorrect answers to straightforward questions on his report cards and yet the evidence as to why those answers were given seems to conflict. On the one hand, he maintains that the cards were completed by a third party. On the other, he admits that he was advised that if he was in possession of a taxi licence he would not be entitled to benefits. Of course, it is not the role of this Court to resolve what are, arguably, inconsistencies. That is the role of the Board and that is where the issue should be addressed in determining whether the claimant subjectively knew that he was making false or misleading statements.

renversement du fardeau de la preuve et c’est alors au prestataire qu’il appartient d’expliquer l’existence de ses réponses inexactes. Retenant ce raisonnement subsidiaire, le juge Linden explique alors, à la page 22:

... mais il se peut que l’explication offerte puisse être acceptée facilement. Tout dépend de la preuve, des circonstances et de la décision que prend le juge des faits après les avoir examinées. (Voir par exemple l’arrêt *Zysman c. Canada (Commission de l’emploi et de l’immigration)*, [[1994] F.C.J. n° 1357 (C.A.) (QL)]). Pour imposer une pénalité au prestataire, le juge des faits doit donc conclure, selon la prépondérance des probabilités, qu’il savait subjectivement que la déclaration était fausse. Il est possible, bien qu’improbable, qu’un prestataire ignore véritablement un fait, même très simple, alors qu’il devrait être connu d’à peu près tout le monde.

Dans l’arrêt *Gates*, la Cour a estimé que le Conseil avait commis une erreur en appliquant un critère objectif pour décider si le prestataire était au courant desdites déclarations. La Cour a également estimé que le juge-arbitre avait «ajouté un élément de confusion» en exigeant que la Commission établisse l’existence d’une «intention de tromper» de la part du prestataire. Par conséquent, la demande a été accueillie et l’affaire a été renvoyée au Conseil pour nouvel examen.

J’estime que cette demande de contrôle judiciaire doit être accueillie. L’élément de confusion relevé, dans l’arrêt *Gates*, dans le raisonnement suivi par le Conseil existe également dans la décision du Conseil en l’espèce, décision confirmée par le juge-arbitre. Je tiens également à préciser qu’en l’espèce le prestataire a donné des réponses inexactes à des questions qui lui étaient posées de manière non équivoque dans les cartes de rapport du prestataire et, pourtant, la preuve touchant la question de savoir pourquoi ces réponses ont été données semble contradictoire. D’une part, le prestataire soutient que les déclarations ont été remplies par une tierce partie. D’autre part, il reconnaît avoir été informé du fait que s’il était titulaire d’une licence de taxi il n’aurait pas droit aux prestations de l’assurance-chômage. Il n’appartient pas, bien sûr, à la Cour de résoudre ces contradictions apparentes. C’est au Conseil de le faire comme c’est à lui de dire si, subjectivement, le prestataire savait qu’il faisait des déclarations fausses ou trompeuses.

For the above reasons, I would allow the application, set aside the decision of the Umpire dated September 21, 1994, and remit the matter to the Chief Umpire or his designate on the basis that it be remitted to the Board for a rehearing and redetermination in a manner consistent with these reasons.

STONE J.A.: I agree.

STRAYER J.A.: I agree.

¹ The question of the umpire's jurisdiction in the face of such an error was not before the Court in *Smith*. It remains to be decided whether the umpire can make the decision the Board should have rendered, or is obligated to refer the matter back to the Board: see *Dunham*, CUB 29211, September 22, 1995 which suggests that the former solution is the correct one.

Pour les motifs ainsi exposés, j'estime qu'il y a lieu d'accueillir la demande, d'infirmer la décision du juge-arbitre en date du 21 septembre 1994 et de renvoyer l'affaire devant le juge-arbitre en chef ou la personne désignée par lui afin que l'affaire soit renvoyée devant le Conseil pour nouvel examen et nouvelle décision compatible avec les présents motifs.

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

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

¹ Dans l'affaire *Smith*, la Cour n'était pas appelée à se prononcer sur la compétence du juge-arbitre à l'égard d'une telle erreur. Il reste à décider si le juge-arbitre peut substituer sa propre décision à celle que le Conseil aurait dû rendre ou s'il est tenu de renvoyer l'affaire devant le Conseil: voir *Dunham*, CUB 29211, le 22 septembre 1995, selon lequel il semblerait que la première solution soit celle qu'il convient de retenir.

T-1928-91

Adrienne Descôteaux, Édith Thibault, Francine Thibault, Pierre-Yvan Thibault and Marjolaine Thibault (*Plaintiffs*)

v.

Her Majesty the Queen (*Defendant*)

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

Trial Division, Nadon J.—Montréal, March 8, 24 and October 6, 1995.

Crown — Contracts — Plaintiffs heirs of Thibault who entered into contract with Crown purporting to give him ownership of water supply system on Indian reserve — No surrender, as required by Indian Act, obtained — Thibault not consenting to contract amendment — Band Council refusing to recognize ownership by Thibault's estate — Heirs suing Crown for declaration owners, replacement cost of system — Validity of clause in contract giving Thibault ownership of replaced mains — Crown could not transfer ownership of system failing compliance with Indian Act, s. 37 — Crown not forced to repurchase system.

Native peoples — Lands — Water supply system on reserve forming part thereof — Immovable by nature within meaning of Civil Code, art. 376 — Contract between Crown, plaintiff purporting to give latter ownership of system — In absence of surrender, as required by Indian Act, s. 37, ownership of system could not be transferred to plaintiffs.

Civil Code — Immovables — Water supply system situated on Indian reserve immovable by nature within Civil Code, s. 376 and forming part thereof.

The plaintiffs are the heirs of the late Julien Thibault. In 1962, Thibault entered into a contract with the Crown with respect to a water supply system, undertaking, *inter alia*, to provide the Odanak Indian Reserve, which had an internal water supply system, with drinking water from the St-François River by means of his distribution system. Clause 7 of that contract provided that if the Crown replaced the mains of the water supply system during the contract period (and this was in fact done), they would become the property of Thibault and he would be obliged to repair and maintain them at his expense. This he did. In 1973, a government office wrote to Thibault advising that the contractual

T-1928-91

Adrienne Descôteaux, Édith Thibault, Francine Thibault, Pierre-Yvan Thibault et Marjolaine Thibault (*demandeurs*)

a
c.

Sa Majesté la Reine (*défenderesse*)

b RÉPERTORIÉ: DESCÔTEAUX c. CANADA (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Nadon—Montréal, 8 et 24 mars et 6 octobre 1995.

Couronne — Contrats — Les demandeurs sont les héritiers de Thibault, qui a conclu avec la Couronne un contrat en vue d'obtenir la propriété d'un réseau d'aqueduc dans une réserve indienne — Il n'y a pas eu de cession, comme l'exigeait la Loi sur les Indiens — Thibault n'a pas consenti à une modification du contrat — Le conseil de bande a refusé de reconnaître le droit de propriété de la succession de Thibault — Les héritiers ont poursuivi la Couronne pour se faire déclarer propriétaires et rembourser les frais de remplacement du réseau d'aqueduc — La clause figurant dans le contrat et donnant à Thibault la propriété des conduites principales remplacées était-elle valide? — La Couronne ne pouvait pas transférer la propriété du réseau d'aqueduc en cas de non-respect de l'art. 37 de la Loi sur les Indiens — La Couronne n'est pas tenue de racheter le réseau d'aqueduc.

Peuples autochtones — Terres — Réseau d'aqueduc situé dans une réserve et en faisant partie — Immeubles par nature au sens de l'art. 376 du Code civil — Contrat conclu entre la Couronne et le demandeur en vue de donner à celui-ci la propriété du réseau d'aqueduc — À défaut de cession, comme l'exige l'art. 37 de la Loi sur les Indiens, la propriété du réseau d'aqueduc ne pouvait pas être transférée aux demandeurs.

Code civil — Immeubles — Un réseau d'aqueduc situé dans une réserve indienne, étant un immeuble par nature au sens de l'art. 376 du Code civil, fait partie de la réserve.

Les demandeurs sont les héritiers de feu Julien Thibault. En 1962, Thibault a conclu un contrat avec la Couronne relativement à un réseau d'aqueduc et s'est engagé, entre autres, à fournir à la réserve indienne d'Odanak, qui avait un réseau intérieur d'aqueduc, de l'eau potable provenant de la rivière St-François, au moyen de son réseau de distribution. La clause 7 de ce contrat stipulait que, si la Couronne remplaçait, durant la période contractuelle, les conduites principales du réseau d'aqueduc (ce qui a été fait effectivement), celles-ci deviendraient la propriété de Thibault et il aurait l'obligation de les réparer et de les entretenir à ses dépens. Ce qu'il a fait. En 1973, un fonctionnaire du

provision as to ownership was “impossible” in view of section 89 of the *Indian Act* and that the contract would have to be amended. Thibault would not consent to an amendment.

In view of the Band Council’s categorical refusal to recognize Thibault’s estate’s ownership of the water supply system, the plaintiffs brought an action seeking to be declared the owners of the water supply system situated on the territory of the Odanak Indian Reserve and asking the Court to order the defendant to pay them the sum of \$389,000 with interest.

Held, the action should be dismissed.

The only issue was the validity of clause 7 of the contract. First of all, it was indisputable that the water supply system was an immovable by nature within the meaning of article 376 of the *Civil Code of Lower Canada*. And since the word “reserve” in section 2 of the *Indian Act* covered not only tracts of land set apart for the use and benefit of an Indian band, but also immovables by nature such as water and gas pipe systems buried under reserve land, section 37 of the *Indian Act* (which provides that lands in a reserve shall not be alienated until they have been surrendered to Her Majesty) was applicable to the case at bar. This was supported by paragraph 80(1) of the *Indian Act*, which gives band councils the power to make by-laws dealing with “the construction and regulation of the use of public wells, cisterns, reservoirs and other water supplies”. Also, if paragraph 58(4)(b) of the Act required the band council’s consent to dispose of sand and gravel, it would be surprising if the Minister could dispose of a water supply system without band consent, or at least the band council’s consent. Finally, given that section 28 of the Act requires the Minister to obtain the consent of the band council in order to authorize any person other than a band member to exercise rights on a reserve, the question was raised as to how the plaintiffs could exercise rights on the reserve without the consent of the Band Council.

The Crown’s failure to obtain a surrender, as required by section 37 of the Act, meant that the Crown could not transfer ownership of the water supply system to Thibault. Accordingly, the plaintiffs could not be declared to own it.

The claim for \$389,000 (the replacement value of the water supply system) had to be dismissed. It was not a claim for damages for the defendant’s inability to transfer the ownership of the water supply system. It was, in effect, an attempt to force the Crown to repurchase that system. But even if the plaintiffs had been declared owners of the

gouvernement a écrit à Thibault pour l’informer que la disposition du contrat relative à la propriété des conduites d’eau constituait une chose «impossible» en raison de l’article 89 de la *Loi sur les Indiens* et qu’il faudrait modifier le contrat. Thibault a refusé de consentir à une modification.

Vu le refus catégorique du conseil de bande de reconnaître le droit de propriété de la succession de Thibault sur le réseau d’aqueduc, les demandeurs ont intenté une action en vue de se faire déclarer propriétaires du réseau d’aqueduc situé sur le territoire de la réserve indienne d’Odanak et de demander à la Cour de condamner la défenderesse à leur payer la somme de 389 000 \$ avec intérêts.

Jugement: l’action doit être rejetée.

La seule question en litige est celle relative à la validité de la clause 7 du contrat. En premier lieu, il était incontestable que le réseau d’aqueduc est un immeuble par nature au sens de l’article 376 du *Code civil du Bas-Canada*. Et comme le mot «réservation» défini à l’article 2 de la *Loi sur les Indiens* englobe non seulement les parcelles de terrain mises de côté à l’usage et au profit d’une bande indienne, mais aussi les immeubles par nature, tels que les systèmes de canalisation d’eau et de gaz qui se trouvent enfouis sous la terre d’une réserve, l’article 37 de la *Loi sur les Indiens* (qui prévoit que les terres d’une réserve ne peuvent être aliénées à moins d’avoir été cédées à Sa Majesté) est applicable à la présente instance. Ce point de vue est soutenu par l’alinéa 80(1) de la *Loi sur les Indiens*, qui confère au conseil d’une bande le pouvoir de réglementer «l’établissement de puits, citernes et réservoirs publics et autres services d’eau du même genre, ainsi que la réglementation de leur usage». De plus, si l’alinéa 58(4)(b) de la Loi exigeait le consentement du conseil de bande pour disposer du sable et du gravier, il serait surprenant que le Ministre puisse disposer d’un réseau d’aqueduc sans le consentement de la bande ou, à tout le moins, le consentement du conseil de bande. En dernier lieu, vu que l’article 28 de la Loi exige que le Ministre obtienne l’assentiment du conseil de bande s’il veut autoriser une personne, autre qu’un membre de la bande, à exercer des droits sur une réserve, on s’est demandé comment les demandeurs pourraient exercer des droits sur la réserve sans le consentement du conseil de bande.

Le défaut de la Couronne d’obtenir une cession, comme le requiert l’article 37 de la Loi, fait en sorte que la Couronne ne pouvait transférer la propriété du réseau d’aqueduc à Thibault. Par conséquent, les demandeurs ne pouvaient pas en être déclarés propriétaires.

La demande en vue d’obtenir la somme de 389 000 \$ à titre de valeur de remplacement du réseau d’aqueduc devait être rejetée. Il ne s’agissait pas d’une demande de dommages-intérêts en compensation du défaut de la défenderesse de pouvoir leur transférer la propriété du réseau d’aqueduc. C’était en effet une tentative en vue de forcer la

system, the second claim could not have succeeded since they could not have been declared owners at the same time as the Crown was ordered to repurchase it.

Given the Band's interest in the reserve, the Court was far from convinced that the Indian Band was not a necessary party, within the meaning of paragraph 1716(2)(b) of the Rules. However, in view of the conclusion that the plaintiffs were not the owners of the system, nothing further needed to be said on this point.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Civil Code of Lower Canada, arts. 376, 414, 415, 416. c
Companies Act, R.S.Q. 1964, c. 271.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1716(2)(b).
Indian Act, R.S.C. 1952, c. 149, ss. 2 "band", "Department", "reserve", "surrendered lands", 18, 28(1),(2) (as am. by S.C. 1956, c. 40, s. 10), 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 41, 58(4), 80(t). d

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Montreal L.H. & P. Cons. v. City of Westmount, [1926] S.C.R. 515; [1926] 3 D.L.R. 466; *Lower St. Lawrence Power Co. v. L'Immeuble Landry Ltée*, [1926] S.C.R. 655; *Montreal Light, Heat & Power Consolidated v. City of Outremont*, [1932] A.C. 423 (P.C.); *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; *Wewayakum Indian Band v. Canada*, [1995] F.C.J. No. 1202 (T.D.) (QL). g

ACTION for a declaration that the plaintiffs are the owners of the water supply system and water pipes situated on the Odanak Indian Reserve and for an order requiring the Crown to pay the plaintiffs \$389,000. Action dismissed.

COUNSEL:

Louis Savoie for plaintiffs.
Marie Nichols for defendant.

Couronne à racheter le réseau d'aqueduc. Mais même si les demandeurs avaient été déclarés propriétaires du réseau d'aqueduc, la deuxième demande aurait été rejetée, car on ne pouvait pas les déclarer propriétaires et du même coup ordonner à la Couronne de racheter le réseau d'aqueduc.

^a Vu l'intérêt de la bande à l'égard de la réserve, il n'apparaissait pas évident à la Cour que la Bande indienne n'était pas une partie nécessaire, au sens de l'alinéa 1716(2)(b) des Règles. Cependant, vu la conclusion selon laquelle les demandeurs n'étaient pas les propriétaires du réseau d'aqueduc, il n'y avait rien d'autre à ajouter sur ce point. b

LOIS ET RÈGLEMENTS

Code civil du Bas-Canada, art. 376, 414, 415, 416.
Loi des compagnies, S.R.Q. 1964, ch. 271.
Loi sur les Indiens, S.R.C. 1952, ch. 149, art. 2 «bande», «ministère», «réservation», «terres cédées», 18, 28(1),(2) (mod. par S.C. 1956, ch. 40, art. 10), 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 41, 58(4), 80(t).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1716(2)(b).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Montreal L.H. & P. Cons. v. City of Westmount, [1926] R.C.S. 515; [1926] 3 D.L.R. 466; *Lower St. Lawrence Power Co. v. L'Immeuble Landry Ltée*, [1926] R.C.S. 655; *Montreal Light, Heat & Power Consolidated v. City of Outremont*, [1932] A.C. 423 (P.C.); *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; *Bande indienne Wewayakum c. Canada*, [1995] F.C.J. n° 1202 (1^{re} inst.) (QL). e

ACTION en vue d'obtenir premièrement un jugement déclaratoire portant que les demandeurs sont les propriétaires d'un réseau d'aqueduc et des canalisations situés dans la réserve indienne d'Odanak et deuxièmement une ordonnance enjoignant à la Couronne de verser aux demandeurs la somme de 389 000 \$. Action rejetée. h i

AVOCATS:

Louis Savoie pour les demandeurs.
Marie Nichols pour la défenderesse. j

SOLICITORS:

Jutras et Associés, Drummondville, Quebec, for plaintiffs.

Deputy Attorney General of Canada for defendant.

PROCUREURS:

Jutras et Associés, Drummondville (Québec), pour les demandeurs.

Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

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

Voici les motifs du jugement rendu en français par

NADON J.: By their action the plaintiffs are seeking to be declared the owners of the water supply system and water pipes (the water supply system) situated on the territory of the Odanak Indian Reserve (the Reserve). In addition, the plaintiffs are asking this Court to order the defendant to pay them the sum of \$389,000 with interest from the date of the summons, the whole with costs.

LE JUGE NADON: Par leur action, les demandeurs cherchent à se faire déclarer propriétaires du réseau d'aqueduc et des conduites d'eau (le réseau d'aqueduc) sises sur le territoire de la réserve indienne d'Odanak (la réserve). De plus, les demandeurs demandent à cette Cour de condamner la défenderesse à leur payer la somme de 389 000 \$ avec intérêts depuis l'assignation, le tout avec dépens.

The FactsLes faits

The plaintiffs, whose right to sue is not contested by the defendant, are the heirs of the late Julien Thibault, who died on July 15, 1977. The plaintiff Édith Thibault is Mr. Thibault's widow while the other plaintiffs are his four children.

Les demandeurs, dont le droit de poursuivre n'est pas contesté par la défenderesse, sont les héritiers de feu Julien Thibault décédé le 15 juillet 1977. La demanderesse Édith Thibault est la veuve de M. Thibault alors que les autres demandeurs sont les quatre enfants de M. Thibault.

On March 29, 1962 a contract with respect to the water supply system was entered into by Julien Thibault, who was operating under the firm name Aqueduc de Pierreville Enr., and the defendant. At that time Julien Thibault was the owner of the water supply system in Pierreville and St-Thomas de Pierreville, which was situated outside the Reserve. As well, there was at the time an internal water supply system serving the Reserve and forming part thereof. This water supply system was not owned by Julien Thibault.

Le 29 mars 1962, un contrat intervenait entre Julien Thibault, faisant affaire sous la raison sociale l'Aqueduc de Pierreville Enr., et la défenderesse relativement au réseau d'aqueduc. À cette époque, Julien Thibault était propriétaire du réseau d'aqueduc de Pierreville et de St-Thomas de Pierreville, situé à l'extérieur de la réserve. Aussi à cette époque, il existait un réseau intérieur d'aqueduc desservant la réserve et qui en faisait partie. Ce réseau d'aqueduc n'appartenait pas à Julien Thibault.

The Reserve, an Indian reserve within the meaning of the *Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149 (the Act), is situated on the eastern shore of the St-François river near Pierreville in the province of Quebec, about 15 miles east of Sorel. The Reserve has an area of about 1,495 acres and is located to the south of the lands surrendered to the Abenakis at the beginning of the 18th century.

La réserve, une réserve indienne au sens de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, ch. 149 (la Loi), est située sur la rive est de la rivière St-François, près de Pierreville, province de Québec, soit environ 15 miles à l'est de Sorel. La réserve a une superficie d'environ 1 495 acres et est située au sud des terres cédées aux Abénakis au début du 18^e siècle.

Under the contract entered into on March 29, 1962 Julien Thibault undertook, in consideration of a \$25,000 payment, to provide the Reserve with drinking water from the St-François river, by means of his distribution system, for the use and consumption of the Reserve's residents and for protection against fires.

For the purposes of the case at bar, only clause 7 of the 1962 contract is relevant. It reads as follows:

If the reserve distribution mains are replaced by the Minister within twenty years from the date of this agreement, the said mains shall, at the time of their replacement, vest in and become the property of the Supplier and shall thereafter be repaired and maintained by the Supplier at its expense and for this purpose, the Supplier shall have reasonable access to the reserve.

According to this clause, if the defendant replaced the mains of the water supply system during the contract period, they would become the property of Julien Thibault. In exchange, Julien Thibault would be obliged to repair and maintain them at his expense.

In 1971 and 1972 the Department of Indian Affairs and Northern Development (the Department) spent about \$200,000 to replace the mains of the water supply system. The defendant admits that Julien Thibault and his successors, pursuant to clause 7 of the 1962 contract, repaired and maintained the mains of the water supply system following their replacement.

While the replacement work was being carried out and in the following years, the defendant tried unsuccessfully to amend the terms of the 1962 contract to eliminate clause 7. On July 17, 1973 the Department's Regional Director wrote the following to Julien Thibault:

[TRANSLATION] I refer to the agreement concluded between yourself and our Department in 1962 and specifically to clause 7, in which it is specified that you will become the owner of any water supply system mains installed by the Department before the end of the period covered by the agreement. Section 89 of the Indian Act makes this impossible and accordingly this section of the agreement must be amended so as to comply with the terms of the Indian Act.

En vertu du contrat conclu le 29 mars 1962, Julien Thibault s'engageait, en considération d'un paiement de 25 000 \$, à fournir à la réserve de l'eau potable provenant de la rivière St-François, au moyen de son réseau de distribution, pour l'usage et la consommation des résidents de la réserve et aux fins de protection contre les incendies.

Pour les fins du présent litige, seule la clause 7 du contrat de 1962 est pertinente. Cette clause se lit comme suit:

[TRADUCTION] Les conduites principales desservant la réserve qui sont remplacées par le ministre dans un délai de vingt ans à compter de la date de la présente convention deviennent, au moment de leur remplacement, la propriété du fournisseur, qui en effectue les réparations et l'entretien à ses dépens; à cette fin, le fournisseur a un accès raisonnable à la réserve.

Selon cette clause, si la défenderesse remplaçait, durant la période contractuelle, les conduites principales du réseau d'aqueduc, celles-ci deviendraient la propriété de Julien Thibault. En contrepartie, Julien Thibault aurait l'obligation de les réparer et de les entretenir à ses dépens.

Durant les années 1971 et 1972, le ministère des Affaires indiennes et du Nord (le Ministère) a dépensé une somme d'environ 200 000 \$ afin de remplacer les conduites principales du réseau d'aqueduc. La défenderesse admet que Julien Thibault et ses successeurs ont, conformément à la clause 7 du contrat 1962, réparé et entretenu les conduites principales du réseau d'aqueduc suite à leur remplacement.

Durant la période des travaux de remplacement et durant les années suivantes, la défenderesse a tenté d'amender, sans succès, les termes du contrat de 1962 de façon à faire disparaître la clause 7. Le 17 juillet 1973, le directeur régional du Ministère écrivait à Julien Thibault dans les termes suivants:

Je réfère à l'entente conclue entre vous-même et notre ministère en 1962 et plus particulièrement à l'article 7, dans lequel il est spécifié que vous deviendrez propriétaire des conduites d'aqueduc principales que le ministère installerait avant la fin de la période couverte par l'entente. La loi indienne, article 89, rend une telle chose impossible et, par conséquent, cet article de l'entente doit être amendé de façon à ce qu'elle respecte les termes de la loi indienne.

Enclosed is a draft agreement that could serve as a basis for negotiations between yourself and Yves Leclerc of the regional office. The main points of this draft agreement should be respected. However, certain words or expressions may be changed to make its form more appropriate before it is signed.

After receiving this letter and the draft agreement enclosed therewith, Mr. Thibault refused to consent to the amendment proposed by the Department. Despite the impossibility of agreeing, the parties to the 1962 contract fulfilled their respective obligations until March 28, 1982, when the contract period ended.

It should be noted that on January 15, 1965 Julien Thibault sold the Pierreville and St-Thomas de Pierreville water supply system, which he owned, to Aqueduc de Pierreville Inc.¹ (the company), a corporation formed under the Quebec *Companies Act* [R.S.Q. 1964, c. 271]. Under the contract, the purchaser assumed [TRANSLATION] "responsibility for all transactions entered into by the vendors on behalf of *Aqueduc de Pierreville Enr*".

On September 28, 1982 counsel for the company wrote to the Band Council of the Odanak Abenakis (the Band Council) to propose a new contract regarding the supply of drinking water to the Reserve. In addition, the company gave the Band Council the opportunity to purchase the water supply system situated on the Reserve. It appears that this letter was never answered.

It should further be noted that on November 29, 1983 the company sold the Pierreville and St-Thomas de Pierreville water supply system to 2158-8330 Québec Inc.² Clause 11 of the sale contract clearly stated that the water supply system was excluded from the sale.

On March 1, 1984 counsel for the company and for 2158-8330 Québec Inc. wrote to the Band Council to inform it that their clients were prepared to sell the water supply system for \$200,000. On June 26, 1984 the Band Council wrote to the said counsel in the following terms:

Vous trouverez, ci-inclus, un projet d'entente, lequel pourrait servir de base à des négociations entre vous-même et Monsieur Yves Leclerc du bureau régional. L'essentiel de ce projet d'entente devrait être respecté. Toutefois, certains mots ou expressions peuvent être changés de façon à le rendre plus adéquat dans sa forme avant d'être signé.

M. Thibault, suite à la réception de cette lettre et du projet d'entente annexé à la lettre, a refusé de consentir à l'amendement proposé par le Ministère. Nonobstant l'impossibilité de s'entendre, les parties au contrat de 1962 ont exécuté leurs obligations respectives jusqu'au 28 mars 1982, date à laquelle la période contractuelle a pris fin.

Il est à noter que le 15 janvier 1965, Julien Thibault vendait le réseau d'aqueduc de Pierreville et de St-Thomas de Pierreville, dont il était propriétaire, à la compagnie l'Aqueduc de Pierreville Inc.¹ (la compagnie), une corporation constituée en vertu de la *Loi des compagnies* [S.R.Q. 1964, ch. 271] de la Province de Québec. L'acquéreur acceptait, selon les termes du contrat, «la responsabilité de toutes les transactions faites par les vendeurs au nom de l'*Aqueduc de Pierreville Enrg.*»

Le 28 septembre 1982, les procureurs de la compagnie écrivaient au Conseil de bande des Abénakis d'Odanak (le Conseil de bande) lui proposant un nouveau contrat relativement à l'approvisionnement de la réserve en eau potable. De plus, la compagnie offrait au Conseil de bande la possibilité d'acheter le réseau d'aqueduc situé sur la réserve. Il semble que cette lettre soit demeurée sans réponse.

Il est aussi à noter que le 29 novembre 1983, la compagnie vendait à 2158-8330 Québec Inc.² le réseau d'aqueduc de Pierreville et de St-Thomas de Pierreville. La clause 11 de ce contrat de vente énonce clairement que le réseau d'aqueduc est exclu de la vente.

Le 1^{er} mars 1984, les procureurs de la compagnie et de 2158-8330 Québec Inc. écrivaient au Conseil de bande pour l'informer que leurs clients étaient prêts à vendre le réseau d'aqueduc pour la somme de 200 000 \$. Le 26 juin 1984, le Conseil de bande écrivait auxdits procureurs dans les termes suivants:

[TRANSLATION] We would hereby like to inform you that the Odanak Band feels that the water supply system is on reserve lands and forms an integral part thereof.

The system therefore has Indian reserve status and as such is for the use and benefit of the Odanak Band.

In addition, we recognize that the Odanak Band is responsible for maintaining the water supply system.

On August 28, 1984 the Band Council wrote to Julien Thibault's estate to inform it that [TRANSLATION] "only the Odanak Band Council can authorize or make repairs or changes to its water supply system and its accessories, which are an integral part of the Reserve."

On September 5, 1984 the plaintiffs and the company sold the Pierreville and St-Thomas de Pierreville water supply system to Corporation de développement du Bas St-François. The following declaration appears in the contract:

[TRANSLATION] The vendors also declare that the ownership of the water supply system situated on the territory of the Odanak Indian reserve is currently in dispute by the said reserve and Aqueduc de Pierreville Inc. and/or the Thibault estate. Aqueduc de Pierreville Inc., as duly represented, and/or the Thibault estate assigns the purchaser in perpetuity a right of way for the water in the water supply system on the Odanak reserve and a right to connect to the said system to serve any subsequent consumers, but only in so far as the above-mentioned dispute is resolved in favour of Aqueduc de Pierreville Inc. and/or the Thibault estate.

On July 3, 1985 the Reserve and the municipal corporations of the village of Pierreville, the parish of Saint-Thomas-de-Pierreville, the parish of Notre-Dame-de-Pierreville, the village of Saint-François-du-Lac and the parish of Saint-François-du-Lac created an intermunicipal board called the Régie intermunicipale d'alimentation en eau potable du Bas Saint-François (Lower Saint-François Intermunicipal Drinking Water Supply Board) (the Board) to accomplish the following objectives:

(a) to operate and administer a filtration plant and intermunicipal water supply system serving the corpor-

Par la présente, nous tenons à vous informer que la bande d'Odanak estime que le réseau d'aqueduc se trouve sur les terres de la réserve et en forme une partie intégrante.

Le réseau a donc le statut de réserve indienne et, à ce titre, est à l'usage et aux profits de la bande d'Odanak.

De plus, nous reconnaissons que la bande d'Odanak se charge de l'entretien du réseau d'aqueduc.

Le 28 août 1984, le Conseil de bande écrivait à la succession de Julien Thibault pour l'informer que «seul le Conseil de bande d'Odanak a (*sic*) habilité d'autoriser ou d'effectuer des réparations ou des modifications sur son réseau d'aqueduc et de ces (*sic*) accessoires qui font partie intégrante de la Réserve».

Le 5 septembre 1984, les demandeurs et la compagnie vendaient à la Corporation de développement du Bas St-François le réseau d'aqueduc de Pierreville et de St-Thomas de Pierreville. La déclaration suivante apparaît audit contrat:

Les vendeurs déclarent également que la propriété du réseau d'aqueduc situé dans le territoire de la réserve indienne d'Odanak, fait actuellement l'objet d'un litige entre ladite réserve et l'Aqueduc de Pierreville Inc., et/ou Succession Thibault, en ce qui a trait à ladite propriété. L'Aqueduc de Pierreville Inc., telle que dûment représentée, et/ou Succession Thibault, cède à l'acquéresse de façon perpétuelle un droit de passage pour l'eau dans le réseau d'aqueduc de la réserve d'Odanak, ainsi que d'un droit de se raccorder audit réseau pour desservir tous consommateurs subséquents, mais en autant que le litige ci-haut mentionné soit solutionné à la faveur de l'Aqueduc de Pierreville Inc., et/ou Succession Thibault.

Le 3 juillet 1985, la réserve ainsi que les corporations municipales suivantes, à savoir la corporation municipale du village de Pierreville, la corporation municipale de la paroisse de Saint-Thomas-de-Pierreville, la corporation municipale de la paroisse de Notre-Dame-de-Pierreville, la corporation municipale du village de Saint-François-du-Lac et la corporation municipale de la paroisse de Saint-François-du-Lac, créaient une régie intermunicipale portant le nom de Régie intermunicipale d'alimentation en eau potable du Bas Saint-François (la Régie) pour accomplir les objets suivants:

a) exploiter et administrer une usine de filtration et un réseau d'aqueduc intermunicipal desservant les corpo-

ations that are parties to the agreement; this system is described in Schedule A, which is a part of this agreement;

(b) to build, operate and administer all the fixed assets needed to draw, treat and carry the water to the local distribution systems of the corporations that are parties to the agreement.

On October 22, 1985 the Band Council, by resolution, requested the Department to issue a permit to the Board under subsection 28(2) [as am. by S.C. 1956, c. 40, s. 10] of the Act for a period of twenty years less a day, starting on November 1, 1985, to allow the Board to connect its water supply system to the water supply system situated on the Reserve. The purpose of this connection was to enable the Board to serve the Reserve but also certain surrounding municipalities.

By a contract entered into on February 28, 1986 the defendant granted the Board the right to use the water supply system for a period of twenty years less a day. The operation and maintenance of the water supply system then became the responsibility of the Band Council.

It is quite clear that, since at least June 26, 1984, the date of its letter to counsel for the plaintiffs, the Band Council has not recognized the ownership right claimed by the plaintiffs in the water supply system. The Band Council resolution dated October 22, 1985 simply confirms this position, which is also confirmed by the agreement entered into on February 28, 1986 by the defendant and the Board.

In view of the categorical refusal to recognize their ownership right, the plaintiffs filed this statement of claim on July 18, 1991.

These are, in brief, the relevant facts of the case at bar.³

Legislation

The following sections of the Act are relevant:

rations parties à l'entente; ce réseau est décrit à l'annexe «A» faisant partie de la présente entente;

b) de construire, d'opérer et d'administrer toutes les immobilisations nécessaires pour puiser, traiter et acheminer l'eau aux réseaux locaux de distribution des corporations parties à l'entente.

Le 22 octobre 1985, le Conseil de bande, par résolution, demandait au Ministère, en vertu du paragraphe 28(2) [mod. par S.C. 1956, ch. 40, art. 10] de la Loi, de délivrer un permis, pour une période de vingt ans moins un jour, à compter du 1^{er} novembre 1985, à la Régie afin de permettre à cette dernière de raccorder son réseau d'aqueduc au réseau d'aqueduc situé sur la réserve. Le but de ce raccordement étant de permettre à la Régie de desservir la réserve mais aussi certaines municipalités environnantes.

Par contrat intervenu le 28 février 1986, la défenderesse consentait à la Régie le droit d'utiliser le réseau d'aqueduc pendant une période de vingt ans moins un jour. Quant à l'opération et l'entretien du réseau d'aqueduc, ces fonctions sont dorénavant assumées par le Conseil de bande.

Il est indéniable que, depuis au moins le 26 juin 1984, soit la date de sa lettre aux procureurs des demandeurs, le Conseil de bande ne reconnaît aucunement le droit de propriété que réclament les demandeurs relativement au réseau d'aqueduc. La résolution du Conseil de bande en date du 22 octobre 1985 ne fait que confirmer cette position qui elle-même est confirmée par l'entente conclue le 28 février 1986 entre la défenderesse et la Régie.

Vu ce refus catégorique de reconnaître leur droit de propriété, les demandeurs ont déposé le 18 juillet 1991 la présente déclaration.

Voilà, en bref, les faits pertinents au présent litige³.

Législation

Les articles suivants de la Loi sont pertinents:

2. (1) In this Act,
- (a) "band" means a body of Indians
- (i) for whose use and benefit in common, lands, the legal title to which is vested in Her Majesty, have been set apart before or after the coming into force of this Act, *a*
- (ii) for whose use and benefit in common, moneys are held by Her Majesty, or
- (iii) declared by the Governor in Council to be a band for the purposes of this Act; *b*
- ...
- (d) "Department" means the Department of Citizenship and Immigration; *c*
- ...
- (o) "reserve" means a tract of land, the legal title to which is vested in Her Majesty, that has been set apart by Her Majesty for the use and benefit of a band; *d*
- ...
- (q) "surrendered lands" means a reserve or part of a reserve or any interest therein, the legal title to which remains vested in Her Majesty, that has been released or surrendered by the band for whose use and benefit it was set apart. *e*
- ...
18. (1) Subject to the provisions of this Act, reserves shall be 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. *f*
- ...
28. (1) Subject to subsection (2), a deed, lease, contract, instrument, document or agreement of any kind whether written or oral, by which a band or a member of a band purports to permit a person other than a member of that band to occupy or use a reserve or to reside or otherwise exercise any rights on a reserve is void. *h*
- (2) The Minister may by permit in writing authorize any person for a period not exceeding one year to occupy or use a reserve or to reside or otherwise exercise rights on a reserve.⁴ *i*
- ...
37. Except where this Act otherwise provides, lands in a reserve shall not be sold, alienated, leased or otherwise *j*
2. (1) Dans la présente loi, l'expression
- a) «bande» signifie un groupe d'Indiens,
- (i) à l'usage et au profit communs desquels, des terres, dont le titre juridique est attribué à Sa Majesté, ont été mises de côté avant ou après l'entrée en vigueur de la présente loi, *a*
- (ii) à l'usage et au profit communs desquels, Sa Majesté détient des sommes d'argent, ou
- (iii) que le gouverneur en conseil a déclaré être une bande aux fins de la présente loi; *b*
- ...
- d) «ministère» signifie le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration; *c*
- ...
- o) «réserve» signifie une parcelle de terrain dont le titre juridique est attribué à Sa Majesté et qu'Elle a mise de côté à l'usage et au profit d'une bande; *d*
- ...
- q) «terres cédées» signifie une réserve ou partie d'une réserve, ou tout intérêt y afférent, dont le titre juridique demeure attribué à Sa Majesté et que la bande à l'usage et au profit de laquelle il avait été mis de côté a abandonné ou cédé. *e*
- ...
18. (1) Sauf les 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; et, sauf la présente loi et les 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. *f*
- ...
28. (1) Sous réserve du paragraphe (2), est nul un acte, bail, contrat, instrument, document ou accord de toute nature, écrit ou oral, par lequel une bande ou un membre d'une bande est censé permettre à une personne, autre qu'un membre de cette bande, d'occuper ou utiliser une réserve ou de résider ou autrement exercer des droits sur une réserve. *h*
- (2) Le Ministre peut, au moyen d'un permis par écrit, autoriser toute personne, pour une période d'au plus un an, à occuper ou utiliser une réserve, ou à résider ou autrement exercer des droits sur une réserve.⁴ *i*
- ...
37. Sauf dispositions contraires de la présente loi, les terres dans une réserve ne doivent être vendues, aliénées ni *j*

disposed of until they have been surrendered to Her Majesty by the band for whose use and benefit in common the reserve was set apart.

louées, ou il ne doit en être autrement disposé, que si elles ont été cédées à Sa Majesté par la bande à l'usage et au profit communs de laquelle la réserve a été mise de côté.

38. (1) A band may surrender to Her Majesty any right or interest of the band and its members in a reserve.

a 38. (1) Une bande peut abandonner à Sa Majesté tout droit ou intérêt de la bande et de ses membres dans une réserve.

(2) A surrender may be absolute or qualified, conditional or unconditional.

(2) Une cession peut être absolue ou restreinte, conditionnelle ou sans condition.

...

b

...

41. A surrender shall be deemed to confer all rights that are necessary to enable Her Majesty to carry out the terms of the surrender.

41. Une cession est censée conférer tous les droits nécessaires pour permettre à Sa Majesté de remplir les conditions de la cession.

...

c

...

58. . . .

58. . . .

(4) Notwithstanding anything in this Act, the Minister may, without a surrender

d (4) Nonobstant toute disposition de la présente loi, le Ministre peut, sans cession,

(a) dispose of wild grass or dead or fallen timber, and

a) disposer des herbes sauvages ou du bois mort sur pied ou du chablis, et

(b) with the consent of the council of the band, dispose of sand, gravel, clay and other non-metallic substances upon or under lands in a reserve, or, where such consent cannot be obtained without undue difficulty or delay, may issue temporary permits for the taking of sand, gravel, clay and other non-metallic substances upon or under lands in a reserve, renewable only with the consent of the council of the band,

b) avec le consentement du conseil de la bande, disposer du sable, du gravier, de la glaise et des autres substances non métalliques se trouvant sur des terres ou dans le sous-sol d'une réserve, ou lorsque ce consentement ne peut être obtenu sans obstacle ou retard indu, peut délivrer des permis temporaires pour la prise du sable, du gravier, de la glaise et d'autres substances non métalliques sur des terres ou dans le sous-sol d'une réserve, renouvelables avec le consentement du conseil de la bande seulement,

and the proceeds of such transactions shall be credited to band funds or shall be divided between the band and the individual Indians in lawful possession of the lands in such shares as the Minister may determine.

g et le produit de ces opérations doit être porté au crédit des fonds de bande ou partagé entre la bande et les Indiens particuliers en possession légitime des terres selon les proportions que le Ministre peut déterminer.

...

...

80. The council of a band may make by-laws not inconsistent with this Act or with any regulation made by the Governor in Council or the Minister, for any or all of the following purposes, namely:

h 80. Le conseil d'une bande peut établir des statuts administratifs, non incompatibles avec la présente loi ou un règlement édicté par le gouverneur en conseil ou le Ministre, pour l'une ou la totalité des fins suivantes, savoir:

(l) the construction and regulation of the use of public wells, cisterns, reservoirs and other water supplies.

i l) l'établissement de puits, citernes et réservoirs publics et autres services d'eau du même genre, ainsi que la réglementation de leur usage.

At the hearing the parties informed the Court that they agreed that the civil law of the province of Quebec should govern the case at bar.

j Lors de l'audition, les parties m'ont informé qu'ils étaient d'accord que le droit civil de la province de Québec devait régir le présent litige.

Analysis

The only issue is the validity of clause 7 of the 1962 contract.

First of all, it is indisputable that the water supply system is an immovable by nature within the meaning of article 376 of the *Civil Code of Lower Canada*. There has been no doubt about this point of view since the Supreme Court of Canada's decisions in *Montreal L.H. & P. Cons. v. City of Westmount*, [1926] S.C.R. 515, and *Lower St. Lawrence Power Co. v. L'Immeuble Landry Ltée*, [1926] S.C.R. 655, and the Judicial Committee of the Privy Council's decision in *Montreal Light, Heat & Power Consolidated v. City of Outremont*, [1932] A.C. 423 (P.C.).

In the last-mentioned case, the Judicial Committee of the Privy Council had to decide, for municipal taxation purposes, whether underground gas distribution equipment situated in the city of Outremont was immovable or movable property. At pages 436-437 of his judgment, Lord Tomlin stated the following:

What then is an "immoveable" under the Civil Code? A gas main laid in the earth is an "immoveable" in the sense that it is physically a construction fixed in the earth, though the individual pipes of which it is made up were movable before they came to form part of the construction.

Of the four means specified in art. 375 of the Civil Code by reason of which property is to be treated as "immoveable," three can certainly be excluded. The gas mains are not "immoveable by destination," because the soil in which they are placed does not belong to the appellants. They are not "immoveable" by reason of the object to which they are attached. Into that category fall only things in themselves movable which are permanently attached to an immovable. The gas mains were never movables, though constructed out of things which were movables. It is not suggested that the gas mains are immovable by determination of law. There, therefore, remains only the category of immovables by their nature. These are in s. 376 defined in the words, "lands and buildings are immoveable by their nature."

It is said that gas mains are not buildings ("bâtiments") within the meaning of that term as used in art. 376, and an argument based upon art. 523 of the Code Napoléon, which makes "tuyaux" immovables, was addressed to their Lordships in support of that view. Their Lordships are of opinion

Analyse

La seule question en litige est celle relative à la validité de la clause 7 du contrat de 1962.

En premier lieu, il est incontestable que le réseau d'aqueduc est un immeuble par nature au sens de l'article 376 du *Code civil du Bas-Canada*. Ce point de vue ne fait aucun doute depuis les arrêts de la Cour suprême du Canada dans les affaires *Montreal L.H. & P. Cons. v. City of Westmount*, [1926] R.C.S. 515, et *Lower St. Lawrence Power Co. v. L'Immeuble Landry Ltée*, [1926] R.C.S. 655 et de celui du Comité judiciaire du Conseil privé dans *Montreal Light, Heat & Power Consolidated v. City of Outremont*, [1932] A.C. 423 (P.C.).

Dans cette dernière affaire, le Comité judiciaire du Conseil privé avait à décider, pour fins de taxation municipale, si des équipements souterrains de distribution de gaz situés dans la cité d'Outremont étaient des immeubles ou des meubles. Aux pages 436 et 437 de son jugement, lord Tomlin s'exprime comme suit:

[TRADUCTION] Qu'est-ce qu'un «immeuble» au sens du Code civil? Une conduite de gaz enfouie dans le sol est un «immeuble» en ce sens qu'il s'agit matériellement d'une construction fixée dans le sol, même si chaque tuyau qui la compose était un meuble avant d'être intégré à la construction.

Trois des quatre critères qui, aux termes de l'art. 375 du Code civil, font qu'un bien est considéré comme un «immeuble» peuvent être exclue à coup sûr. Les conduites de gaz ne sont pas des «immeubles par destination» parce que le sol où elles sont enfouies n'appartient pas aux appelantes. Ce ne sont pas des immeubles par l'objet auquel ils s'attachent car seule tombent dans cette catégorie les biens mobiliers attachés à un immeuble de façon permanente. Les conduites de gaz n'ont jamais été des meubles, bien que construites à partir de matériaux qui étaient des meubles. On ne peut pas dire non plus que les conduites de gaz sont des immeubles par détermination de la loi. Il ne reste donc que la catégorie des immeubles par nature. L'art. 376 les définit ainsi: «les fonds de terre et les bâtiments sont immeubles par leur nature».

On prétend ici que les conduites de gaz ne sont pas des bâtiments («buildings») au sens de l'art. 376 et, à l'appui de ce point de vue, on a plaidé devant nous que l'art. 523 du Code Napoléon considère les «tuyaux» comme des immeubles. Nous sommes d'avis que le terme bâtiments («build-

that the term buildings (“bâtiments”) covers constructions such as these gas mains, and that these mains must be regarded as immovable by their nature in the territory in which they are physically situate, and are therefore taxable subjects in the City of Outremont.

Rinfret J.’s words in *Lower St. Lawrence Power Co. v. L’Immeuble Landry Ltée*, *supra*, are to the same effect. He stated the following at pages 667-668:

[TRANSLATION] In each of these judgments, it was a matter of interpreting a special statute and deciding whether a water, gas or electricity distribution system could be placed in one of the categories of property that the school or municipal corporation was entitled to tax pursuant to the limited powers conferred by the statute governing it. That is not the issue here.

However, Tait J. gave this very detailed consideration in *Sherbrooke Gas and Water Co. v. City of Sherbrooke* ((1891) 15 L.N. 22), as did White J. in *The Bell Telephone Co. v. The Corporation of Ascot* ((1899) Q.R. 16 S.C. 436). Both found that a system of pipes or wires (in those cases for water or telephones), such as that which was sold by Landry to Rouleau, Limitée, had to be considered immovable by nature.

At one time the cases in Quebec seemed to be leaning the other way (*The Town of Cookshire v. The Canadian Telephone Co.* ((1913) Q.R. 44 C.S. 126); *The Bell Telephone Co. v. La cité de Hull* ((1922) Q.R. 61 C.S. 222)), but they did not take long to return to their original position and, more recently, the first opinion has prevailed in the closely reasoned judgments in *re Cité de Westmount v. Montreal Light, Heat & Power Coy.* by de Lorimier J. ((1924) 30 R. de J. 81) and the Court of King’s Bench ((1926) Q.R. 38 K.B. 406) (aside from the meters, as is explained in the Supreme Court’s judgment rendered the same day as the instant judgment) ([1926] S.C.R. 515, at p. 521), to which can be added the equally well-reasoned judgments rendered in the case at bar ((1926) Q.R. 41 K.B. 363).

The two main objections made to the opinion that systems of this kind are immovables—those that prevailed in the judgments decided in the negative and that were raised again during the submissions to this Court—are as follows:

1. These systems (poles, wires, etc.) are not immovables by nature because they are not fixed for a permanency;

2. They are not immovables by destination because they are not incorporated into the land by the owner of that land.

ings) comprend des constructions, comme ces conduites de gaz, qui doivent être considérées comme des immeubles par nature là où elles sont matériellement situées. La cité d’Outremont peut donc imposer une taxe sur ces conduites.

^a Au même sens sont les mots du juge Rinfret dans *Lower St. Lawrence Power Co. v. L’Immeuble Landry Ltée*, *supra*, où, aux pages 667 et 668, le juge Rinfret s’exprime comme suit:

^b Dans chacun de ces arrêts, il s’agissait d’interpréter un statut spécial et de décider si un réseau de distribution d’eau, de gaz ou d’électricité pouvait être classifié dans l’une des catégories de biens que la corporation scolaire ou municipale avait le droit de taxer en vertu des pouvoirs restreints conférés par le statut qui la régissait. Tel n’est pas ici le point en litige.

^c Mais le juge Tait en a fait une étude très élaborée dans la cause de *Sherbrooke Gas and Water Co. v. City of Sherbrooke* ((1891) 15 L.N. 22), de même que le juge White dans une cause de *The Bell Telephone Co. v. The Corporation of Ascot* ((1899) Q.R. 16 S.C. 436). Tous deux ont jugé qu’un système de canalisation (en l’espèce, pour l’eau ou pour le téléphone), comme celui qui a fait l’objet de la vente de Landry à Rouleau, Limitée, devait être considéré comme immeuble par nature.

^e Un instant la jurisprudence du Québec a paru incliner dans une direction contraire (*The Town of Cookshire v. The Canadian Telephone Co.* ((1913) Q.R. 44 C.S. 126); *The Bell Telephone Co. v. La cité de Hull* ((1922) Q.R. 61 C.S. 222)); mais elle n’a pas tardé à revenir à son point de départ et, plus récemment, la première opinion a prévalu dans les jugements très étudiés *re Cité de Westmount v. Montreal Light, Heat & Power Coy.* du juge de Lorimier ((1924) 30 R. de J. 81) et de la Cour du Banc du Roi ((1926) Q.R. 38 K.B. 406) (réserve faite pour les compteurs ainsi qu’il est expliqué dans l’arrêt de la Cour Suprême rendu à la même date que le présent jugement) ([1926] R.C.S. 515, à la page 521), auxquels sont venus s’adjoindre ceux, non moins fortement raisonnés, qui ont été rendus dans la présente cause ((1926) Q.R. 41 K.B. 363).

^f Les deux principales objections que l’on oppose à l’opinion des réseaux de ce genre sont des immeubles, celles qui ont prévalu dans les arrêts qui ont décidé dans la négative et celles que l’on a fait valoir de nouveau au cours de l’argumentation devant cette cour, sont les suivantes:

^g 1. Ces réseaux (poteaux, fils, etc.) ne sont pas immeubles par nature, parce qu’ils ne sont pas fixés à perpétuelle demeure;

^h 2. Ils ne sont pas immeubles par destination, parce qu’ils ne sont pas incorporés au fonds de terre par le propriétaire de ce fonds.

In our opinion, neither of these objections is supported by legal writers or by the French courts, which have had to interpret texts equivalent to those of the Civil Code of the province of Quebec.

The vast majority of commentators state that it not necessary, for a construction to be considered immovable by nature, that it be fixed in the soil for a permanency. It is sufficient if the incorporation is not purely temporary and accidental. It is the fact of attachment to the soil that the law considers. The mandatory condition is that “the construction, whatever it is, be incorporated into the soil”, that it cohere thereto as Pothier says, or adhere as Laurent says. The rule is always *quod solo inaedificatur, solo cedit*.

It follows, therefore, that any sale, alienation or disposition of reserve lands or a part of those lands necessarily involves the sale, alienation or disposition of the water supply system situated on that reserve (see articles 414 to 416 of the *Civil Code of Lower Canada*). In my opinion, the word “reserve” as defined in section 2 of the Act covers not only the “tract of land, the legal title to which is vested in Her Majesty, that has been set apart by Her Majesty for the use and benefit of a band”, but also immovables by nature such as water and gas pipe systems that are buried under the reserve land.

Accordingly, in my opinion section 37 of the Act, which provides that lands in a reserve shall not be alienated until they have been surrendered to Her Majesty “by the band for whose use and benefit in common the reserve was set apart”, is applicable to the case at bar since it is, in my view, impossible to separate the water supply system from the lands in the Reserve.

This view is supported by paragraph 80(l) of the Act, which gives band councils the power to make by-laws dealing with “the construction and regulation of the use of public wells, cisterns, reservoirs and other water supplies”.

It is also interesting to note that, under paragraph 58(4)(b) of the Act, the Minister may, “with the consent of the council of the band, dispose of sand, gravel, clay and other non-metallic substances upon or under lands in a reserve.” It would be surprising if the

Nous croyons que ni l’une, ni l’autre de ces objections ne peut trouver d’appui soit dans la doctrine, soit dans la jurisprudence française qui est appelée à interpréter des textes équivalents à ceux du Code Civil de la province de Québec.

^a La très grande majorité des commentateurs enseigne qu’il n’est pas nécessaire que la construction, pour être considérée comme immeuble par nature, soit fixée au sol à perpétuelle demeure. Il suffit que l’incorporation ne soit pas purement passagère et accidentelle. C’est le fait de l’attachement au sol que la loi considère. La condition de rigueur est que “la construction, qu’elle qu’elle soit, fasse corps avec le sol”; qu’elle y soit “cohérente”, suivant l’expression de Pothier, ou “adhérente”, suivant celle de Laurent. C’est toujours la règle: *Quod solo inaedificatur, solo cedit*.

^c Il s’ensuit donc que toute vente, aliénation ou disposition des terres d’une réserve, ou d’une partie de ces terres, emporte nécessairement vente, aliénation ou disposition du réseau d’aqueduc, situé sur cette réserve (voir les articles 414 à 416 du *Code civil du Bas-Canada*). À mon avis, le mot «réserve» tel que défini à l’article 2 de la Loi, englobe non seulement la «parcelle de terrain dont le titre juridique est attribué à Sa Majesté et qu’Elle a mise de côté à l’usage et au profit d’une bande» mais aussi les immeubles par nature, tels les systèmes de canalisation d’eau et de gaz qui se trouvent enfouis sous la terre de la réserve.

^f Par conséquent, je suis d’avis que l’article 37 de la Loi qui prévoit que les terres d’une réserve ne peuvent être aliénées à moins d’avoir été cédées à Sa Majesté «par la bande à l’usage et au profit communs de laquelle la réserve a été mise de côté», est applicable à la présente instance puisqu’il est impossible, à mon avis, de séparer le réseau d’aqueduc des terres de la réserve.

^h Ce point de vue est soutenu par l’alinéa 80(l) de la Loi qui confère au Conseil d’une bande le pouvoir de réglementer «l’établissement de puits, citernes et réservoirs publics et autres services d’eau du même genre, ainsi que la réglementation de leur usage».

ⁱ Il est aussi intéressant de noter que, sous l’alinéa 58(4)(b) de la Loi, le ministre peut «avec le consentement du conseil de la bande, disposer de sable, du gravier, de la glaise et des autres substances non métalliques se trouvant sur des terres ou dans le sous-

Minister could dispose of a water supply system without the band's consent, or at least the band council's consent, given that such consent is required to dispose of sand and gravel.

Clause 7 of the 1962 contract also raises a problem under section 28 of the Act. Under section 28 the Minister must, except for a period not exceeding one year, obtain the consent of the band council in order to authorize any person other than a member of the band to exercise rights on a reserve. It must be asked how, given section 28 of the Act, the plaintiffs could exercise rights on the Reserve without the consent of the Band Council. In other words, even if this Court declared that the plaintiffs owned the water supply system, they could not exercise or enjoy their property right.

The defendant submitted that the consequence of not complying with sections 28 and 37 of the Act is that clause 7 of the 1962 contract is void *ab initio*. However, the plaintiffs argued that the consequence is only relative nullity and that the time to raise this has long since passed.

To resolve this dispute, which is in my opinion a false one, it is essential to determine the nature of Indian property title in Canada. In *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335, the Supreme Court of Canada examined this issue in detail. At page 382, Dickson J., as he then was, explained the nature of this interest as follows:

It appears to me that there is no real conflict between the cases which characterize Indian title as a beneficial interest of some sort, and those which characterize it [as] a personal, usufructuary right. Any apparent inconsistency derives from the fact that in describing what constitutes a unique interest in land the courts have almost inevitably found themselves applying a somewhat inappropriate terminology drawn from general property law. There is a core of truth in the way that each of the two lines of authority has described native title, but an appearance of conflict has nonetheless arisen because in neither case is the categorization quite accurate.

Indians have a legal right to occupy and possess certain lands, the ultimate title to which is in the Crown. While

sol d'une réserve». Il serait surprenant que le ministre puisse disposer d'un réseau d'aqueduc sans le consentement de la bande ou, à tout le moins, le consentement du conseil de la bande, alors qu'un tel consentement est requis pour disposer de sable et de gravier.

La clause 7 du contrat de 1962 soulève aussi un problème en ce qui concerne l'article 28 de la Loi. Selon cet article, sauf pour une période maximale d'un an, le ministre doit obtenir l'assentiment du conseil de la bande s'il veut autoriser une personne, autre qu'un membre de la bande, à exercer des droits sur une réserve. Il est à se demander comment, compte tenu de l'article 28 de la Loi, les demandeurs pourraient exercer des droits sur la réserve sans le consentement du Conseil de bande. Autrement dit, même si je déclarais les demandeurs propriétaires du réseau d'aqueduc, ils ne pourraient aucunement exercer ou jouir de leur droit de propriété.

La défenderesse soumet que la conséquence du non-respect des articles 28 et 37 de la Loi est la nullité *ab initio* de la clause 7 du contrat de 1962. Par ailleurs, les demandeurs soumettent qu'il en résulte une nullité relative seulement et que le délai pour soulever celle-ci est écoulé depuis longtemps.

Afin de résoudre ce débat qui, à mon avis, est un faux débat, il est essentiel de déterminer la nature du titre de propriété dont jouissent les Indiens au Canada. Dans *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335, la Cour suprême du Canada a examiné cette question à fond. À la page 382, le juge Dickson, tel était alors son titre, explique comme suit la nature de ce droit:

Il me semble qu'il n'y a pas de conflit véritable entre les décisions qui qualifient le titre indien de sorte de droit de bénéficiaire et celles qui le qualifient de droit personnel, de la nature d'un usufruit. Toute apparence d'incompatibilité découle du fait que les tribunaux, en décrivant ce qui constitue un droit unique sur des terres, ont presque inévitablement appliqué une terminologie quelque peu inadéquate tirée du droit général des biens. Il y a un élément de vérité dans la description du titre indien qui se dégage de chacun des deux courants de jurisprudence, mais il y a tout de même apparence de conflit parce que dans ni l'un ni l'autre cas la catégorisation n'est tout à fait exacte.

Les Indiens ont le droit, en *common law*, d'occuper et de posséder certaines terres dont le titre de propriété est

their interest does not, strictly speaking, amount to beneficial ownership, neither is its nature completely exhausted by the concept of a personal right. It is true that the *sui generis* interest which the Indians have in the land is personal in the sense that it cannot be transferred to a grantee, but it is also true, as will presently appear, that the interest gives rise upon surrender to a distinctive fiduciary obligation on the part of the Crown to deal with the land for the benefit of the surrendering Indians. These two aspects of Indian title go together, since the Crown's original purpose in declaring the Indians' interest to be inalienable otherwise than to the Crown was to facilitate the Crown's ability to represent the Indians in dealings with third parties. The nature of the Indians' interest is therefore best characterized by its general inalienability, coupled with the fact that the Crown is under an obligation to deal with the land on the Indians' behalf when the interest is surrendered. Any description of Indian title which goes beyond these two features is both unnecessary and potentially misleading.

Therefore, before surrender, the Indians' interest is characterized by "its general inalienability". The Act expressly prohibits any alienation or disposition of reserve lands and rights therein except via a surrender in Her Majesty's favour. What is the impact of an alienation or disposition by the Crown in favour of a third party when no surrender has been obtained as required by section 37 of the Act? More specifically, what is the impact of the defendant's failure to obtain a surrender from the Odanak Abenaki Band before transferring ownership of the water supply system to Mr. Thibault?

Recently, my colleague Teitelbaum J. in *Wewayakum Indian Band v. Canada*, [1995] F.C.J. No. 1202 (T.D.) (QL), after a detailed consideration of the relevant cases, summarized the principles applicable to such a situation. At pages 435-437 of his judgment, Teitelbaum J. wrote the following:

As I understand the purpose of obtaining a surrender, where it is proposed to sell or lease reserve land to non-native third parties, the native interest must be released to the Crown. Upon release of the native interest, the Crown could then in turn grant an unencumbered interest to the non-native third party. Dickson J. in *Guerin* made it clear that the effect of a surrender was to disencumber land of the native interest so as to vest the entire beneficial interest in such land in the Crown. The Crown following the surrender would then be in a position to grant an unencumbered freehold or leasehold interest to a non-native third party.

finalement détenu par Sa Majesté. Bien que leur droit n'équivaille pas, à proprement parler, à un droit de propriété à titre bénéficiaire, sa nature n'est pas définie complètement par la notion d'un droit personnel. Il est vrai que le droit *sui generis* des Indiens sur leurs terres est personnel en ce sens qu'il ne peut être transféré à un cessionnaire, mais il est également vrai, comme nous allons le constater plus loin, que ce droit, lorsqu'il est cédé, a pour effet d'imposer à Sa Majesté l'obligation de fiduciaire particulière d'utiliser les terres au profit des Indiens qui les ont cédées. Ces deux aspects du titre indien vont de pair, car, en stipulant que le droit des Indiens ne peut être aliéné qu'à elle-même, Sa Majesté voulait au départ être mieux en mesure de représenter les Indiens dans les négociations avec des tiers. Le droit des Indiens se distingue donc surtout par son inaliénabilité générale et par le fait que Sa Majesté est tenue d'administrer les terres pour le compte des Indiens lorsqu'il y a eu cession de ce droit. Toute description du titre indien qui va plus loin que ces deux éléments est superflue et risque d'induire en erreur.

Donc, avant qu'il y ait cession, ce qui caractérise le droit des Indiens est «son inaliénabilité générale». La Loi prohibe expressément toute aliénation ou disposition de terres dans une réserve et des droits y afférents, sauf par la voie d'une cession en faveur de Sa Majesté. Quelle est la conséquence d'une aliénation ou disposition par la Couronne en faveur d'un tiers lorsqu'aucune cession n'a été obtenue comme le requiert l'article 37 de la Loi? Plus spécifiquement, quelle conséquence résulte du défaut de la défenderesse d'obtenir une cession de la bande des Abénakis d'Odanak avant de transférer la propriété du réseau d'aqueduc à M. Thibault?

Récemment, mon collègue, le juge Teitelbaum, dans *Bande indienne Wewayakum c. Canada*, [1995] F.C.J. n° 1202 (1^{re} inst.) (QL) après une étude approfondie de la jurisprudence pertinente résumait les principes applicables à une telle situation. Aux pages 435 à 437 de son jugement, le juge Teitelbaum écrit ce qui suit:

Si je comprends bien l'objectif de la cession, lorsque l'on propose de vendre ou de louer des terres de réserve à un tiers non-autochtone, le droit autochtone doit d'abord être cédé à la Couronne qui, à son tour, peut alors céder un droit non grevé au tiers non-autochtone. Dans l'arrêt *Guerin*, le juge Dickson a clairement indiqué que l'effet d'une cession était de libérer les terres du droit autochtone de façon à conférer à la Couronne un intérêt bénéficiaire absolu sur les terres en question. La Couronne, par suite de la cession, sera en mesure de céder au tiers non-autochtone un droit non grevé de pleine propriété ou de location par bail. Le juge

Dickson J. emphasized this point in *Guerin* when he stated at page 338 (DLR):

When the land in question in *St. Catherine's Milling* was subsequently disencumbered of the native title upon its surrender to the federal government by the Indian occupants in 1873, the entire beneficial interest in the land was held to have passed, because of the personal and usufructuary nature of the Indians' right, to the Province of Ontario under s. 109 rather than to Canada. The same constitutional issue arose recently in this Court in *Canada v. Smith* . . . in which the Court held that the Indian right in a reserve, being personal, could not be transferred to a grantee, whether an individual or the Crown. Upon surrender, the right disappeared "in the process of release".

The surrender process was therefore necessary to merge the Crown's underlying or ultimate title and the native interest into one title which could then in turn be granted to a non-native third party. . . . It would also seem to me that to surrender and disencumber the land of its native interests would be counterproductive to the objective of retaining the status of such land as a reserve.

Therefore, according to Teitelbaum J. the Crown may not dispose of or alienate "reserve land" unless there has been a surrender. In other words, without a surrender there can be no alienation of reserve lands or any interest therein. I agree completely with Teitelbaum J.'s comments. In my opinion, the failure to obtain a surrender, as required by section 37 of the Act, meant that the defendant could not transfer ownership of the water supply system to Mr. Thibault. Accordingly, I cannot declare that the plaintiffs own the water supply system.

The plaintiffs' second conclusion seeks to obtain a \$389,000 payment from the defendant. This conclusion is cumulative and not alternative.

In other words, the plaintiffs are seeking to become the owners of the water supply system and to force the defendant to repurchase that system. It seems (no evidence having been adduced) that the sum of \$389,000 represents the replacement value of the water supply system.

I would like to point out that the plaintiffs are not claiming any damages from the defendant to compen-

Dickson a insisté sur ce point dans l'arrêt *Guerin* lorsqu'il a déclaré, à la page 338 (DLR):

Lorsque, par suite de leur cession au gouvernement fédéral en 1873 par les Indiens qui les occupaient, les terres en question dans l'arrêt *St. Catherine's Milling* ont été dégreuvées du titre autochtone, on a conclu que, parce que le droit des Indiens était un droit personnel de la nature d'un usufruit, leur droit de bénéficiaire sur les terres est passé en entier à la province de l'Ontario en vertu de l'art. 109, plutôt qu'au Canada. La même question constitutionnelle a été soulevée récemment en cette Cour dans l'affaire *Smith c. La Reine* . . . Dans cet arrêt, la Cour a conclu que, parce que le droit des Indiens sur une réserve est un droit personnel, il ne peut être transféré à un cessionnaire, que ce soit Sa Majesté ou un particulier. Le «cession» entraîne l'extinction de ce droit.

Le processus de cession était par conséquent nécessaire à la fusion du droit sous-jacent ou suprême de la Couronne et du droit autochtone en un titre pouvant par la suite être cédé à un tiers non-autochtone . . . Il me semblerait également que le fait de céder les terres et de les dégrever du droit autochtone auquel elles sont assujetties irait à l'encontre de l'objectif qui consiste à faire en sorte que les terres en question demeurent des réserves.

Donc, selon le juge Teitelbaum, la Couronne ne peut disposer ou aliéner «*reserve land*» (des terres de réserve) à moins qu'il y ait eu une cession. Autrement dit, sans cession il ne peut y avoir d'aliénation des terres d'une réserve ou de tout intérêt y afférent. Je suis pleinement d'accord avec les propos du juge Teitelbaum. À mon avis, le défaut d'obtenir une cession, comme le requiert l'article 37 de la Loi, fait en sorte que la défenderesse ne pouvait transférer la propriété du réseau d'aqueduc à M. Thibault. Par conséquent, je ne puis déclarer les demandeurs propriétaires du réseau d'aqueduc.

La deuxième conclusion que recherchent les demandeurs vise à obtenir un paiement de 389 000 \$ de la défenderesse. Cette conclusion est cumulative et non subsidiaire.

Autrement dit, les demandeurs cherchent à devenir propriétaires du réseau d'aqueduc et, de plus, cherchent à forcer le rachat du réseau d'aqueduc par la défenderesse. La somme de 389 000 \$ représente, semble-t-il (aucune preuve n'a été déposée), la valeur de remplacement du réseau d'aqueduc.

Je désire signaler que les demandeurs ne réclament aucun dommage de la défenderesse en compensation

sate them for the defendant's inability to transfer the ownership of the water supply system to them. At the hearing I informed counsel for the plaintiffs that the second conclusion of his action would be dismissed no matter what the finding on the first conclusion.

Even if I had been prepared to declare that the plaintiffs were the owners of the water supply system, it goes without saying that the second conclusion would have been dismissed. I could not have declared the plaintiffs to be the owners and at the same time ordered the defendant to repurchase the water supply system.

Since I have found that the declaration sought by the plaintiffs cannot be granted and that the plaintiffs are not seeking any damages from the defendant, the second conclusion must necessarily be dismissed.

For these reasons, the plaintiffs' action is dismissed, the whole with costs in favour of the defendant.

In closing, I would like to mention that it is surprising that the Indian Band was not a party to these proceedings. At the hearing, I asked counsel whether the Indian Band should not be a party. Counsel told me that they considered this unnecessary since the federal Crown was the fiduciary of the Indian Band.

Upon reflection, I am far from convinced that the Indian Band was not a necessary party, within the meaning of paragraph 1716(2)(b) [of the *Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663], to "ensure that all matters in dispute in the action may be effectually and completely determined and adjudicated upon", since the plaintiffs were seeking a declaration of ownership in respect of a water supply system situated on the Reserve, which was "set apart . . . for the use and benefit" of the Odanak Abenaki Band. There is no doubt that the Band has a definite interest in the Reserve.

In light of my conclusion that the plaintiffs are not the owners of the water supply system, this is all that will be said on this point.

du défaut de cette dernière de pouvoir leur transférer la propriété du réseau d'aqueduc. Lors de l'audition, j'ai avisé le procureur des demandeurs que la deuxième conclusion de son action serait rejetée et cela nonobstant ma décision concernant la première conclusion.

Même si j'avais été disposé à déclarer les demandeurs propriétaires du réseau d'aqueduc, il va s'en dire que la deuxième conclusion aurait été rejetée. Je n'aurais pu déclarer les demandeurs propriétaires et du même coup ordonner à la défenderesse de racheter le réseau d'aqueduc.

Puisque j'en arrive à la conclusion que la déclaration que recherche les demandeurs ne peut leur être accordée et que les demandeurs ne réclament aucun dommage de la défenderesse, la deuxième conclusion doit nécessairement être rejetée.

Pour ces motifs, l'action des demandeurs est rejetée, le tout avec dépens en faveur de la défenderesse.

En terminant j'aimerais mentionner qu'il est surprenant que la bande indienne ne soit pas une partie dans ces procédures. Lors de l'audition, j'ai demandé aux procureurs si la bande indienne ne devait pas être une partie. Les procureurs m'ont indiqué que vu que la Couronne fédérale était le fiduciaire de la bande indienne, ils n'en voyaient pas la nécessité.

Après réflexion, il ne m'apparaît pas évident que la bande indienne n'est pas une partie nécessaire, au sens de l'alinéa 1716(2)b) des [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663] afin d'«assurer qu'on pourra valablement et complètement juger toutes les questions en litige dans l'action et statuer sur elles» puisque les demandeurs recherchent une déclaration de propriété à l'égard d'un réseau d'aqueduc situé sur la réserve, «mise de côté à l'usage et au profit» de la bande des Abénakis d'Odanak. Il ne fait aucun doute que cette bande a un intérêt certain à l'égard de cette réserve.

Vu la conclusion à laquelle j'en arrive, je m'en tiendrai à ces brefs propos sur ce point.

¹ The shares of this company were 100% owned by Mr. and Mrs. Thibault.

² The shares of 2158-8330 Québec Inc. were 100% owned by Mr. Thibault's children and Aqueduc de Pierreville Inc., the shares of which were 100% owned by Mrs. Thibault.

³ At the hearing, counsel filed a document entitled [TRANSLATION] "Admissions of Facts". This summary of the facts is drawn from the admissions made by the parties.

⁴ In 1956 s. 28(2) was amended to allow the Minister to issue a permit for a period exceeding one year where the band council gave its consent. S. 28 as amended reads as follows:

28. . . .

(2) The Minister may by permit in writing authorize any person for a period not exceeding one year, or with the consent of the council of the band for any longer period, to occupy or use a reserve or to reside or otherwise exercise rights on a reserve.

¹ Les actions de cette compagnie étaient détenues à 100 % par M. et Mme Thibault.

² Les actions de 2158-8330 Québec Inc. étaient détenues à 100 % par les enfants de M. Thibault et Aqueduc de Pierreville Inc., dont les actions étaient détenues à 100 % par Mme Thibault.

³ Lors de l'audition, les procureurs ont déposé un document intitulé «Admissions sur les faits». Ce résumé des faits est tiré des admissions faites par les parties.

⁴ En 1956, l'art. 28(2) a été amendé afin de permettre au Ministre d'émettre un permis pour une période excédant un an, lorsque le Conseil de bande y consent. L'art. 28 amendé se lit comme suit:

28. . . .

(2) Le Ministre peut, au moyen d'un permis par écrit, autoriser toute personne, pour une période d'au plus un an, ou, avec le consentement du conseil de la bande, pour toute période plus longue, à occuper ou utiliser une réserve, ou à résider ou autrement exercer des droits sur une réserve.

DIGESTS

Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court decision may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

ADMINISTRATIVE LAW

JUDICIAL REVIEW

Certiorari

Judicial review of denial of applicants' appeals of decisions declaring ineligible for stabilization payments substantial transactions in slaughter-weight cattle in respect of which stabilization payments already made—Applicants found liable for substantial repayments—Committee stating stabilization on sales contrary to stated purpose of National Tripartite Stabilization Program for Beef, i.e. to reduce income loss to producers due to market risk—Sale and purchase of animals of similar weight and value not involving producers in any material market risk—(1) National Tripartite Committee for Beef “federal board, commission or other tribunal” within meaning of Federal Court Act, s. 2—Decisions subject to judicial review—(2) Committee under duty to act fairly—Committee breached duty of fairness—If Committee relying solely on written record disclosed to applicants and on material provided in response by applicants, no breach of duty of fairness arising out of failure to provide hearing—But draft record of discussion in Committee disclosing consideration of matters not disclosed to applicants and to which applicant given no opportunity to respond—Also disclosing participation of individual in position to argue case in favour of decisions under appeal without providing applicants with reasonable, or even any, opportunity to respond—Essentially respondent to appeals given oral hearing while applicants/appellants not—Applications allowed—Appeals referred back to respondent for redetermination—Agricultural Stabilization Act, R.S.C., 1985, c. A-8, s. 13 (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 40, s. 8)—Farm Income Protection Act, S.C. 1991, c. 22—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 2 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1).

HANEY RANCHING LTD. v. CANADA (MINISTER OF AGRICULTURE) (T-1734-94, T-1735-94, Gibson J., order dated 14/11/95, 15 pp.)

ARMED FORCES

Interlocutory motion on behalf of respondents for orders striking out applicant's request for judicial review of decision to place applicant on counselling and probation on basis not decision or order of federal board, commission or other tribunal pursuant to Federal Court Act, s. 18.1, and, in alternative, order striking six of seven respondents, and, in further alternative, order granting respondents 30-day extension—Action against applicant as result of summary investigation of series of events involving alleged harassment and abuse by applicant—Network of respondents unduly complicated because of overlapping disciplinary hierarchy described in Queen's Regulations and Orders and in Canadian Forces Administrative Order—Given fact certain, if not most applicants seeking redress of grievances with aid of private counsel will not have sufficient resources to go all way to top (Chief of Defence Staff (CDS) or Minister of National Defence), Court proposing proper and sensible procedure for such future proceedings at law as present case, applicable unless and until disapproved by Court of Appeal—In cases as herein, two respondents appropriate, Minister and Chief of Defence Staff, representing civil authority and subordinate military authority, who can serve as overall respondents in all national defence cases where judicial review sought—Necessary to wait outcome of first level of redress of grievance procedure before invoking judicial review, as applicant did herein—First part of respondents' motion dismissed without costs and applicant free to adopt or not proposal to narrow crowd of respondents to CDS and Minister—Second part of motion, to have only one respondent designated, dismissed—Motion for extension of time granted—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

ANDERSON V. CANADA (OPERATIONS OFFICER, FOURTH MARITIME OPERATIONS GROUP) (T-815-95, Muldoon J., order dated 1/11/95, 12 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Application for judicial review setting aside decision of and departure order of Immigration Adjudicator—Latter found applicant, live-in caregiver, had engaged in employment contrary to employment authorization—Applicant directed by employer to assist with cleaning at family business store—Issues whether Adjudicator erred in law in finding applicant had engaged in employment in Canada contrary to employment authorization, and whether in so doing, failed to observe principle of natural justice—Applying *Georgas v. Minister of Employment and Immigration*, [1979] 1 F.C. 349 (C.A.), test for “employment” under Immigration Act, s. 2 not narrow, technical or restrictive but rather depends on nature of work and circumstances in which performed, regardless of relationship between parties—Here, applicant felt compelled to submit to employer’s reasonable demands to clean family store, received no surplus money or benefits, ignorant of right to refuse unauthorized work—More serious issue: whether domestic coerced or compelled to perform duties for employer can truly be considered employed in that capacity—Furthermore, if Adjudicator intending narrow and technical view of employment, then principles of fairness enunciated by F.C.A. in *Muliadi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 2 F.C. 205 applicable and Immigration Department under duty to advise applicant upon discovery of unauthorized conduct and afford opportunity to correct impugned behaviour—Purpose of Live-in Caregiver Program to facilitate attainment of permanent resident status for foreign domestic workers and incumbent on Immigration Department to adopt flexible and constructive approach in dealings with Program’s participants—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2.

BERNARDEZ V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-357-94, Jerome A.C.J., order dated 28/9/95, 6 pp.)

Inadmissible Persons

Judicial review of Immigration and Refugee Board, Appeal Division’s decision allowing appeal from refusal to approve sponsored application for landing of “adopted” son—Natural mother physically passing child, in presence of and with consent of natural father, to respondent’s wife in respondent’s presence and with his consent, followed by deed of adoption stating child given in adoption—Child continuing to live in India while respondent, wife returned to Canada—Application for permanent residence denied on ground child not member of family class described in Immigration Regulations, 1978, s. 4(1)(b)—Whether child adopted in accordance with Hindu Adoptions and Maintenance Act 1956 (HAMA)—Whether adoption creating

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

parent/child relationship as described in definition of “adoption” in Regulations, s. 2(1)—Adoption question of status generally determined by law of place where taking place—HAMA, s. 9(2) providing father shall alone have right to give in adoption—Applicant arguing adoption void as “give” meaning physically—Court unable to determine on record whether valid adoption under Hindu law, whether error of law—Content of foreign law question of fact—How foreign law applied question of law—Application of foreign law to facts found by Appeal Division not warranting intervention—Appeal Division erred in failing to assess factual circumstances surrounding adoption—In concluding valid foreign adoption resulting in parent/child relationship, Appeal Division cannot have considered *Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 37 (C.A.)—Parent/child relationship not automatically established once requirements of foreign adoption demonstrated—S. 2(1) must still be examined—While doubtful on these facts that parent/child relationship established, Appeal Division must make determination—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, ss. 2(1) (as am. by SOR/93-44, s. 1), 4(1)(b) (as am. by SOR/92-101, s. 2; 93-44, s. 4)—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(2)(d).

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. SHARMA (IMM-453-95, Wetston J., order dated 28/8/95, 5 pp.)

Removal of Permanent Residents

Motion for interlocutory injunction staying execution of deportation order made against plaintiff-applicant pending determination of action against Minister—Applicant, born in Norway of Canadian mother, granted permanent resident status—As result of series of convictions, inquiry to effect applicant not Canadian citizen and person described in Immigration Act, s. 27(1)(d)(i)—At outset of inquiry, applicant claiming to be Canadian citizen—Adjudicator issuing deportation order; Appeal Division dismissing appeal of adjudicator’s decision—*Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1994] 1 F.C. 250 (C.A.), holding provisions of Citizenship Act not discriminatory with respect to children of married Canadian women, pending appeal before Supreme Court of Canada—Applicant commencing action in Federal Court claiming status of Canadian citizen by virtue of Citizenship Act, s. 3(1)(e) in light of Constitution Act 1867 and Charter—Three-part test regarding stay of deportation order: (1) serious issue; (2) irreparable harm; and (3) balance of convenience—As citizenship issue identical for *Benner* and applicant, arguable case requirement satisfied—Irreparable harm requiring consideration of three elements: (1) kind of harm; (2) level of risk; and (3) whether harm compensable in damages—Case at bar distinguishable on facts from *RJR—MacDonald Inc. v.*

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Canada (Attorney General), [1994] 1 S.C.R. 311 holding harm irreparable where Charter issue—At present time, and until Supreme Court reversing *Benmer* decision, applicant not Canadian citizen and thus cannot be deprived of any fundamental right of Canadian citizen—Applicant not suffering irreparable harm if deported to Norway even though would be (1) deprived of extensive support network of friends and family established in Canada to help applicant deal with rehabilitation; (2) thrust into foreign environment; (3) separated from girlfriend; (4) would lose opportunity to have case reviewed by Immigration and Refugee Board—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, s. 27(1)(d)(i) (as am. by S.C. 1992, c. 47, s. 78; *idem*, c. 49, s. 16)—Canadian Citizenship Act, R.S.C. 1970, C-19, s. 3(1)(e)—Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 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].

SANNES V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1008-95, Teitelbaum J., order dated 26/6/95, 11 pp.)

IMMIGRATION PRACTICE

Appeal dismissed on basis appellant failed to satisfy residency requirement in Citizenship Act, s. 5(1)(e)—Rest of decision *obiter* as amendment to notice of appeal to include new ground refused—Appellant arguing Citizenship Court Judge's decision rendered outside Immigration Act, s. 14(1) 60-day statutory time period null and void—Appellant also arguing s. 17 suspension of processing of application improperly obtained by Citizenship Court and not justifying extension of 60-day time period—Citizenship Court manager indicating to Department of Multiculturalism and Citizenship that s. 17 suspension requested "to give party time to provide requested documentation or to substantiate claim" although neither appellant nor counsel ever making such request—Counsel indicating some Citizenship Court Judges frequently failing to comply with 60-day period—Citizenship Court manager acting improperly in seeking, on behalf of Judge, s. 17 suspension—Statutory provisions in Act, ss. 14 and 17 must be respected and adhered to scrupulously—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2, ss. 14 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 8), 17 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28 s. 7; S.C. 1992, c. 49, s. 10).

CHEUNG (RE) (T-789-94, McGillis J., judgment dated 3/8/95, 3 pp.)

Rights of deported parent's children—Application for judicial review of conditional deportation order issued by adjudicator in June 1994 against applicant as inadmiss-

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

ible—Applicant, citizen of Algeria, came to Canada in 1989, married Canadian citizen in August 1989, and had two children—Marriage broke down and wife's sponsorship withdrawn—Convicted of three summary conviction offences related to applicant's difficult relationship with wife—Application dismissed—Although convictions related, cannot be considered as arising out of single occurrence—Adjudicator did not fail to exercise discretion to issue conditional departure order rather than conditional deportation order—Thoroughly reviewed circumstances—Adjudicator, in conducting and concluding inquiry without hearing independent representations on behalf of children, did not breach their right to life, liberty or security under Charter, s. 7—Rights to life and liberty not at issue—Right to security not threatened despite loss of care and attention of father: *Langner v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 469 (C.A.) (QL)—Question certified: Where one of separated parents of Canadian children facing inquiry which may result in deportation of that parent and consequently loss of emotional, financial and other support from that parent, do children have right to be independently represented at those proceedings?

ALOUACHE V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3397-94, Gibson J., order dated 11/10/95, 9 pp.)

Applicants, Vietnamese citizens resident in refugee camp in Hong Kong, having fled country in 1989—Application for judicial review of visa officer's decision refusing applications for permanent residence as members of Indochinese Designated Class category—Applications allowed—Applicants could not reasonably prepare for interview as not given reasonable notice, in breach of duty of fairness—Fact applicant had opportunity to subsequently submit written material not curing defect—Furthermore, visa officer exercised discretion on grounds unrelated to purposes for which humanitarian and compassionate grounds discretion granted—Wrong for visa officer to compare humanitarian and compassionate factors applicable herein to those applicable in cases of twenty-two thousand others in similar camps as comparison irrelevant.

NGUYEN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3538-94, Gibson J., order dated 6/10/95, 9 pp.)

Application for judicial review of CRDD's decision applicant not Convention refugee—Applicant, citizen of People's Republic of China, arrived in Canada in 1993—Claim based on well-founded fear of persecution by reason of political opinion and membership in particular social group—Applicant's wife required to undergo abortion in late stages of pregnancy as child would have been

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

couple's third—Applicant fined large sum—Detained and beaten as result of complaining of selective enforcement of one-child policy—Participated in pro-democracy movement in May 1989—Arrested by police—Escaped—CRDD's decision based mainly on matter of credibility—Application dismissed—Preliminary issue: applicant seeking to have issue of credibility reviewed by asking audio tape of hearing be considered part of record—Denied: written material before Court, together with counsel's arguments, sufficient to allow Court to effectively dispose of judicial review—However, issue serious question of general importance—CRDD did not err in relying as it did on documentary evidence (magazine article) submitted on behalf of respondent—CRDD's conclusion treatment experienced by applicant following arrest for breach of one-child policy reasonably open to it on evidence—Questioning of applicant by Refugee Hearing Officer did not breach duty to act fairly—CRDD's conclusion regarding credibility of applicant reasonably open to it—Following question certified: Do audio tape recordings of refugee determination hearings constitute part of record, such that they should be considered on judicial review, where they may reveal relevant evidence or information, such as particular characteristics of witness' demeanour, not otherwise discernable from other components of record?

CHEN V. CANADA (Minister of Citizenship and Immigration) (IMM-3945-94, Gibson J., order dated 5/10/95, 11 pp.)

Application to set aside respondent's decision not to process applicant's (citizen of Sierra Leone) application for permanent residence—Also, application for *certiorari* setting aside deportation order—Had been notified application for permanent residence on humanitarian and compassionate grounds had been approved in principle and had obtained Order in Council waiving requirement of obtaining visa and passport—Then charged with and convicted of assault and sexual assault against wife—Since conviction, respondent has refused to process application for permanent residence—S. 27 inquiry undertaken to determine if should be removed from Canada—Determined to be member of inadmissible class pursuant to s. 19—Conditional deportation order issued—Application and *certiorari* granted—Having made final and positive determination on merits of applicant's application, Commission cannot then reconsider its decision and refuse to continue processing application for permanent residence—Therefore, decision of Adjudication Division with respect to applicant's deportation must also be set aside on ground inquiry improperly proceeded under Immigration Act, s. 27(2)(a) rather than s. 27(1)—In addition, *mandamus* will issue requiring respondent to issue necessary documents showing applicant having permanent resident status in Canada—Immigration Act,

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11), 27(1) (as am. *idem*, s. 16), (2) (as am. *idem*).

TIMBO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4628-94, IMM-4629-94, Jerome A.C.J., order dated 27/11/95, 5 pp.)

Costs—Refugee claim—Senior Immigration Officer rejected refugee claims after mistakenly concluding applicants Convention refugees recognized as such by Guatemala and could safely return there—Official and Minister recognized error but advised applicants problem could not be rectified as no mechanism to reopen decision—Applicants brought applications for leave to commence judicial review and applications for extension of time—Minister opposed applications and tried to remove applicants from Canada prior to leave applications being determined—Applications granted—Special reasons to award costs pursuant to Federal Court Immigration Rules: *Bell v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 82 F.T.R. 276 (F.C.T.D.); *Minister of Employment and Immigration v. Ermejev et al.* (1994), 83 F.T.R. 158 (F.C.T.D.); *Nicolae v. Canada (Secretary of State)* (1995), 90 F.T.R. 280 (F.C.T.D.); *Friends of the Island Inc. v. Canada (Minister of Public Works) et al.* (1995), 89 F.T.R. 220 (F.C.T.D.)—Applicants' case not frivolous or without merit—Costs awarded on party-and-party basis with respect to application for leave and for judicial review as well as proceedings regarding stay of removal order—Federal Court Immigration Rules, SOR/89-26.

AYALA-BARRIERE V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5143-94, Wetston J., order dated 2/10/95, 6 pp.)

STATUS IN CANADA

Citizens

Appeal from Citizenship Court Judge's decision not to approve appellant's application for citizenship as under probation order (three years) following conviction for two charges of sexual assault, with condition probation could be terminated after 18 months on recommendation of probation officer—18 months passed but no such recommendation—Therefore, still on probation at time of Citizenship Court Judge's decision—Appeal allowed—As citizenship appeal trial *de novo*, although Citizenship Court Judge's decision correct, by time present appeal heard, Judge's reasons for decision (appellant then on probation) no longer applicable as appellant no longer on probation and meeting all other citizenship requirements.

TOHME (RE) (T-275-94, MacKay J., judgment dated 1/12/95, 6 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Convention Refugees

Application for judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee—Applicant, citizen of Algeria, entered Canada in August 1989 and immediately claimed refugee status—Panel members concluded claimant not credible and evidence supporting claim not sufficient—Applicant feared returning to Algeria on grounds Front Islamique du Salut (FIS) would try to kill him and Algerian government not able to protect him—Also mentioned persecution suffered before leaving Algeria in 1989—Submitted presence of Mr. Desmarais as a member gave rise to reasonable fear of bias since latter had also sat as member at hearing of first refugee status claim—Latter argument unfounded—Mr. Desmarais' presence as member of panel which heard applicant's first claim raised at hearing on February 28, 1994—At no time did counsel for applicant ask Mr. Desmarais to withdraw—If applicant had fear of bias, should have raised matter at hearing on February 28, 1994—Now too late to raise question—Court should only intervene where inferences drawn by panel unreasonable—Based on evidence before panel, conclusions not in any way unreasonable—Application dismissed.

ZAROUD V. CANADA (SECRETARY OF STATE)
(IMM-3029-94, Nadon J., order dated 21/9/95, 8 pp.)

Application for judicial review of negative decision by Immigration and Refugee Board (panel)—Claimant citizen of Afghanistan, began career as police officer, then director of Kabul prison—In May 1979, arrested, detained, imprisoned by mujahedeen for treason—In April 1980, appointed "investigating officer" for Kabul police general command—In March 1990, arrested, suspected of participating in attempted *coup d'état*—Leaving country for Pakistan in September 1991—Arriving in Canada in March 1992, claiming refugee status—Panel finding, in view of his past and mujahedeen's determination to take revenge, risk of persecution if claimant to return to Afghanistan—Adding that, as investigating officer, claimant co-operated with regime in power to conscript young men aged 14—Panel finding serious reasons for considering claimant committed crime against humanity or guilty of acts contrary to purposes, principles of United Nations—Whether panel erred in holding claimant should be excluded from definition of "Convention refugee"—To exclude person under Convention, Article 1, Minister not required to show has been convicted of or charged with crime—Enough for Minister to establish "serious reasons for considering" person in question committed crime—Minister's burden of proof less than balance of probabilities—Determination of acts committed by claimant as prison director, investigating officer question of fact to which standard of proof to be applied that embodied in term "serious reasons for considering"—Claimant's complicity, contribution such should be held respon-

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

sible for torture of prisoners, conscription of children and teenagers—Claimant, as deputy director, director of central prison, had or should have had full knowledge of crimes committed against prisoners in central prison—Evidence in record supporting conclusion claimant should be held responsible for ill treatment suffered by prisoners in central prison—Held position as investigating officer for eight years, at no time trying to dissociate himself from acts committed by regime he had to serve—Acts and omissions alleged against claimant by panel constituting crimes against humanity or acts contrary to purposes, principles of United Nations—Application dismissed—United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1.

MOHAMMAD V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4227-94, Nadon J., order dated 25/10/95, 17 pp.)

Judicial review of panel decision respondent Convention refugee and not excluded from status by virtue of Convention, Art. 1E—Respondent, citizen of Somalia, obtaining Foreigner's Permit of Stay from Italy (permit) entitling her to remain in Italy solely for duration of war in Somalia—Respondent subsequently seeking and obtaining Convention refugee status in Canada based on well-founded fear of persecution in Somalia based on membership in tribe—Panel holding respondent's claim not inextricably linked or conditioned on war—As permit only entitling respondent to remain in Italy during war, respondent could be forced to return to Somalia from Italy, notwithstanding well-founded fear of persecution—Absence of right to remain in Italy especially important in present case as respondent's fear of persecution independent of war—Although Convention, Art. 1E not requiring claimant be granted rights identical in every respect to those of national of country of residence, such an important right as right to remain, in absence of unusual circumstances such as criminal conviction, must be afforded—Application dismissed—Question whether applicant's status pursuant to permit sufficient to engage Convention, Art. 1E exclusion certified—United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1E.

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)
V. MOHAMUD (IMM-4899-94, Rothstein J., order dated 15/5/95, 3 pp.)

Application for judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee—Applicant born in Palestinian refugee camp in Jordan—Became member of Palestine Liberation Organization (PLO)—Fled Cyprus in 1989 and arrived in Canada on March 2, 1990—Claimed refugee status on basis of well-founded fear of persecution because of Catholic religion and membership in particular social

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

group as stateless Palestinian—CRDD found Jordan only country in which applicant habitually resident until 1981 and that applicant had not adduced any evidence of risk might be persecuted in Jordan—By introducing concept of habitual residence, Immigration Act gives special status to stateless persons who claim to be Convention refugees—Determination of habitual residence question of fact, not of law—Definition of Convention refugee not precluding possibility of having more than one habitual residence—For stateless person to be refugee, must be outside country of former habitual residence for one of reasons set out in definition of Convention refugee—Panel correct to consider Jordan applicant's only country of habitual residence—However, failed to consider documentary evidence and applicant's testimony with respect to risk might be persecuted if returned to Jordan—Also committed error by imposing on applicant burden of proving Jordanian authorities unable or unwilling to protect him—Application allowed.

TARAKHAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1506-95, Denault J., order dated 10/11/95, 7 pp.)

Permanent Residents

Judicial review of denial of application for permanent resident status—Applicant, Romanian, seeking to enter Canada as member of independent class—Although applicant attaining minimum number of points necessary for acceptance as independent immigrant (70), visa officer exercised negative discretion under Immigration Regulations, 1978, s. 11(3) and recommended applicant not be accepted—Visa officer of opinion score not accurately reflecting applicant's ability to establish herself in Canada as applicant applying for landing in highly specialized field of study with very low occupational demand (translator, scientific documents)—Further concluding applicant lacking motivation, resourcefulness to establish herself in chosen occupation—S. 11(3) permitting visa officer to refuse to issue immigrant visa to immigrant who is awarded required number of units of assessment if good reasons why number of units of assessment not reflecting chances of particular immigrant becoming successfully established in Canada—As selection criteria having economic emphasis, visa officer's discretion should be exercised in same "economic spirit": *Chen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 3 F.C. 350 (T.D.) *per* Strayer J., *confd* [1995] 1 S.C.R. 725—Provided visa officer had good reasons for believing applicant would have difficulty in making living in Canada, visa officer properly exercised discretion—Although not awarded zero points in any category, applicant receiving below-average score in personal suitability, occupational demand—Visa officer must be given some discretion to determine for combination of reasons applicant

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

not economically self-sufficient in Canada—As to allegation breach of duty of fairness by failing to let applicant disabuse officer's negative impression, cases where visa officer failed to ask questions or consider important aspect of application distinguished—Visa officer obliged to address all aspects of application, selection criteria and if in receipt of fresh information to bring it to applicant's attention—Not obliged to inform each applicant of negative impressions as they arise, particularly when concern some aspect of applicant not amenable to change, such as personal suitability or language ability—If applicant had different information about occupational demand, could have brought it forward when making her application—Neither breach of procedural fairness, nor jurisdictional error—Application dismissed—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 11(3) (as am. by SOR/81-461, s. 1).

SAVIN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4712-94, Cullen J., order dated 11/10/95, 6 pp.)

Judicial review of denial of permanent resident status for failing to meet selection criteria—Applicant citizen of India—Application for admission to Canada as permanent resident for himself, wife, two children supported by undertaking of assistance from brother-in-law in Canada—Employed in chemical industry in India under title "Production Engineer" although university degree not in engineering—(1) As preliminary matter, paragraph in solicitor's affidavit in support of application for judicial review referring to applicant's report of interview, and copy of written report annexed as exhibit to affidavit struck as not within affiant's personal knowledge as required by R. 332(1)—(2) Visa officer not assessing applicant against preferred occupation of production coordinator because not involved with coordinating work between different units but supervising work within single production unit—Assessing applicant against alternate occupations—Having turned to Canadian Classification and Dictionary of Occupations for guidance, visa officer obliged to take whole of occupation description into account and to interpret it properly—Lead statement of occupation description indicating production coordinator may coordinate and expedite flow of work within department of manufacturing plant even though following statement of duties only partially consistent with lead statement in that seemingly reflecting interdepartmental co-ordination—Visa officer misinterpreted occupation description, erred in law—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 332(1).

PRAJAPATI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4927-94, Gibson J., order dated 2/11/95, 9 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Concluded

Application to set aside Immigration and Refugee Board, Appeal Division's (Appeal Division) decision respondent's appeal should be allowed as refusals to allow applications for landing made by respondent's daughter and son not in accordance with law—Respondent, citizen of Philippines, granted landing in November 1992—In December 1992, signed undertakings in support of daughter and son and agreed to act as guarantor—When children filed applications in April 1993, daughter 24 years old and son 22—Had made applications for permanent residence in August 1990, for which no record of refusal—Prior to March 1992, no age restriction for children, thereafter, dependent children admissible if "under 19 years old"—Appeal Division concluded applications should have been assessed under Regulations in force in 1990—Application dismissed—Effective date for consideration of children's applications August 1990—Children's 1990 applications remained valid and should have been processed upon receipt of sponsorship undertaking filed by respondent in late 1992—Although 1990 applications could not have been granted at time of filing, important fact: not refused—Appeal Division's decision based on fact and sufficient evidence to conclude as did.

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. JIMENEZ (IMM-415-95, Teitelbaum J., order dated 23/10/95, 12 pp.)

FEDERAL COURT JURISDICTION

Appeal from A.S.P.'s orders striking statement of claim on basis of jurisdiction and on basis disclosed no reasonable cause of action—Plaintiff Arsenault, member of Canadian Armed Forces (CAF), sought damages in negligence against Crown on basis of vicarious liability and for medical malpractice against defendant DND physicians as result of unsuccessful spinal fusion surgery in 1992 and subsequent treatment to correct lower back pain experienced while serving in CAF—Plaintiff's wife and children also seek damages pursuant to Ontario Family Law Act—Released from service in September 1992 as unable to carry out duties—Awarded four-fifths pension entitlement effective September 1992—A.S.P. determined Federal Court without jurisdiction to try claim for damages for negligence against three individual defendants as no federal law of negligence—Also found Court without jurisdiction to try claims, brought by wife and children of plaintiff, based on entitlement created by Ontario Family Law Act—A.S.P. also determined that as pension had been granted with respect to disability, claim against Crown should be struck as disclosing no cause of action within jurisdiction of Federal Court—Motion to set aside A.S.P.'s orders dismissed—Application of criteria for Federal Court jurisdiction as established in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Elec-*

FEDERAL COURT JURISDICTION—Continued

tronics Inc. et al., [1986] 1 S.C.R. 752—Crown Liability and Proceedings Act not providing body of existing federal law essential to case, and nourishing statutory grant of jurisdiction conferred in Federal Court Act, s. 17(5)(b)—Claim against Crown servants founded upon tort of negligence not arising from federal law—National Defence Act, s. 95 not creating right of action against Crown servant, creating offence of ill treatment of subordinates—In present case, basis for relief against individual defendants statutory and common law of Ontario—Plaintiffs also barred from suing Crown on basis pension paid: Pension Act, s. 111; Crown Liability and Proceedings Act, s. 9—Even if negligence, plaintiff received maximum amount of pension available to him as result of military service, given pre-existing condition—As plaintiff's claim struck, plaintiff's wife and children's derivative claims cannot be maintained—Moreover, Ontario Family Law Act cannot be considered federal law as required by *ITO* case—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-2, s. 17(5)(b) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3)—Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, ss. 3, 9 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 37, s. 4), 10—Pension Act, R.S.C., 1985, c. P-6, s. 111—Family Law Act, R.S.O. 1990, s. 61—National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, s. 95.

ARSENAULT v. CANADA (T-2984-92, Wetston J., order dated 21/11/95, 10 pp.)

TRIAL DIVISION

Appeal from direction Trial Division, trying action for breach of contract to construct Victoria International Airport, lacking jurisdiction to assess, as part of assessing damages in action, amounts for which plaintiff liable to each of its subcontractors for labour, plant and material—Contract signed, work beginning in 1985—Work completed in 1987—Subcontractors not parties to construction contract—Claims arising from individual contracts—Issue turning on proper construction of standard construction contract—Assessment of damages pursuant to arts. GC50.1.1, GC50.2.1, requiring determination of "all reasonable and proper amounts . . . legally payable" by appellant to subcontractors in respect of labour, plant and material provided for Victoria Airport project—Determination necessarily requiring examination of each contract, findings of fact, determination of rights and liabilities of parties—Must be based on law of contract, whether statutory or common law—Absent agreement by interested parties, determination of amounts "legally payable" to subcontractors including identification, application of laws establishing, apportioning or limiting liability—Provincial laws applicable regardless of whether assessment of appellant's claim based on law of contract or of tort—Trial Division lacking jurisdiction to make such determination with respect to contracts founded wholly on provincial law and where not all parties to contracts before

FEDERAL COURT JURISDICTION—Concluded

it because (1) disputes between appellant and subcontractors between subject and subject, and no jurisdiction conferred upon Trial Division by Federal Court Act, s. 17 (prior to amendment coming into force in 1992) or any other Act to adjudicate upon them; (2) such disputes not founded upon “law of Canada”—Although appellant’s case properly before Trial Division (application of tripartite test in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752), Trial Division lacking jurisdiction to “estimate” subcontractors’ claims as estimation not “incidentally necessary” to resolve issues—Significant proportion of proceeding in Trial Division consumed in resolution of issues presented by dispute between appellant and subcontractors—“Legally payable” in art. GC50.1.2 meaning payable after determination by court of competent jurisdiction i.e. provincial superior court—Appeal dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, s. 17 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3).

ARMECO CONSTRUCTION LTD. V. CANADA (A-249-95, Isaac C.J., judgment dated 22/11/95, 14 pp.)

FISHERIES

Appeal herein and in A-163-95 from orders of Trial Division—Individual appellants engaged as scallop fishermen in Nova Scotia—Dispute arising out of alleged agreement reached between appellants and respondent and other elements of scallop fishing industry in Bay of Fundy and offshore scallop fishermen at Bridgewater, Nova Scotia—Appellants contending agreement meaning respondent committed to cancel certain unused and never-fished scallop fishing licences in 1987 and subsequent years and to consult with them with respect to their fishing rights—Issue whether Trial Division erred in requiring appellants to seek extensions of time—Clear neither decision communicated by respondent within meaning of Act, s. 18.1(2) and accordingly applications for judicial review not brought out of time—Appeal allowed with costs herein and in A-163-95—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

ATLANTIC COAST SCALLOP FISHERMEN’S ASSN. V. CANADA (MINISTER OF FISHERIES AND OCEANS) (A-162-95, Stone J.A., judgment dated 4/10/95, 4 pp.)

HUMAN RIGHTS

Application for judicial review of CHRT decision in matter of consent order settling complaint of systemic discrimination filed by PSAC on behalf of predominantly female Administrative Support Category of staff of Non-Public Funds, Canadian Armed Forces at National Defence Headquarters—Tribunal asked, pursuant to terms of consent

HUMAN RIGHTS—Concluded

order, to determine whether, in conformity with Commission’s policy to seek pay equity adjustments up to one year prior to date of complaint, adjustments agreed to by parties for period beginning June 1, 1987 could be applied to period of February 12, 1986 to May 31, 1987—Tribunal misconstrued and misapplied doctrine of retroactive application of statutes by concluding doctrine precluded it from awarding pay adjustments for period preceding date of complaint—No such issue arose—Act containing no limitation in time to power of Tribunal to compensate victims of discrimination—Tribunal also found no factual basis upon which to award remedy sought—In light of evidence before Tribunal, reasonable for it to conclude as it did—Expert investigation and analysis inadequate and could not be used to independently establish extent of wage gap in prior period or as evidence corroborating Commission’s assertion that conclusions of Commission’s study could be transposed to prior period—Evidence that within established procedure giving rise to systemic wage discrimination, extent of wage difference at any point in time variable, and may only be determined with relative certainty by means of contemporary assessment—Application dismissed.

PUBLIC SERVICE ALLIANCE OF CANADA V. CANADA (DEPARTMENT OF NATIONAL DEFENCE—STAFF OF NON-PUBLIC FUNDS, CANADIAN FORCES—NATIONAL DEFENCE HEADQUARTERS) (T-2246-94, Noël J., order dated 3/11/95, 34 pp.)

INCOME TAX**INCOME CALCULATION***Deductions*

Appeal from notice of assessment disallowing refundable investment tax credit—Plaintiff in business of scientific research and experimental development—In early 1980s, Contar, plaintiff’s predecessor corporation, conceived plan to develop dual process of converting coal and heavy oil minerals into light crude oil—In 1986, plaintiff entered into Agreement with Alberta to: (a) build commercial facility, effectively finalizing process technology and showing commercial output could be produced economically—Not built as yet—Agreement providing if commercial facility built, Alberta entitled to be repaid, out of gross revenue produced from commercialization of technology, entire investment plus return on investment calculated by formula—If commercialization not achieved, Alberta would hold on to its 50% undivided interest in project technology—In 1987, company received \$725,569 from Alberta pursuant to Agreement and reported scientific research and experimental development expenditures in amount of \$2,298,359—Entitled to further \$1,564,748 from province at end of taxation year—Plaintiff’s refundable investment tax

INCOME TAX—Continued

credit claim disallowed—Issue whether amounts received from Alberta constitute “assistance from government” whether as grant, subsidy, forgivable loan, deduction from tax, allowance or other form of assistance—MNR considered money invested by Alberta falling within phrase “other form of assistance” on basis no partnership or joint venture as not carrying on business—Clear from case law tax provisions using phrase “grant, subsidy . . . or other assistance” have no application to ordinary business arrangements between public authority and taxpayer—Agreement herein essentially technology arrangement in which Province active business participant—Despite clause in Agreement attempting to limit Province’s commercial exposure and liability, Agreement clearly commercial arrangement negotiated and entered into by both parties for business purposes—Appeal allowed.

CCLC TECHNOLOGIES INC. v. CANADA (T-3457-90, Rouleau J., judgment dated 10/11/95, 12 pp.)

NON-RESIDENTS

Appeal from assessment for 1984—Under video franchise agreement, plaintiff providing video tape reproduction masters to CBS/Fox Canada, entitling latter to duplicate those master video tapes for distribution within Canada—BS/Fox Canada paying royalties to plaintiff arising out of sale of video cassettes—During 1983, 1984 remitting 15% of gross amount of payments to Receiver General, but receiving full refund on basis royalties paid in respect of video cassettes not royalties paid in respect of “motion picture films” and exempt from withholding tax in Canada by virtue of Art. XIII C of Canada-United States Income Tax Convention, 1942—Minister then reversing position with respect to part of 1984 royalties—Income Tax Act, s. 212(5)(a) requiring non-resident to pay 25% income tax on every amount paid by resident for right in, use of, motion picture film used or reproduced in Canada—Art. XIII C exempting from tax royalties except in respect of motion picture films—Whether “motion picture film” including video cassette of motion picture film—Appeal dismissed—Provided right to motion picture film sold for purpose of using film or reproducing it in Canada, amount taxed under s. 212(5)(a)—To exclude motion picture film simply because transferred to video tape defeating Parliament’s intention—Although video tape may be method of presentation, content remaining motion picture film within ordinary, commonly understood meaning of those words—Not form, but product significant and that product, though converted to video tape for presentation or exhibition on television remaining basically theatrical product produced originally for theatrical exhibition, albeit modified technically and in some dramatic aspect of exhibition by television: *MCA Television Ltd. v. The Queen* (1994), 94 DTC 6375 (F.C.T.D.)—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s.

INCOME TAX—Concluded

212(5) (as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 68; 1988, c. 55, s. 161)—Canada-United States Income Tax Convention, 1942, Art. XIII C, S.C. 1943-44, c. 21, Sch. (as am. by S.C. 1950, c. 27, s. 1).

CBS/FOX CO. v. CANADA (T-3345-90, Rouleau J., judgment dated 24/10/95, 6 pp.)

LABOUR RELATIONS

Judicial review of regional safety officer’s decision—Employee of Westcoast Energy seriously injured while conducting “pigging operation” (cleaning internal surface of pipeline)—Workers’ failure to open rear blowdown valve cause of accident—Pursuant to Canada Labour Code, s. 145, safety officer investigating breaches of Code following accident and giving Westcoast six directions to remedy behaviour—Aggrieved employer seeking review of safety officer’s decision by regional safety officer pursuant to s. 146—Regional safety officer rescinding three directions, varying three—Direction #1 concerning use of respiratory devices—Employees provided with breathing apparatus, equipment with them at time of accident, and employees trained in use thereof—Training procedures specifying use mandatory—Regional safety officer agreeing with safety officer that Westcoast failed to ensure employees used respiratory protective equipment as prescribed—Finding contravention of Canada Labour Code, s. 125(v), Canada Occupational Safety and Health Regulations, s. 12.1—Directions #5, #6 concerning bleeder valves, safety device on pipeline—Bleeder valves easily plugged from exposure to wet sour gas—Westcoast purposely disconnecting bleeder valves because gave employees false sense of security—Regional safety officer concluding contravention of Code, s. 125.1(a) and Regulations, s. 10.16(b)—(1) Safety officer and regional safety officers decision-makers whose decisions challenged by applicant, but not adverse in interest to applicant—May be added as intervenors—Proper respondent Attorney General for Canada—(2) Regional safety officer required to interpret provisions of Canada Labour Code and Regulations—Issues before regional safety officer characterized as mixed fact and law—Standard of review applicable to questions of law herein between standards of reasonableness and correctness—(3) Regional safety officer’s decision respecting use of respiratory equipment finding of fact and should not be disturbed—Finding that, as result of workers’ non-use of respiratory equipment, Westcoast in contravention of Code, Regulations question of law—Evidence not supporting finding Westcoast knew, or common knowledge, employees not using prescribed respiratory equipment—Employer had no knowledge employees contravened policy on respiratory equipment and no opportunity to respond to such allegations—Code, s. 125(v) and Regulations, s. 12.1 should not be interpreted as imposing legal obligations on employer for actions of employees who admit own irrespon-

LABOUR RELATIONS—Continued

sibility, particularly when no evidence employer encouraged or otherwise condoned disregard of safety policy—In so doing, regional safety officer erred in law—(4) No alternative safety device to bleeder valves—Regional safety officer erred in law concerning bleeder valves—Wrong to interpret Code and Regulations as prescribing use of unsafe, unreliable safety device, or mandating deployment of safety device which does not actually exist—Application allowed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663 R. 1602(3) (as enacted by SOR/92-43, s. 19)—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 125(v) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 4), 125.1(a) (as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 24, s. 4), 145 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 4), 146 (as am. *idem*)—Canada Occupational Safety and Health Regulations, SOR/86-304, ss. 10.16(b), 12.1.

WESTCOAST ENERGY INC. V. CADIEUX (T-1607-93, Cullen J., order dated 27/11/95, 13 pp.)

Judicial review of CLRB decision granting application to expand Brink's employees' "Toronto/Peterborough" bargaining unit into "all Ontario" bargaining unit—Canada Labour Code, s. 32 allowing council of trade unions to apply as bargaining agent for bargaining unit—Several locals members of both Canada Council of Teamsters and Teamsters Joint Council—Whether Board failed to determine if majority of applicant's Ontario employees wanted to have Canada Council represent them; (2) whether Board's failure to follow self-created procedures violation of principles of natural justice—If jurisdiction at issue, standard of review correctness—If issue within jurisdiction, Board must have acted in patently unreasonable manner for Court to interfere—Application dismissed—(1) Certification of councils clearly within Board's jurisdiction—Situation involving two councils having same president, both "Teamster" councils, sharing significant number of members—Consideration of patent unreasonableness of Board's decision must be made with view toward Board's statutory responsibility to oversee, develop statutory regime expressed in Code—Board invested with mandate, expertise to decide such situations—Not acting irrationally when decided not to conduct fuller investigation into effect of Joint Council on membership of Canada Council—Properly determined, in accordance with s. 28(c) that majority of employees in "proposed all Ontario" bargaining unit wanted Canada Council to be bargaining agent—(2) Code not requiring Board to follow self-created procedures—Applicant having no legal right to demand Board follow these procedures—For doctrine of legitimate expectations to apply, evidence must establish existence of "regular practice"—Significant onus on applicant to prove procedure regular practice of Board over extended period of time—Example of such onus set out in *F.A.I. Insurances Ltd. v. Winneke* (1982), 151 C.L.R. 342 (Aust. H.C.)—Marceau J.A. in *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada et al. v. Canada Labour Relations Board et al.* (1994), 174 N.R. 57 (F.C.A.), not

LABOUR RELATIONS—Concluded

finding doctrine of legitimate expectation not applicable to CLRB decisions—Doctrine of legitimate expectations applies only to procedural, not substantive, expectations—Applicant cannot legitimately expect Board to follow these procedures in every case—Evidence not establishing procedures regularly followed over extended period of time—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 18, 22 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 56), 28, 32—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.1(4) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5), 28.

BRINK'S CANADA LTD. V. CANADA COUNCIL OF TEAMSTERS (A-409-94, McDonald J.A., judgment dated 9/8/95, 15 pp.)

NATIVE PEOPLES**LANDS**

Whether defendant breached fiduciary duty to plaintiffs in requiring surrender of part of latter's reserve—Surrender taking place in 1951—Department of Public Works considering expansion of customs facilities located near plaintiffs' reserve—Land surrendered remaining in hands of defendant ever since—Reserve allocated to Band in 1889, comprising 382 acres—Close to Canada-U.S. border—Band knew defendant, at all times, had right to expropriate land for public purposes if Band refused to surrender—Price agreed upon \$550 per acre—Price paid not below market value—No condition attached to surrender land to be returned to Band if not used for customs facility—Price paid indicating intention to effect absolute surrender, not conditional surrender—Land not all used for customs purposes—No express or implied reversionary term as part of surrender—Breach of fiduciary duty by defendant vis-à-vis Band—More land taken than required—Much of it remaining unused by Crown—Taking not conditional—Obligation on fiduciary to condition taking by reversionary provision, or ensure by other mechanism least possible impairment of plaintiffs' rights occurs—Breach of fiduciary duty owed to plaintiffs—British Columbia Limitation Act applicable herein—Breach of fiduciary duty not continuing—Six-year limitation period, thirty-year ultimate limitation period under Act requiring dismissal of plaintiffs' claim—Judgment in favour of defendant—Limitation Act, R.S.B.C. 1979, c. 236.

SEMIAMMOO INDIAN BAND V. CANADA (T-1878-90, Reed J., order dated 28/9/95, 7 pp.)

PAROLE

Application for judicial review of National Parole Board, Appeal Division decision Board not erring in preventing psychiatrist from giving *viva voce* evidence on behalf of

PAROLE—Concluded

applicant at hearing—Board declining applicant's request psychiatrist be permitted to make oral submission at hearing on policy ground; psychiatrist granted observer status—Board concluding applicant likely to commit offence causing death or serious harm to another person and extending detainment past statutory release date—Appeal decision affirming Board's decision—Applicant submitting request denied without considering merits, thus Board fettering discretion by blindly following policy—Corrections and Conditional Release Act, s. 151(2)(a) allowing for establishment of procedures to be followed at detention hearing; procedures essential to ensure prisoners know in advance how hearing conducted—Reliance on *Rex v. Port of London Authority. Ex parte Kynoch, Limited*, [1919] 1 K.B. 176 (C.A.) holding tribunal may intimate to applicant adverse decision according to policy in absence of exceptional circumstances—Policy in question entirely procedural in nature: Court more willing to interfere with tribunal's blind adherence to substantive policy, procedural policies carry less risk of judicial interference—Board not fettering discretion by refusing to hear oral evidence—Psychiatrist present at hearing and applicant could have relayed any submissions to Board—*MacInnis' v. Canada (Attorney General)*, [1995] 2 F.C. 215 (T.D.) decision holding refusal to hear psychiatric evidence constituting natural justice breach distinguished on ground MacInnis sentence indeterminate while applicant serving finite sentence—No denial of natural justice—Application dismissed—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 151(2)(a).

DIAMOND V. CANADA (PAROLE BOARD) (T-82-95, Tremblay-Lamer J., order dated 6/7/95, 5 pp.)

PATENTS**INFRINGEMENT**

Application for order prohibiting Minister of National Health and Welfare from issuing notice of compliance (NOC) in connection with medicine astemizole until after expiration of patent 1,140,119 (Hismanal)—Apotex obtaining astemizole in bulk form from Medichem Inc., holder of compulsory licence with respect to astemizole, and making tablets of astemizole from bulk material—Issues whether detailed statement provided by Apotex insufficient; whether Apotex cannot rely on compulsory licence granted to Medichem; whether agreement between Apotex and Medichem amounting to improper agency—Application allowed, order of prohibition issued—(1) Detailed statement not insufficient having regard to evidence as whole—(2) Agreement between Apotex and Medichem supply agreement, not sublicensing agreement: *Eli Lilly and Co. et al. v. Novopharm Ltd. et al.* (1995), 60 C.P.R. (3d) 181 (F.C.T.D.); however arrangement between Apotex and Medichem amounting to infringement: *Eli Lilly and Co. v.*

PATENTS—Continued

Apotex Inc. (1995), 60 C.P.R. (3d) 206 (F.C.T.D.); *Merck and Co. Inc. et al. v. Apotex Inc.* (1994), 59 C.P.R. (3d) 133 (F.C.T.D.)—(3) Given conclusion Apotex' activities would infringe applicants' patent, would be repetitive to cover essentially same ground on agency issue.

JANSSEN PHARMACEUTICA INC. V. APOTEX INC. (T-1452-93, Cullen J., order dated 5/10/95, 11 pp.)

Action for declaration of validity, infringement of patent for cochlear implant—Plaintiff claiming exclusive right to make, use, sell cochlear implant by reason of assignment—Claiming similar cochlear implant developed by defendant breach of relevant claims—Reference to *Hi-Qual Manufacturing Ltd. et al. v. Rea's Welding & Steel Supplies Ltd.* (1994), 74 F.T.R. 99 (F.C.T.D.) for guidelines with respect to proper construction of patents—General principles as to validity of patent: (1) invention must not have been "anticipated" by another patent or publication that would deem it to lack novelty under statute—(2) Invention must be operative and have some commercial value—(3) Must fit in recognized category, for not all subject-matter patentable—(4) Must be inventive step (question of fact concerning advance in art, and degree entailing advance neither "obvious" nor merely "workshop improvement")—(5) Statutory presumption of validity as stipulated in Trademarks Act, s. 45—(1) Defendant alleging invention not meeting requirement of novelty as being anticipated—Relying on U.S. patent—U.S. patent not comprising all of elements in suit—While relevant to limited extent to field of tissue-stimulating prosthesis, reading of U.S. patent not enabling person skilled in art to produce claimed invention without exercise of any inventive skill—(2) In light of commercial success, little doubt as to cochlear implant's utility—(3) Cochlear prosthesis patentable subject-matter within Patent Act—(4) Generally validity of patent will be upheld if "mere scintilla of invention"—Date of invention key date—Unimaginative skilled technician constituting means whereby Court determining validity of patent with regards to obviousness—Objective test employed to determine whether could have been aware of prior art—Invention must be arrived at directly and without difficulty—Commercial success of invention, long-felt want, attempts by others to solve problem and contemporaneous development by others may also be considered—Simplification of apparatus or improved methods may also possess required inventive ingenuity—Although most elements claimed in patent known at time of invention, combination constituted novelty in sense of law—In light of presumption of validity, patent meeting criteria established by case law and defendant not proving, on balance of probabilities, invalidity—Patent not obvious to person skilled in art at time of making of invention—Infringement mixed question of fact, law—Factual issues relating to what done by alleged infringer, whereas determination of exact nature of patented invention and interpretation of claims question of law—Pur-

PATENTS—Concluded

positive approach to construing patents elaborated in *Catnic Components Ltd. v. Hill and Smith Ltd.*, [1981] F.S.R. 60 (H.L.) adopted in Canada—Question whether person with practical knowledge, experience in kind of work in which invention intended to be used, would understand that strict compliance with particular descriptive word or phrase appearing in claim intended by patentee to be essential requirement of invention so that any variant would fall outside monopoly claimed, even though could have no material effect upon way invention worked—Court merely attempting to ascertain “intention” of inventor—When inventor claiming particular element of invention necessary, if element different in subsequent inventions, no infringement occurring, regardless of whether element truly necessary since inventor confined to patent claims—*AT & T Technologies Inc. v. Mitel Corp.* (1989), 28 F.T.R. 241 (F.C.T.D.) providing review of guiding principles—G.F. Takach, *Patents: A Canadian Compendium of Law and Practice*, Edmonton: Juriliber, 1993, reducing case law to three questions based on *Catnic* approach—Defendant's device infringing plaintiff's patent, as practical result of normal operation of defendant's device pith and marrow of invention described—Damages neither warranted nor claimed as defendant's device still in experimental or research stage—Defendant's device which is at research and development stage protected from mandatory, unqualified injunctive order—What is warranted is relief by way of *quia timet* which would not inhibit continuing development, but which would avoid possibility of whole issue between parties having to be retried and reargued—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4.

COCHLEAR CORP. v. COSEM NEUROSTIM LTÉE
(T-2728-93, Joyal J., judgment dated 13/10/95, 53 pp.)

PENITENTIARIES

Application for judicial review of decision by independent chairperson of disciplinary court of Drummond Institution finding applicant (inmate) guilty of refusing to provide urine sample demanded pursuant to Corrections and Conditional Release Act, s. 54(1) (taking intoxicants)—Application allowed—Demand for urine sample search within meaning of Charter, s. 8, subject to principles of fundamental justice (Charter, s. 7)—Both authorities and Act and Regulations made pursuant thereto requiring, in such cases, particulars be given as to nature of reasonable grounds to believe inmate committed offence (in instant case, taking intoxicants)—In case at bar, no particulars given—Applicant therefore unable to make representations to head—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, 8—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 54, 56,

PENITENTIARIES—Concluded

57—Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-620, s. 25.

PICARD v. DRUMMOND INSTITUTION (T-1150-95, Pinard J., order dated 6/12/95, 7 pp.)

PRACTICE**COSTS**

Motion under Federal Court Rules, RR. 344, 344.1 and 346, for directions to Taxing Officer in action for damages as result of collision between defendant ship *Netuno* and plaintiff's ship *Captain Diamantis*—Defendants belatedly admitted liability for portion of damages claimed—New R. 346 applicable as Rules providing whenever proceedings commenced, new tariff applicable if costs not already fixed—New approach therein: party-and-party costs should bear reasonable relationship to actual costs of litigation—Furthermore, procedures and delays which could reasonably have been avoided will be taken into consideration when determining taxation of costs—Defendants clearly adopted dilatory tactics causing, as result of currency exchange (US \$-CDN \$) fluctuation, defendants to benefit by approximately CDN \$ 113,225 and causing plaintiffs to incur \$120,000 in legal fees—Plaintiffs therefore entitled to taxation of costs in accordance with high side of column IV of Part II of Tariff B—Plaintiffs entitled to payment of fees and disbursements of expert from Italy even though latter not testifying at trial—As opinion of two other expert witnesses very important in issue of case, Taxing Officer directed to allow reasonable costs not only for attendance at trial but also for costs of preparation—Pursuant to R. 344.1, 150% of party-and-party costs incurred after plaintiffs' offer awarded to plaintiffs and Taxing Officer directed to allow 150% of taxable fee for preparation of trial and application for leave to amend second amended statement of claim and second amended statement of claim—Reasonable expenses allowed for counsel's costs to attend discovery proceedings in London, England and New York, USA and for inspecting plaintiffs' documents in Montréal—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 344 (as am. by SOR/87-221, s. 2; 95-282, s. 1), 344.1 (as enacted by SOR/94-41, s. 3), 346 (as am. by SOR/87-221, s. 3).

SANMAMMAS COMPANIA MARITIMA S.A. v. NETUNO
(THE) (T-2428-89, Tremblay-Lamer J., order dated 20/10/95, 11 pp.)

Application for costs on solicitor-and-client basis pursuant to RR. 1618, 344 after application to prohibit Minister from issuing notice of compliance pursuant to Patented Medicines (Notice of Compliance) (PMNOC) Regulations dismissed—R. 1618 providing no costs payable in respect of application for judicial review unless Court for special reasons so

PRACTICE—Continued

orders—R. 1618 governing award of costs in proceedings brought pursuant to PMNOC Regulations—Applications for prohibition under PMNOC Regulations governed by Federal Court Rules, Part V.1: *Bayer AG v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1993), 51 C.P.R. (3d) 329 (F.C.A.)—“Special reasons” must be demonstrated before discretion to award costs exercised—Proceedings unusual in that Parliament “grafted” matter of private commercial rights onto public regulatory scheme—Proceeding judicial review in name only—Not special reasons simply because case complex, or litigation difficult—Newness of PMNOC Regulations not necessarily precluding award of costs—Essentially private dispute where Court, rather than marketplace, battleground—Party-and-party costs awarded—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 344 (as am. by SOR/87-221, s. 2), 1618 (as am. by SOR/92-43, s. 19)—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133.

PHARMACIA INC. V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (T-2991-93, Wetston J., order dated 13/10/95, 6 pp.)

Reasons arising out of defendant’s application for security for costs and out of absence of skeleton bill of costs in support of motion—Plaintiffs claimed copyright infringement—Defendant sought security for costs in amount of \$50,000, supported by thin affidavit material—Plaintiff offered \$15,000—Although skeleton bill of costs not mandatory, reasonable practice of long standing, not only possibly enabling parties to reach solution, but also resulting both in time-saving to Court and assurance to applicant of reasonable outcome—Of great convenience to Court in estimating costs—Incumbent on defendant to show what costs likely to be—Amount of security fixed at \$10,000—Failure to produce best estimate of costs not only adding to work of Court, but at peril of applicant.

TENDER LOVING THINGS INC. V. DOCTOR JOY (T-1587-95, Hargrave P., order dated 6/11/95, 4 pp.)

DISCOVERY*Examination for discovery*

Application for order pursuant to R. 494(10.2) allowing defendants to read in part of discovery evidence of own witness conducted by plaintiff—R. 494(10.2) permitting use of examination for discovery as evidence at trial of action as if person examined testifying as witness because person’s attendance cannot be obtained, compelled—Numerous attempts to contact witness unsuccessful—Evidence important, pertinent—Application dismissed—General principles: party not permitted to read into evidence examination of opponent who has died or that of third person not party to action; party who examines for discovery has absolute

PRACTICE—Continued

assurance cannot be used against him unless seeks to make use of it—Often conducting fishing expedition—Answers not subjected to cross-examination—To allow party to read in own witness’ discovery without it having been referred to by examining party amounting to self-serving evidence that could, depending on circumstances, be erroneous or false—Could be deviating from hearsay rule, other basic principles of rules of evidence—Would impede Court’s opportunity to assess demeanour or credibility of witness—Opposing party would be denied cross-examination, would be unable to challenge testimony of someone providing particularly crucial evidence in civil action—Purpose and scope of cross-examination defined in *R. v. Anderson*, [1938] 3 D.L.R. 317 (Man. C.A.)—Discovery evidence not only evidence available on issue—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 494(10.2) (as enacted by SOR/90-846, s. 21).

NEWFOUNDLAND PROCESSING LTD. V. SOUTH ANGELA (THE) (T-457-88, T-584-90, T-620-90, Rouleau J., order dated 25/10/95, 7 pp.)

JUDGMENTS AND ORDERS*Summary Judgment*

Motion for summary judgment in action for \$149,758.57 for costs of wharfage, security, shore power, necessary maintenance provided to ship *Winchester* and for storage of certain refrigeration equipment intended for vessel, and for interest at 24.48%—Review of case law and principles on summary judgments as Rules 432.1 to 432.5 new—Purpose thereof, where no “genuine issue for trial” or where “claims or defences clearly without foundation and should not take up time and incur costs of trial”, matter should be summarily dispensed with—Decision to be made on particular circumstances of each case—Here, no genuine issue concerning credibility in regard to issue of liability—However, issue concerning measure of debt or damages owed by defendant—Motion allowed in part—Interests of justice and of parties best served by summary judgment on question of liability with reference to determine amount to be paid, as provided by Rule 432.3(2)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 432.1-432.5 (as enacted by SOR/94-41, s. 5).

SHELburne MARINE LTD. V. WINCHESTER (THE) (T-50-95, MacKay J., judgment dated 20/11/95, 19 pp.)

LIMITATION OF ACTIONS

RCMP officer, working in financial crimes section, subject of disciplinary hearing—At time offence committed, no limitation period for commencement of disciplinary proceedings existing under Act (old Act)—Amendment to Act (new Act) introducing one-year prescription period for disciplinary charges—Disciplinary tribunal finding applicant guilty of

PRACTICE—Continued

charges; applicant appealing decision to Commissioner; External Review Committee advising Commissioner statute-barred by new Act; Commissioner ignoring External Review Committee recommendations and upholding finding of disciplinary tribunal—Applicant seeking order compelling Commissioner to follow recommendations of External Review Committee—External Review Committee's report merely advisory in character—New Act applicable if prescription period constituting procedural matter; old Act applicable if prescription period matter of substantive law—Except for matters such as delays for filing of proceedings, prescription limitations to be considered substantive law (*Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022)—Circumstances of case very important in determining whether time limitation substantive or procedural law—In introducing old Act, Parliament not intending to limit time Commissioner having to bring charges against RCMP officer—Applicant charged under old Act; new Act introducing prescription period of little importance on facts of present case—Limitation under new Act not applicable to charges brought under old Act—Applicant also submitting Commissioner's jurisdiction to hear appeal from disciplinary tribunal violating Charter, s. 11(d) right—S. 11(d) only applying where possibility of serious punishment existing, i. serious punishment usually imprisonment but also including large fine (*R v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541)—Such imprisonment or fine must be intended to redress wrong done to society rather than to maintain internal discipline—Imposition of fine of two-weeks' salary not aimed at redressing wrong done to society but rather to maintain discipline within RCMP—No breach of applicant's Charter rights—Commissioner not statute-barred by new Act—Application denied—Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C., 1985, c. R-10, s. 43(8) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16)—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 11(d).

LAQUERRE V. CANADA (COMMISSIONER OF ROYAL CANADIAN MOUNTED POLICE) (T-1937-94, Teitelbaum J., order dated 25/7/95, 25 pp.)

PLEADINGS*Amendments*

Plaintiff in income tax matter seeking leave to file amended statement of claim pursuant to Federal Court Rules, R. 420—Minister opposing proposed amendments on grounds: (1) plaintiff failing to demonstrate triable issue; (2) delay of plaintiff in making proposed amendments; and (3) amendments contrary to interest of justice—Proposed amendments raising questions of fact, law and practice deserving to be determined at trial—Evidence indicating plaintiff making Minister aware of requested adjustments at

PRACTICE—Continued

earlier date; Revenue Canada officials not only acknowledging request but also indicating requested adjustments acceptable and could be implemented—Leave granted—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 420.

URBANETICS V. CANADA (T-1299-90, Jerome A.C.J., order dated 27/7/95, 8 pp.)

Motion to Strike

Statement of claim for want of prosecution—Action concerning income tax reassessments for 1977 to 1980 commenced in 1983—As to request for oral hearing, no substantial reason why present application cannot be dealt with by means of written representations, supporting affidavit material—Litigation not progressing due to management of plaintiff by Wolfgang Such, who ran company as proprietorship with little regard to requirements of governments, rights of non-voting shareholders, good of company—Receiver/manager appointed by court in 1992—Present President instructing new lawyers to set matter down for trial—Application of test set out in *Allen v. Sir Alfred McAlpine & Sons Ltd.*, [1968] 2 Q.B. 229 (C.A.) for striking statement of claim by reason of want of prosecution—(1) Delay clearly inordinate—(2) Mismanagement credible excuse for delay—(3) Crown's affidavit evidence not pointing to specific prejudice defendant would suffer—Examinations for discovery having taken place, fading of witnesses' memories may not be factor—Plaintiff should not be prevented from having day in Court—Family members now in control of company, who stand to benefit directly from these proceedings, not directly responsible for inordinate delay, ought not be deprived of opportunity to prove case—Motion dismissed—Defendant to have costs of motion, set at \$500—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 324.

R & W SUCH HOLDINGS LTD. V. CANADA (T-2386-83, Hargrave P., order dated 4/8/95, 7 pp.)

Statement of claim referring to restraint of trade in context of Competition Act, s. 50, tied selling under s. 77—Court assuming claim for damages reference to s. 36 allowing civil recovery of damages for person suffering loss or damage as result of conduct contrary to any provision in Part VI—S. 50 contained in Part VI—Pleadings vague, containing few facts, seeking large damage awards—Reliance on s. 77 as civil cause of action under which to claim damages cannot succeed—As not contained in Part VI, not giving plaintiff benefit from purely statutory right of civil recovery in s. 36—Abuse of dominant position in Competition Act merely reviewable practice under Part VIII and any proceedings relating to practice conducted before civil administrative tribunal; no improper conduct until such time as Competition Tribunal so finds: *Procter & Gamble Co. v. Kimberly-*

PRACTICE—Continued

Clark of Canada Ltd. (1991), 40 C.P.R. (3d) 1 (F.C.T.D.)—No indication in statement of claim of any proceedings before Competition Tribunal—Tied selling not illegal in absence of legislation to contrary: *Harbord Insurance Services Ltd. v. Insurance Corp. of British Columbia* (1993), 9 B.L.R. (2d) 81 (B.C.S.C.)—S. 75(1), opening part of Part VIII dealing with restrictive trade practices and refusal to deal, not conferring cause of action enforceable in court of common law or equity, but assigned exclusively to Competition Tribunal: *Cellular Rental Systems Inc. v. Bell Mobility Cellular Inc.* (1995), 23 O.R. (3d) 766 (Div. Ct.)—This action commenced after previous statement of claim struck out—Bare assertions, speculations, conclusions in balance of statement of claim not constituting cause of action—Statement of claim not disclosing reasonable cause of action—Vexatious, embarrassing as not showing sufficient facts for defendant to answer with defence—Abuse of process as making serious allegations, but not pleading any facts—Amendment of statement of claim to make connection between bare assertion of restraint of trade and substantial damages claimed not possible—Action struck without leave to amend—Costs not awarded in earlier application to strike—While lay litigant not able to hide behind lack of knowledge of Rules, ought not necessarily to be penalized, even for fairly substantial error in pleadings in first instance—Despite ample prior cautions set out in earlier reasons plaintiff filing similar statement of claim—Defendant put to considerable expense to strike out proceeding without cause of action, embarrassing, vexatious and abusive—Defendant awarded costs, disbursements—Plaintiff not permitted to commence further actions in this Court until costs, disbursements paid—Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 36 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.)), c. 1, s. 11), 50, 75 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.)), c. 19, s. 45), 77 (as am. *idem*).

CEMINCHUK v. IBM CANADA LTD. (T-1530-95, Hargrave P., order dated 21/8/95, 7 pp.)

PRIVILEGE

Motion for production of documents for which solicitor-and-client privilege claimed—Anything done by lawyer in connection with patent application not losing solicitor-and-client privilege just because lawyer also patent agent—“Common interest privilege”, referred to by Lord Denning M.R. in *Buttes Gas and Oil Co. v. Hammer (No.3)*, [1981] Q.B. 223 (C.A.), at p. 243 applied to documents arising from transactions in prosecution of patent before inventors formally assigned interest to plaintiff and unclear whether solicitor acting for plaintiff or inventors—Correspondence between solicitors and U.S. Associate privileged—Associate’s function to prosecute patent of same invention in U.S.—Based on common interest privilege, privilege attaching to Canadian lawyer’s legal advice not lost by communicating it to U.S. Associate, who may have

PRACTICE—Concluded

been acting for different person, but one with common interest—Solicitor-and-client privilege not waived when Smart & Biggar, plaintiff’s patent agent and lawyers signed filings containing statements as to patentability based on legal opinions, research—Reference to terms of document usually waives privilege in document—Documents not specifically indicating legal opinion relied upon—Action taken, or opinion formed and expressed as result of reading document not waiving privilege therein if neither mentioned nor specifically referred to—Adopting solicitor’s letter of legal advice without giving any credit not waiving privilege in plagiarized document, even if solicitor as agent plagiarizing own legal opinion.

F.P. BOURGAULT INDUSTRIES AIR SEEDER DIVISION LTD. v. FLEXI-COIL LTD. (T-245-94, Giles A.S.P., order dated 27/10/95, 4 pp.)

VARIATION OF TIME

Motion for extension of time to serve and file applicant’s record—Extension sought to allow counsel to obtain and consider expert opinion regarding novel documents used by Post-Claim Determination Officer—Test whether justice calling for extension under circumstances (*Grewal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] 2 F.C. 263 (C.A.))—Test requiring balancing of various factors including: (1) continuing intention to pursue appeal; (2) merit to application; (3) no prejudice; and (4) reasonable explanation for delay—Explanation for delay weak as no evidence regarding: (1) delay in seeking expert opinion; (2) delay in obtaining documents; and (3) unavailability of expert during critical two-week period—Weakness as to reasons for delay may be balanced by reasonably sound argument as to merits of case—Materials silent as to merits of case; materials not even containing bare assertion to effect case arguable—Motion denied.

MILON V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1281-95, Hargrave P., order dated 27/7/95, 7 pp.)

PUBLIC SERVICE

Judicial review of decision applicants’ position classified at PM-03 level—Grievors employed as intelligence analysts (PM-03) with B.C./Yukon region, Citizenship and Immigration—Classification review determining position would remain at PM-03 group and level—In 1990, B.C./Yukon job description for intelligence analyst position used as model for job description for intelligence analyst position in Ontario region—Ontario positions reclassified to PM-04 level in 1992—Applicants grieved job classification—Presenting written representations, oral arguments, various documents relating to grievance to committee—No manage-

PUBLIC SERVICE—Continued

ment representative at meeting pursuant to Classification Grievance Procedure (CGP) guidelines—Only information received from management obtained by telephone from Mr. Kent who, at request of committee, answered several questions relating to job content after applicants making submissions—Substance of Mr. Kent's information not communicated to applicants—Applicants given neither opportunity to respond to evidence provided by Mr. Kent nor to present arguments relating to evidence or information—Committee recommending positions remain at PM-03 group and level—Deputy Head's nominee approving committee's recommendation—During review, committee lowering position's point total by 20 points based on information provided by Mr. Kent—Decision neither addressing nor referring to grievor's submissions, evidence concerning Ontario position nor providing any reasons why B.C./Yukon position should be classified at lower level—Ontario and B.C./Yukon job descriptions almost identical except that three additional duties imposed on B.C. employees—As present case administrative hearing, applicants only entitled to minimum level of fairness—(1) No case to be met herein—That management entitled to detail description of job, specifically recognized by Parliament by excluding classification grievances from adjudication procedures—Onus on applicants to prove classification wrong—Procedures provided by Treasury Board meeting requirements of fairness—Grievors given opportunity to be heard—No restriction on participation—Provided with all material from departmental classification committee—Management not permitted to argue for or against classification selected—Management only permitted to answer questions directed to it by committee—As not adversarial process, appropriate both grievors and management should answer questions in absence of other—Committee not noting responses to questions posed to management representative in its reasons as required by CGP—(2) Classification Standard stating objective of job evaluation to determine relative value of positions in each occupational group; relation of position being rated to positions above and below it in organization also studied—Possibly good reasons for distinction between Ontario and B.C./Yukon job descriptions, but nothing in evidence upon which such conclusion could be made—Patently unreasonable error and ignoring relevant evidence when committee clearly misapprehended grievors' position and stating grievors seeking reclassification of Ontario position—Without proper consideration of Ontario position, difficult to determine whether aims met—Patently unreasonable to say Ontario position not relevant when job descriptions same and same deputy head approving both classification standards—Principles of equality, consistency requiring two jobs whose job descriptions apparently same to be classified equally unless reasons for treating them differently—Grievors stating no material differences between two positions—To ignore Ontario position contrary to common law and policies of Treasury Board—Application allowed—Financial Administration Act,

PUBLIC SERVICE—Concluded

R.S.C., 1985, c. F-11, ss. 5(4), 7(1), 11(2)(c)—Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, ss. 7, 91, 92, 96(3).

CHONG v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-2490-94, McKeown J., order dated 30/11/95, 19 pp.)

TRADE MARKS**INFRINGEMENT**

Action for infringement of trade mark "Melo's" by defendant's trade mark "Borges"—Both marks used in association with ethnic foods intended particularly for consumers in the Portugese Canadian community, based in the greater Toronto area and also southwestern Ontario—Both use red, yellow and green, colours used in Portugese flag, and crest of Portugal or simulated crest of Portugal—Plaintiff alleging confusion and passing off and seeks expungement of defendant's mark and damages—Action dismissed—Both marks distinctive—Important differences: general shapes of two marks; name more prominent in plaintiff's mark, less so in defendant's—Applying the "general and not precise recollection" test formulated in *British Drug Houses Ltd. v. Battle Pharmaceuticals*, [1944] Ex.C.R. 239, defendant's mark not similar to and not closely resembling plaintiff's—Furthermore, plaintiff's claim to colours weak as many suppliers use trade marks incorporating national colours of particular communities—Two trade marks herein not closely resembling each other in appearance except in use of similar colours, but colours integral and incidental to combinations of elements distinctive from one another—No confusion, no infringement.

MELO'S FOOD CENTRE LTD. v. BORGES FOODS LTD. (T-916-89, MacKay J., judgment dated 27/9/95, 25 pp.)

REGISTRATION

Appeal from trial judgment, [1992] 1 F.C. D-38 (T.D.)—Contrary to Trial Judge's assumption, application for registration of trade mark not conforming to Trade-marks Act, s. 30(b) solely because applicant naming as predecessor in title person who used mark merely as licensee of one of named predecessors in title—Trade mark not lacking distinctiveness—Appeal allowed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-10, s. 30(b).

MOLSON BREWERIES v. PERNOD RICARD, S.A. (A-1214-91, Pratte J.A., judgment dated 23/11/95, 2 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

Application for judicial review of decision by Canada Employment and Immigration Commission (Commission)

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Continued

holding applicant not unemployed, retroactively interrupting payment of benefits—Applicant, formerly director of franchise sales for real estate company, receiving unemployment insurance benefits when holding employment as real estate agent for which paid commission, free to determine working hours—Applicant arguing should benefit from exception under Regulations, s. 43(2) that claimant not regarded as working full working week if employment so minor person would not normally count on it as principal means of livelihood—For purposes of Regulations, s. 43(2), determination of status of employee determining own working hours based on three following tests: (1) time spent by claimant on business; (2) nature of business as relates to claimant's ordinary occupation, trade; (3) efforts made by claimant to find employment during period—Real estate agent setting own working hours, paid on commission not thereby automatically excluded from exception in s. 43(2)—Commission erred in not applying analytical criteria to determine whether applicant so involved in work that would not ordinarily follow it as principal means of livelihood—Commission's decision based on erroneous interpretation of Regulations, s. 43(2), effect of which to automatically exclude from purview of Regulations employment such as held by applicant, regardless of time employee in fact devoted to employment—Although Regulations, s. 43(1) creates presumption someone engaged in employment in which sets own working hours not unemployed, wrong to interpret s. 43(2) as meaning employment of real estate agent necessarily or automatically excepted—Application allowed—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 43(2).

VEILLET V. CANADA (EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION) (A-58-94, Létourneau J.A., judgment dated 16/11/94, 6 pp.)

Respondent locked out by employer—Claiming unemployment insurance benefits—Benefit period established effec-

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded

tive July 29, 1990—On November 3, 1990 receiving cheque for outstanding vacation pay—Commission allocating amount to weeks of unemployment commencing October 28—Umpire reversing Board of Referees on ground vacation pay not to be so allocated because "payable" January 1, 1990—Unemployment Insurance Regulations, s. 58(8)(b)(i) providing "vacation pay shall, when it is paid, be allocated to a number of weeks that begins with the first week for which it is payable"—"Payable" referring to when vacation pay due to claimant in sense claimant in position at law to enforce payment—Not depending on when unpaid vacation pay requested if, as matter of law, becoming payable earlier—Vacation pay debt owing to respondent as of January 1, 1990—Whether payable on that date or subsequent date depending on terms of collective agreement—Collective agreement neither creating right in respondent to be paid vacation pay on January 1, 1990 nor imposing obligation on employer to pay it as of that date—Collective agreement entitling respondent to receive, and obliging employer to grant, vacation with pay in 1990—Vacation pay which is "payable" should not escape allocation simply because claimant not requesting payment, nor should it be allocated at time happened to request payment if "payable" previously—If vacation pay "payable" before lock-out commenced on account of respondent taking annual vacation in accordance with collective agreement, but for some personal reason not paid until November 1990, then should not be allocated to weeks commencing with week in which paid, but to weeks for which payable—As unclear whether respondent taking vacation prior to lock-out but not receiving vacation pay then due, application allowed—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 58(8) (as am. by SOR/89-550, s. 1).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. YANNELIS (A-496-94, Stone J.A., judgment dated 15/11/95, 10 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

ASSURANCE-CHÔMAGE

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission de l'Emploi et de l'Immigration du Canada (la Commission) a conclu que le requérant n'était pas en chômage et a interrompu rétroactivement le paiement des prestations—Le requérant, anciennement directeur des ventes de franchises pour une compagnie d'immobilier, recevait des prestations d'assurance-chômage alors qu'il occupait un emploi à titre d'agent immobilier pour lequel il était rémunéré à la commission et libre de déterminer ses heures de travail—Le requérant prétend bénéficier d'une exception prévue à l'art. 43(2) des Règlements selon laquelle un prestataire n'est pas censé travailler une semaine entière lorsqu'il consacre si peu de temps à l'emploi exercé qu'il ne saurait normalement compter sur cet emploi comme principal moyen de subsistance—Pour les fins de l'art. 43(2) des Règlements, la détermination du statut de l'employé qui fixe lui-même ses heures de travail se fait à la lumière des trois critères suivants: (1) le temps consacré par le prestataire à son entreprise; (2) la nature de l'entreprise relativement à la profession ou au métier habituel du prestataire; (3) les efforts déployés par le prestataire pour se trouver de l'emploi au cours de cette période—L'agent immobilier qui détermine lui-même ses heures de travail et qui est rémunéré à la commission n'est pas de ce seul fait exclu du bénéfice de l'exception prévue à l'art. 43(2)—La Commission a commis une erreur en n'ayant pas recours aux critères d'analyse pour déterminer si le requérant s'impliquait dans son emploi à un point qu'il saurait normalement compter sur cet emploi comme principal moyen de subsistance—La décision de la Commission repose sur une interprétation erronée de l'art. 43(2) du Règlement qui a pour effet d'exclure automatiquement du champ d'application de ce règlement des emplois comme celui exercé par le requérant, indépendamment du temps que le titulaire consacre effectivement à cet emploi—Bien que l'art. 43(2) du Règlement établit une présomption que la personne qui exerce un emploi où elle détermine elle-même ses heures de travail n'est pas en chômage, son interprétation ne saurait admettre que l'emploi d'agent immobilier en soit nécessairement ou

ASSURANCE-CHÔMAGE—Suite

automatiquement exclu—Demande accueillie—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., ch. 1576, art. 43(2).

VEILLET C. CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-58-94, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 16-11-94, 6 p.)

L'employeur de l'intimé a procédé au lock-out—Réclamation des prestations d'assurance-chômage—La période de prestations établie commence le 29 juillet 1990—Réception, le 3 novembre 1990, d'un chèque pour la paye de vacances impayée—La Commission a réparti la somme reçue sur les semaines de chômage commençant le 28 octobre—Le juge-arbitre a annulé la décision du conseil arbitral, invoquant le motif que la paye de vacances ne devait pas être ainsi répartie, parce qu'elle était «payable» le 1^{er} janvier 1990—L'art. 58(8)b(i) du Règlement sur l'assurance-chômage prévoit que «la paye de vacances, lorsqu'elle est payée, est répartie sur un nombre de semaines qui commence par la première semaine pour laquelle elle est payable»—Le mot «payable» renvoie au moment où la paye de vacances est due au prestataire en ce sens qu'il est en droit d'en faire exécuter le paiement—Ce moment ne dépend pas du moment où la paye de vacances impayée est demandée si, sur le plan juridique, elle est devenue payable antérieurement—La paye de vacances est une dette due à l'intimé à compter du 1^{er} janvier 1990—Qu'elle soit payable à cette date ou à une date ultérieure dépend des conditions de la convention collective—La convention collective ne crée pas pour l'intimé le droit de se faire verser la paye de vacances le 1^{er} janvier 1990, ni n'impose à l'employeur l'obligation de la verser à cette date—La convention collective permet à l'intimé de recevoir, et oblige l'employeur à accorder, un congé payé en 1990—La paye de vacances qui est «payable» ne devrait pas échapper à la répartition simplement parce qu'un prestataire n'en a pas demandé le versement; elle ne devrait pas non plus être répartie au moment où il s'est trouvé qu'il en a demandé le versement si elle était «payable» auparavant—Si la paye de vacances était «payable»

ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin

ble» à l'intimé avant le commencement du lock-out en raison de ce qu'il a pris des vacances conformément à la convention collective mais que, pour des raisons personnelles, on ne lui ait pas versé sa paye de vacances avant novembre 1990, elle ne devrait pas alors être répartie sur les semaines commençant par celle dans laquelle elle a été versée, mais sur les semaines pour lesquelles elle était payable—Puisqu'on ne sait pas si l'intimé a pris des vacances antérieurement au lock-out mais n'a pas reçu la paye de vacances qui lui était due, la demande est accueillie—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., ch. 1576, art. 58(8) (mod. par DORS/89-550, art. 1).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. YANNELIS (A-496-94, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 15-11-95, 12 p.)

BREVETS**CONTREFAÇON**

Demande d'ordonnance interdisant au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de délivrer un avis de conformité à l'égard du médicament astémizole avant l'expiration du brevet canadien 1,140,119 (Hismanal)—Apotex se procurait l'astémizole chez Medichem Inc., titulaire d'une licence obligatoire à l'égard de l'astémizole, et fabriquait des comprimés d'astémizole à partir de la matière en vrac—Les questions en litige sont les suivantes: l'énoncé détaillé fourni par Apotex est-il insuffisant? Apotex peut-elle invoquer la licence obligatoire accordée à Medichem? L'accord conclu entre Apotex et Medichem constituait-il un mandat irrégulier?—La demande est accueillie et l'ordonnance d'interdiction est rendue—(1) Compte tenu de la preuve dans son ensemble, l'énoncé détaillé n'est pas insuffisant—(2) L'accord conclu entre Medichem et Apotex n'était pas destiné à être une sous-licence, mais un contrat d'approvisionnement: *Eli Lilly and Co. et al. c. Novopharm Ltd. et al.* (1995), 60 C.P.R. (3d) 181 (C.F. 1^{re} inst.); cependant, l'accord conclu entre Apotex et Medichem constituerait une contrefaçon: *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.* (1995), 60 C.P.R. (3d) 206 (C.F. 1^{re} inst.); *Merck and Co. Inc. et al. c. Apotex Inc.* (1994), 59 C.P.R. (3d) 133 (C.F. 1^{re} inst.)—(3) Puisque la Cour a conclu que les activités d'Apotex constitueraient une contrefaçon du brevet des requérantes, il serait répétitif de traiter essentiellement le même moyen sur la question du mandat.

JANSSEN PHARMACEUTICA INC. C. APOTEX INC. (T-1452-93, juge Cullen, ordonnance en date du 5-10-95, 12 p.)

Action visant à obtenir un jugement déclaratoire confirmant la validité et la contrefaçon d'un implant cochléaire—La demanderesse soutient qu'à la suite d'une cession, elle

BREVETS—Suite

est titulaire du droit exclusif de fabriquer, d'exploiter et de vendre l'implant cochléaire—Elle allègue qu'un implant cochléaire analogue mis au point par la défenderesse porte atteinte aux revendications pertinentes—Renvoi à l'affaire *Hi-Qual Manufacturing Ltd. et al. c. Rea's Welding & Steel Supplies Ltd.* (1994), 74 F.T.R. 99 (C.F. 1^{re} inst.), pour les principes directeurs applicables à l'interprétation correcte des brevets—Les principes généraux applicables à la validité des brevets sont les suivants: (1) L'invention ne doit pas se heurter à un autre brevet ou publication «antérieurs» qui permettraient de conclure qu'elle ne satisfait pas au critère de nouveauté en vertu de la loi—(2) L'invention doit être exploitable et avoir une certaine valeur commerciale—(3) Elle doit entrer dans une catégorie admise parce que tous les objets ne sont pas brevetables—(4) Elle doit avoir fait l'objet d'une activité inventive (la question de fait concerne les progrès réalisés dans l'art tandis que celle du degré suppose que les progrès ne sont pas «évidents» et ne constituent pas un «simple perfectionnement»)—(5) Présomption légale de validité que prévoit l'art. 45 de la Loi sur les marques de commerce—(1) La défenderesse a soutenu que l'invention ne satisfaisait pas à l'exigence de nouveauté, car elle se heurtait à une antériorité—Elle invoque à cette fin le brevet américain—Le brevet américain ne comprenait pas tous les éléments des revendications en cause—Même s'il est vrai que le brevet peut, dans une certaine mesure, être pertinent dans le domaine des prothèses stimulatrices de tissus, la lecture du brevet américain ne permettait pas à une personne versée dans l'art de produire l'invention revendiquée sans faire preuve d'un certain esprit créateur—(2) Vu le succès de l'implant cochléaire, on ne pouvait guère douter de son utilité—(3) Une prothèse cochléaire est un objet brevetable au sens de la Loi sur les brevets—(4) En général, la validité d'un brevet sera confirmée s'il existe «une simple parcelle d'invention»—La date cruciale est celle de l'invention—C'est la norme du technicien versé dans son art mais dénué d'imagination dont se sert la Cour pour déterminer la validité du brevet en ce qui a trait à l'évidence—Un critère objectif est appliqué pour établir si celui-ci aurait pu connaître la technique antérieure—Il faut qu'il ait été facile d'arriver directement à l'invention—On peut également tenir compte du succès commercial de l'invention, du besoin longtemps ressenti, des tentatives d'autres personnes de solutionner le problème et des progrès réalisés à la même époque par d'autres personnes—La simplification de l'appareil ou le perfectionnement des méthodes utilisées peuvent également posséder l'activité inventive requise—Même si la plupart des éléments revendiqués dans le brevet étaient connus à l'époque de l'invention, leur combinaison constituait une nouveauté au sens de la Loi—Vu la présomption de validité, le brevet satisfaisait aux critères établis par la jurisprudence et la défenderesse n'a pas prouvé son invalidité suivant la prépondérance des probabilités—Le brevet n'était pas évident pour une personne versée dans l'art à l'époque de la fabrication de

BREVETS—Fin

l'invention—La contrefaçon est une question mixte de fait et de droit—La question de fait concerne ce qu'a fait l'auteur allégué de la contrefaçon tandis que la détermination de la nature exacte de l'invention brevetée et l'interprétation des revendications constituent une question de droit—L'interprétation utilitaire des brevets qui a été élaborée dans *Catnic Components Ltd. v. Hill and Smith Ltd.*, [1981] F.S.R. 60 (H.L.), a été adoptée au Canada—La question qui se pose est de savoir si une personne ayant des connaissances et une expérience pratiques dans le domaine dans lequel l'invention est censée être employée conclurait que le breveté a voulu poser comme exigence fondamentale qu'on suive à la lettre telle phrase ou tel mot figurant dans une revendication, de sorte que toute variante échapperait au monopole revendiqué, même si elle ne pouvait avoir aucune incidence importante sur le fonctionnement de l'invention—La Cour tente simplement de vérifier l'«intention» de l'inventeur—Lorsqu'un inventeur soutient qu'un élément particulier de son invention est nécessaire, si cet élément est différent dans des inventions ultérieures, il n'y a aucune contrefaçon peu importe que cet élément soit vraiment nécessaire, étant donné que l'inventeur doit s'en tenir aux revendications de son brevet—L'affaire *AT & T Technologies Inc. v. Mitel Corp.* (1989), 28 F.T.R. 241 (C.F. 1^{re} inst.), fournit une bonne analyse des principes directeurs applicables—Dans *Patents: A Canadian Compendium of Law and Practice*, Edmonton, Juriliber, 1993, G. F. Takach a ramené la jurisprudence à trois questions reposant sur la méthode formulée dans l'affaire *Catnic*—L'appareil de la défenderesse, dans son fonctionnement normal, a pour effet pratique de contrefaire le brevet de la demanderesse étant donné que l'essence et la substance de l'invention décrite font l'objet d'une appropriation—Il n'était pas justifié d'accorder des dommages-intérêts et aucune demande à cet effet n'a été présentée étant donné que la défenderesse en était encore au stade expérimental et de recherche dans la mise au point de son appareil—L'appareil de la défenderesse qui en est au stade expérimental et de recherche est protégé contre les injonctions de faire absolue—Il est justifié d'accorder une injonction préventive qui n'empêcherait pas le développement de l'invention, mais qui évitera que la question opposant les parties fasse l'objet d'un nouveau litige et de nouveaux débats—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4.

COCHLEAR CORP. C. COSEM NEUROSTIM LTÉE
(T-2728-93, juge Joyal, jugement en date du 13-10-95,
53 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**EXCLUSION ET RENVOI**

Demande de contrôle judiciaire visant à l'annulation de la décision et de la mesure d'interdiction de séjour prises par

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

l'arbitre de l'immigration—L'arbitre a conclu que la requérante, une aide familiale résidante, avait occupé un emploi qui contrevenait à son autorisation d'emploi—L'employeur a demandé à la requérante d'aider à faire le ménage au magasin de l'entreprise familiale—Les questions en litige étaient de savoir si la conclusion de l'arbitre de l'immigration selon laquelle la requérante avait occupé un emploi non autorisé au Canada en contravention de son autorisation d'emploi constituait une erreur de droit, et si en tirant cette conclusion, l'arbitre avait omis d'observer un principe de justice naturelle—Suivant l'arrêt *Georgas c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1979] 1 C.F. 349 (C.A.), la définition d'«emploi» de l'art. 2 de la Loi sur l'immigration ne doit pas être prise dans un sens étroit, technique ou strict; mais il faut plutôt tenir compte de la nature de l'emploi ainsi que des circonstances dans lesquelles on l'exerce, sans égard à la relation entre les parties—En l'espèce, la requérante se sentait obligée de se soumettre aux exigences raisonnables de son employeur quant au nettoyage du magasin familial, n'a reçu aucune rémunération ou avantage supplémentaires et ignorait son droit de refuser d'exécuter le travail non autorisé—Il y avait une question plus grave encore, celle de savoir si un domestique forcé ou contraint d'exécuter des fonctions pour son employeur peut vraiment être considéré être employé en cette qualité—Par ailleurs, si l'arbitre avait l'intention d'adopter une interprétation étroite et technique de ce qui constitue un emploi, alors les principes d'équité énoncés dans l'arrêt de la C.A.F. *Muliadi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 2 C.F. 205, s'appliquent et le ministère de l'Immigration avait le devoir, dès qu'il a été au courant de ce qu'il considérait être une conduite non autorisée, d'en informer la requérante et de lui accorder l'occasion de corriger la conduite reprochée—Le programme d'aide familial résidant a pour but de faciliter l'obtention du statut de résident permanent par les travailleurs domestiques étrangers et il appartient au ministère de l'Immigration d'adopter une approche flexible et constructive dans ses relations avec les participants au programme—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2.

BERNARDEZ C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-357-94, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance du 28-9-95, 7 p.)

Personnes non admissibles

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a accueilli l'appel interjeté contre le refus d'approuver une demande de droit d'établissement parrainée d'un fils «adoptif»—La mère naturelle a physiquement remis l'enfant, en la présence et avec le consentement du père naturel, à l'épouse de l'intimé, en la présence et avec le consentement

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

de ce dernier; par la suite, ils ont obtenu un acte d'adoption indiquant que l'enfant avait été donné en adoption—L'enfant a continué à vivre en Inde tandis que l'intimé et son épouse sont revenus au Canada—La demande de résidence permanente a été rejetée pour le motif que l'enfant n'appartenait pas à la catégorie des parents prévue à l'art. 4(1)b) du Règlement sur l'immigration de 1978—L'enfant a-t-il été adopté conformément aux dispositions de la Hindu Adoptions and Maintenance Act 1956 (HAMA)?—L'adoption a-t-elle créé un lien de filiation au sens où l'entend la définition d'«adoption» à l'art. 2(1) du Règlement?—L'adoption est une question de statut qui, en règle générale, est déterminée par le droit du lieu où l'adoption a lieu—Aux termes de l'art. 9(2) de la HAMA, le père a le droit exclusif de donner un enfant en adoption—Le requérant soutient que l'adoption est nulle parce que «donner» signifie donner physiquement—Sur le fondement du dossier, la Cour n'est pas en mesure de déterminer si, en vertu du droit hindou, il s'agit d'une adoption valide, ou si une erreur de droit a été commise—Le contenu du droit étranger est une question de fait—L'application du droit étranger est une question de droit—L'application du droit étranger aux faits tels qu'ils ont été constatés par la section d'appel ne justifie pas l'intervention—La section d'appel a commis une erreur en omettant d'apprécier les circonstances factuelles entourant l'adoption—En concluant qu'une adoption valide suivant le droit étranger entraîne la création d'un lien de filiation, la section d'appel ne peut avoir considéré l'arrêt *Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 37 (C.A.)—Un lien de filiation n'est pas établi automatiquement dès lors qu'il est satisfait aux exigences d'une adoption en pays étranger—L'art. 2(1) doit aussi être examiné—S'il est douteux, étant donné les faits, que le lien de filiation requis ait été établi, il s'agit d'une décision qui relève de la section d'appel—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2(1) (mod. par DORS/93-44, art. 1), 4(1)b) (mod. par DORS/92-101, art. 2; 93-44, art. 4)—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(2)d).

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. SHARMA (IMM-453-95, juge Wetston, ordonnance en date du 28-8-95, 5 p.)

Renvoi de résidents permanents

Requête en injonction interlocutoire suspendant l'exécution d'une mesure d'expulsion prise contre le demandeur-requérant en attendant qu'il soit statué sur l'action intentée contre le ministre—Le requérant, né en Norvège d'une mère canadienne, a obtenu le statut de résident permanent—Par suite d'une série de condamnations, une enquête a établi que le requérant n'était pas citoyen canadien et qu'il était une personne visée à l'art. 27(1)d)(i) de la Loi sur l'immigration—Au début de l'enquête, le requérant a prétendu être

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

citoyen canadien—L'arbitre a pris une mesure d'expulsion; la section d'appel a rejeté l'appel formé contre la décision de l'arbitre—Dans *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1994] 1 C.F. 250, la Cour d'appel fédérale a statué que les dispositions de la Loi sur la citoyenneté n'étaient pas discriminatoires à l'égard d'enfants nés de femmes canadiennes mariées, et la Cour suprême est actuellement saisie du pourvoi contre cette décision—Le requérant a saisi la Cour fédérale d'une action en revendication du statut de citoyen canadien en application de l'art. 3(1)e) de la Loi sur la citoyenneté, à la lumière de la Loi constitutionnelle et de la Charte—Critère à trois volets concernant le sursis d'exécution d'une mesure d'expulsion: 1) question sérieuse; 2) préjudice irréparable et 3) prépondérance des inconvénients—Puisque le point litigieux portant sur la citoyenneté est identique dans le cas de *Benner* et du requérant, la condition de l'existence d'une cause défendable est remplie—Le préjudice irréparable exige d'examiner trois éléments: 1) type de préjudice; 2) niveau du risque et 3) la question de savoir si le préjudice peut être réparé au moyen de dommages-intérêts—L'espèce se distingue, quant aux faits, de l'affaire *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, où il a été décidé qu'il y avait préjudice irréparable lorsqu'il existait une question relative à la Charte—Pour le moment, et jusqu'à ce que la Cour suprême ait annulé la décision *Benner*, le requérant n'est pas citoyen canadien et ne saurait être privé d'aucun droit fondamental d'un citoyen canadien—Le requérant ne subit aucun préjudice irréparable s'il est expulsé vers la Norvège lors même qu'il 1) serait privé du soutien considérable provenant d'un réseau d'amis et de sa famille établis au Canada pour l'aider dans sa réhabilitation; 2) serait jeté dans un milieu étranger; 3) serait séparé de son amie 4) perdrait la possibilité de faire réviser son cas par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), art. 27(1)d)(i) (mod. par L.C. 1992, ch. 47, art. 78; *idem*, ch. 49, art. 16)—Loi sur la citoyenneté canadienne, S.R.C. 1970, ch. C-19, art. 3(1)e)—Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].

SANNES C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1008-95, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 26-6-95, 14 p.)

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Appel rejeté au motif que l'appelant ne satisfaisait par à la condition de résidence énoncée à l'art. 5(1)e) de la Loi sur la citoyenneté—Le reste de la décision était une opinion incidente car la modification de l'avis d'appel en vuc

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

d'inclure un nouveau motif a été refusée—Selon l'appelant, la décision du juge de la citoyenneté était frappée de nullité parce qu'elle avait été rendue en dehors du délai de 60 jours prescrit à l'art. 14(1) de la Loi sur l'immigration—Il a fait valoir aussi que la suspension de l'examen de la demande avait été obtenue irrégulièrement par la Cour de la citoyenneté et ne justifiait pas une prolongation du délai de 60 jours—Le Directeur de la Cour de la citoyenneté canadienne a indiqué au ministère du Multiculturalisme et de la Citoyenneté qu'une suspension était demandée en vertu de l'art. 17 «afin de donner [à l'appelant] le temps voulu pour fournir les documents demandés au justifier sa demande», et ce, même si ni l'appelant ni son avocat n'avaient fait une telle requête—L'avocat a indiqué que certains juges de la citoyenneté négligent souvent d'observer le délai de 60 jours—Le directeur de la Cour de la citoyenneté a agi de façon irrégulière en cherchant à obtenir, pour le compte du juge, une suspension en vertu de l'art. 17—Les dispositions des art. 14 et 17 de la Loi doivent être observées scrupuleusement—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 14 (mod. par L.C. (1992), ch. 49, art. 8), 17 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 7; L.C. (1992), ch. 49, art. 10).

CHEUNG (RE) (T-789-94, juge McGillis, jugement en date du 3-8-95, 3 p.)

Droits des enfants nés de parents expulsés—Demande de contrôle judiciaire d'une mesure d'expulsion conditionnelle prise par l'arbitre en juin 1994 contre le requérant parce que ce dernier appartenait à une catégorie non admissible—Le requérant, citoyen algérien, est venu au Canada en 1989, a épousé une citoyenne canadienne en août 1989, et a eu deux enfants—Rupture du mariage et retrait par sa femme du parrainage—Déclaré coupable de trois infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire reliées aux rapports difficiles du requérant avec sa femme—Demande rejetée—Bien que les condamnations soient reliées, on ne saurait les considérer comme découlant des mêmes faits—L'arbitre n'a pas omis d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour prendre une mesure d'interdiction de séjour conditionnelle plutôt qu'une mesure d'expulsion conditionnelle—Examen approfondi des circonstances—L'arbitre, en menant et en terminant une enquête sans entendre des observations indépendantes faites pour le compte des enfants n'a pas violé leur droit à la vie, à la liberté et à la sécurité qu'ils tiennent de l'art. 7 de la Charte—Les droits à la vie et à la liberté ne sont certainement pas en question—Le droit à la sécurité n'est pas menacé malgré la perte des soins et de l'attention du père: *Langner c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 469 (C.A.) (QL)—Question certifiée: Lorsque l'un des parents, qui vivent séparés, d'enfants canadiens fait face à une enquête qui peut entraîner l'expulsion de ce parent et, par conséquent, la perte d'un soutien

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

affectif, financier et autre de la part de ce dernier, ces enfants ont-ils le droit d'être représentés indépendamment à ces procédures?

ALOUACHE C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3397-94, juge Gibson, ordonnance en date du 11-10-95, 10 p.)

Des requérants, citoyens vietnamiens, vivent dans un camp de réfugiés à Hong Kong, s'étant enfuis de leur pays en 1989—Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agent des visas a rejeté la demande de résidence permanente présentée en tant que membre de la catégorie désignée d'Indochinois—Demande accueillie—Le requérant n'a pu se préparer raisonnablement à l'entrevue puisqu'on ne lui a pas donné un avis raisonnable, ce qui constitue une violation de l'obligation d'agir équitablement—Le fait que le requérant a eu la possibilité de présenter ultérieurement des documents écrits ne remédie pas au vice—De plus, l'agent des visas a exercé son pouvoir discrétionnaire pour des raisons qui n'étaient pas liées aux objectifs pour lesquels le pouvoir discrétionnaire en matière de considérations humanitaires est accordé—L'agent des visas a eu tort de comparer les facteurs humanitaires applicables à l'espèce avec ceux applicables au cas des vingt-deux mille autres personnes se trouvant dans des camps semblables, puisque la comparaison n'était pas pertinente.

NGUYEN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3538-94, juge Gibson, ordonnance en date du 6-10-95, 11 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision dans laquelle la SSR a conclu que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le requérant, citoyen de la République populaire de Chine, est arrivé au Canada en 1993—Il prétend avoir raison de craindre d'être persécuté en raison de ses opinions politiques et de son appartenance à un groupe social—La femme du requérant a été forcée de se faire avorter au stade avancé de la grossesse, puisque l'enfant aurait été le troisième du couple—Le requérant s'est vu imposer une grosse amende—Il a été détenu et battu parce qu'il s'est plaint de l'application sélective de la politique de l'enfant unique—En mai 1989, il a participé à un mouvement en faveur de la démocratie—Il a été arrêté par la police—Il s'est évadé—La décision de la SSR reposait principalement sur la question de la crédibilité—Demande rejetée—Question préliminaire: Le requérant a sollicité la révision de la question de la crédibilité en demandant que la bande sonore de l'audition soit considérée comme faisant partie du dossier—Rejet rejetée—Les documents écrits dont la cour dispose ainsi que les arguments des avocats suffisent à lui permettre de statuer effectivement sur la demande de contrôle judiciaire—Il s'agit toutefois d'une question grave de portée générale—La SSR n'a pas eu tort de s'appuyer

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

comme elle l'a fait sur la preuve documentaire (article de magazine) produite au nom de l'intimé—Compte tenu de la preuve, il était raisonnablement loisible à la SSR de conclure comme elle l'a fait relativement au traitement connu par le requérant par suite de son arrestation pour violation de la politique de l'enfant unique—L'interrogatoire du requérant par l'agent d'audience n'a pas violé l'obligation d'agir équitablement—La SSR pouvait raisonnablement conclure comme elle l'a fait relativement à la crédibilité du requérant—Certification de la question suivante: Les enregistrements sonores des audiences de détermination du statut de réfugié constituent-ils une partie du dossier, de telle sorte qu'on doive les examiner à l'occasion du contrôle judiciaire, lorsqu'ils peuvent révéler des éléments de preuve ou des renseignements pertinents, telles les caractéristiques particulières du comportement du témoin, qu'on ne saurait pas ailleurs discerner des autres éléments du dossier?

CHEN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3945-94, juge Gibson, ordonnance en date du 5-10-95, 12 p.)

Demande d'annulation de la décision de l'intimé de ne pas traiter la demande du requérant (ressortissant de la Sierra Leone) en vue d'obtenir le statut de résident permanent—Également demande de *certiorari* annulant l'ordonnance d'expulsion—Il avait été avisé que la demande de résidence permanente pour raisons humanitaires avait été approuvée en principe et avait obtenu un décret de dispensant d'obtenir un visa et un passeport—Puis accusé et déclaré coupable d'agression et d'agression sexuelle contre sa femme—Depuis la condamnation, l'intimé a refusé de traiter la demande de résidence permanente—Enquête en vertu de l'art. 27 pour déterminer si le requérant devait être expulsé—Requérant reconnu membre d'une catégorie inadmissible aux termes de l'art. 19—Ordonnance conditionnelle d'expulsion—Demande accueillie et *certiorari* accordé—Ayant rendu une décision favorable et définitive sur le fond de la demande du requérant, la Commission ne peut par la suite reconsidérer sa décision de donner suite au traitement de la demande de résidence permanente—La décision de la section d'arbitrage à l'égard de l'expulsion du requérant doit donc elle aussi être annulée au motif qu'il y a eu enquête en vertu de l'art. 27(2)a au lieu de l'art. 27(1) de la Loi sur l'immigration—Également *mandamus* exigeant que l'intimé produise les documents utiles attestant le statut de résident permanent du requérant—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11), 27(1) (mod., *idem*, art. 16), (2) (mod., *idem*).

TIMBO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4628-94, IMM-4629-94, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 27-11-95, 5 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Frais et dépens—Revendication du statut de réfugié—Un agent principal a rejeté la revendication du statut de réfugié après avoir erronément conclu que les requérants étaient des réfugiés au sens de la Convention, avaient été reconnus comme tels par le Guatemala et pouvaient y retourner sans danger—L'agent et le ministre ont reconnu l'erreur, mais ils ont informé le requérant que le problème ne pouvait être corrigé puisqu'il n'existait aucun mécanisme de révision de la décision—Le requérant a présenté une demande d'autorisation d'intenter une action en contrôle judiciaire et une demande de prorogation du délai—Le ministre s'est opposé à la demande, et a tenté de renvoyer les requérants du Canada avant qu'il ait été statué sur la demande d'autorisation—Demandes accueillies—Il existe des raisons particulières pour adjuger les dépens en application des Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration: *Bell c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 82 F.T.R. 276 (C.F. 1^{re} inst.); *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Ermeyev et al.* (1994), 83 F.T.R. 158 (C.F. 1^{re} inst.); *Nicolae c. Canada (Secrétaire d'État)* (1995), 90 F.T.R. 280 (C.F. 1^{re} inst.); *Friends of the Islands Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics) et al.* (1995), 89 F.T.R. 220 (C.F. 1^{re} inst.)—La cause des requérants n'était pas futile ou mal fondée—Les dépens sont adjugés sur la base entre parties relativement à la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire ainsi qu'aux procédures concernant le sursis d'exécution de la mesure de renvoi—Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration, DORS/89-26.

AYALA-BARRIERE C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5143-94, juge Wetston, ordonnance en date du 2-10-95, 7 p.)

STATUT AU CANADA

Citoyens

Appel interjeté contre la décision du juge de la Cour de la citoyenneté rejetant la demande de citoyenneté de l'appelant au motif que celui-ci était sous le coup d'une ordonnance de probation (trois ans) après avoir été déclaré coupable d'agression sexuelle à deux reprises, la période de probation pouvant être ramenée à 18 mois sur recommandation de l'agent de probation—18 mois se sont écoulés, et il n'y a pas eu de recommandation dans ce sens—L'appelant est donc toujours en probation au moment de la décision du juge de la Cour de la citoyenneté—Appel accueilli—Comme l'audition de l'appel constitue un nouveau procès, et bien que la décision du juge de la Cour de la citoyenneté soit correcte, au moment de l'audition du présent appel, les motifs du juge (l'appelant était alors en probation) n'ont plus cours car l'appelant n'est plus en probation et il remplit tous les critères requis pour une demande de citoyenneté.

TOHME (RE) (T-275-94, juge MacKay, jugement en date du 1-12-95, 6 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Réfugiés au sens de la Convention

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la section du statut de réfugié qui a conclu que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Celui-ci est un citoyen algérien qui est arrivé au Canada en août 1989 et a aussitôt réclamé le statut de réfugié—Les membres du panel ont conclu que le revendicateur n'était pas crédible et que la preuve au soutien de sa revendication était insuffisante—Le requérant craint de retourner en Algérie au motif que le Front Islamique du Salut (FIS) va tenter de le tuer et que le gouvernement de l'Algérie n'est pas en mesure de le protéger—Il a aussi invoqué la persécution qu'il avait subie avant son départ de l'Algérie en 1989—Il a soutenu que la présence de M. Desmarais à titre de commissaire a donné naissance à une crainte raisonnable de partialité puisque ce dernier avait également siégé comme commissaire lors de l'audition de la première revendication du statut de réfugié—Cet argument est mal fondé—La présence de M. Desmarais comme membre du panel qui a entendu la première revendication du requérant a été soulevée lors de l'audition du 28 février 1994—Le procureur du requérant n'a jamais demandé à M. Desmarais de se récuser—Si le requérant avait une crainte de partialité, il aurait dû la soulever lors de l'audition du 28 février 1994—Il est maintenant trop tard pour soulever cette question—La Cour ne devrait intervenir que dans la mesure où les inférences tirées par le Tribunal étaient déraisonnables—Compte tenu de la preuve devant le Tribunal, ses conclusions n'étaient nullement déraisonnables—Demande rejetée.

ZAROUD C. CANADA (SECRÉTAIRE D'ÉTAT)
(IMM-3029-94, juge Nadon, ordonnance en date du
21-9-95, 7 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision négative de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (le Tribunal)—Le revendicateur est un citoyen de l'Afghanistan qui a débuté sa carrière comme policier et ensuite comme directeur de prison à Kaboul—En mai 1979, il a été arrêté, détenu et emprisonné par les moudjahidin pour trahison—Au mois d'avril 1980, il a été nommé «agent d'investigation» auprès du commandement général de la police à Kaboul—Au mois de mars 1990, il a été arrêté et soupçonné d'avoir participé à une tentative de coup d'État—Il a quitté son pays pour le Pakistan en septembre 1991—Il est arrivé au Canada au mois de mars 1992 et il a réclamé le statut de réfugié—Le Tribunal a conclu que, compte tenu de son passé et de la détermination des moudjahidin à se venger, il y avait risque de persécution si le revendicateur devait retourner en Afghanistan—Il a ajouté que le revendicateur, à titre d'agent d'investigation, collaborait avec le régime en place pour recruter de force des jeunes gens de 14 ans—Le Tribunal a conclu que le revendicateur était une personne dont il y avait de sérieuses raisons de croire qu'elle avait commis un

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

crime contre l'humanité ou qu'elle s'était rendue coupable d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies—Il s'agit de savoir si le Tribunal a erré en concluant que le revendicateur devait être exclu de la définition de «réfugié au sens de la Convention»—Pour qu'une personne soit exclue, en vertu de l'article premier de la Convention, le ministre n'a pas à démontrer que cette personne a été condamnée ou accusée d'un crime—Il suffit pour le ministre d'établir qu'il existe «des raisons sérieuses de penser» que la personne en question a commis le crime—Le fardeau de preuve imposé au ministre est moindre que celui de la prépondérance de la preuve—La détermination des actes commis par le revendicateur, à titre de directeur de prison et d'agent d'investigation, en est une de fait à laquelle la norme de preuve à appliquer est celle visée par l'expression «sérieuses raisons de penser»—La complicité et la collaboration du revendicateur sont telles qu'il doit être tenu responsable de la torture des prisonniers et du recrutement forcé d'enfants et d'adolescents—Le revendicateur, à titre de directeur adjoint et de directeur de la prison centrale, avait ou devait avoir pleine connaissance des crimes commis contre les prisonniers de la prison centrale—La preuve au dossier justifie la conclusion selon laquelle le revendicateur devait être tenu responsable des sévices subis par les prisonniers de la prison centrale—Celui-ci a occupé le poste d'agent d'investigation pendant huit ans et il n'a jamais tenté de se dissocier des actes commis par le régime qu'il devait servir—Les actes et les omissions reprochés au revendicateur par le Tribunal constituent des crimes contre l'humanité et/ou des agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies—Demande rejetée—Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1.

MOHAMMAD C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4227-94, juge Nadon, ordonnance en date du 25-10-95, 17 p.)

Contrôle judiciaire de la décision de la formation selon laquelle l'intimée est une réfugiée au sens de la Convention et n'était pas exclue de l'application de la Convention sur le statut de réfugié en vertu de l'art. 1E de la Convention—L'intimée, citoyenne de la Somalie, a obtenu de l'Italie un permis de séjour pour étranger (le permis) lui donnant l'autorisation de rester en Italie mais seulement durant la guerre en Somalie—L'intimée a, par la suite, demandé et obtenu au Canada le statut de réfugié au sens de la Convention fondé sur la crainte d'être persécutée en Somalie en raison de son appartenance à sa tribu—La formation a jugé que la revendication de l'intimée n'était pas inextricablement liée à la guerre ni que celle-ci en constituait une condition préalable—Comme le permis n'accordait à l'intimée que le droit de rester en Italie pendant la guerre, celle-ci pouvait être forcée de quitter l'Italie pour la Soma-

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

lie, même si elle éprouvait une crainte fondée d'être persécutée—L'absence d'un droit de rester en Italie est particulièrement importante en l'espèce parce que la crainte de persécution de l'intimée n'était pas liée à la guerre—Bien que l'art. 1E de la Convention n'exige pas qu'on accorde à la requérante des droits identiques à tous égards à ceux des citoyens du pays où elle séjourne, un important droit comme le droit de rester dans un pays en l'absence de circonstances extraordinaires, notamment une condamnation pénale, doit être accordé—Demande rejetée—La question, certifiée à l'intention de la Cour, est de savoir si le statut de l'intimée d'après le permis suffit à entraîner l'application de l'art. 1E de la Convention de manière à exclure l'intimée—Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T.Can. n° 6, art. 1E.

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. MOHAMUD (IMM-4899-94, juge Rothstein, ordonnance en date du 15-5-95, 3 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section du statut de réfugié selon laquelle le requérant n'est pas un réfugié au sens de la Convention—Le requérant est né dans un camp de réfugiés palestiniens en Jordanie—Il est devenu membre de l'Organisation pour la libération de la Palestine (OLP)—Il a fui Chypre en 1989 et il est arrivé au Canada le 2 mars 1990—Il a alors revendiqué le statut de réfugié disant craindre la persécution en raison de sa religion catholique et de son appartenance à un groupe social particulier en tant qu'apatride palestinien—La section du statut a jugé que la Jordanie avait été le seul pays où le requérant avait habituellement résidé jusqu'en 1981 et que celui-ci n'avait apporté aucune preuve du risque de persécution qu'il pourrait encourir en Jordanie—En introduisant la notion de résidence habituelle, la Loi sur l'immigration accorde un statut spécial à un apatride qui prétend être un réfugié au sens de la Convention—La détermination de ce que constitue une résidence habituelle est une question de fait et non de droit—La définition de réfugié au sens de la Convention n'exclut pas la possibilité d'avoir plus d'une résidence habituelle—Pour qu'un apatride soit un réfugié, il doit être en dehors du pays dans lequel il avait sa résidence habituelle et ce, pour l'un des motifs énumérés dans la définition de réfugié au sens de la Convention—Le Tribunal a eu raison de considérer la Jordanie comme étant le seul pays de résidence habituelle du requérant—Il a cependant négligé de tenir compte de la preuve documentaire et du témoignage du requérant quant au risque de persécution que celui-ci pourrait courir s'il devait retourner en Jordanie—Il a également commis une erreur en imposant au requérant la fardeau de prouver que les autorités jordaniennes ne pouvaient ou ne voulaient le protéger—Demande accueillie.

TARAKHAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1506-95, juge Denault, ordonnance en date du 10-11-95, 7 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Résidents permanents

Contrôle judiciaire du rejet de la demande de statut de résident permanent—La requérante, une Roumaine, cherche à entrer au Canada en qualité d'immigrante indépendante—Bien que cette dernière ait obtenu le nombre de points minimal nécessaire pour être acceptée en qualité d'immigrante indépendante (70), l'agent des visas a exercé de façon défavorable à la requérante le pouvoir discrétionnaire que lui accorde l'art. 11(3) du Règlement sur l'immigration de 1978, et il a recommandé le rejet de la requérante—L'agent des visas estimait que les points d'appréciation de la requérante ne reflétaient pas avec justesse sa capacité de s'établir au Canada, car elle demandait le droit d'établissement dans un domaine d'études hautement spécialisé et peu en demande (traduction de documents scientifiques)—L'agent des visas a en outre conclu que la requérante n'avait ni l'esprit d'initiative ni la motivation nécessaires pour s'établir dans la carrière de son choix—L'art. 11(3) du Règlement permet à l'agent des visas de refuser de délivrer un visa d'immigrant à l'immigrant qui obtient le nombre de points d'appréciation requis 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 de s'établir avec succès au Canada—Étant donné que les critères de sélection avaient une connotation économique, le pouvoir discrétionnaire de l'agent des visas devait s'exercer dans la même «optique d'autonomie financière»: *Chen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 3 C.F. 350 (1^{re} inst.), juge Strayer, conf. par [1995] 1 R.C.S. 725—L'agent des visas a correctement exercé son pouvoir discrétionnaire pourvu qu'il ait eu de bonnes raisons de croire que la requérante pourrait difficilement gagner sa vie au Canada—Bien qu'on ne lui ait refusé des points dans aucune catégorie, la requérante s'est mérité des points inférieurs à la moyenne au chef des qualités personnelles et de la demande dans la profession—L'agent des visas doit posséder un certain pouvoir discrétionnaire de décider que, pour un ensemble de raisons, un requérant n'arriverait pas à l'autonomie financière au Canada—Pour ce qui est de l'allégation voulant que l'agent des visas ait manqué à son obligation d'équité en ne donnant pas à la requérante la possibilité de dissiper son impression défavorable, une distinction a été établie entre l'espèce et des affaires où l'agent des visas a omis de poser des questions ou de considérer un aspect important de la demande—L'agent des visas doit s'intéresser à tous les aspects de la demande et des normes de sélection et, s'il possède des renseignements nouveaux, il doit les porter à la connaissance du demandeur—Il n'est cependant pas tenu d'aviser chaque demandeur de ses impressions défavorables au fur et à mesure qu'elles surgissent, particulièrement lorsque ces impressions ont trait à certains aspects du demandeur qui ne sont pas de nature à changer, comme les qualités personnelles et les

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

capacités linguistiques—Si la requérante possédait des renseignements différents au sujet de la demande dans sa profession, elle aurait pu les donner en faisant sa demande—Il n'y a eu ni manque d'équité dans la procédure ni erreur de compétence—La demande est rejetée—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 11(3) (mod. par DORS/81-461, art. 1).

SAVIN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4712-94, juge Cullen, ordonnance en date du 11-10-95, 7 p.)

Contrôle judiciaire du rejet de la demande de résidence permanente par ce motif que le demandeur ne satisfaisait pas aux critères de sélection—Le requérant est un citoyen de l'Inde—Demande d'admission au Canada pour le requérant, sa femme et leurs deux enfants, appuyée par un engagement d'aide de la part d'un beau-frère au Canada—Le requérant avait travaillé dans le secteur de l'industrie chimique en Inde avec le titre d'«ingénieur des méthodes de production», bien que ses diplômes universitaires ne fussent pas ceux d'un ingénieur—(1) Question préliminaire: radiation du paragraphe de l'affidavit déposé à l'appui de la demande de contrôle judiciaire, où l'avocat du requérant fait état du compte rendu par celui-ci de l'entrevue, ainsi que de la copie du compte rendu écrit jointe à titre de pièce, par ce motif que ce paragraphe n'articule pas des faits que le déposant pourrait prouver par la connaissance qu'il en a, comme le prescrit la Règle 332(1)—(2) L'agent des visas n'a pas évalué le requérant au regard de la profession qu'il préférerait exercer, celle de coordonnateur de la production, puisqu'il n'assurait pas la coordination de différentes unités, mais surveillait le travail au sein d'une seule unité de production—Il l'a évalué au regard d'autres professions—S'étant guidé sur la Classification canadienne descriptive des professions, l'agent des visas avait pour obligation de prendre en considération la description prise dans son ensemble et de l'interpréter correctement—Selon l'énoncé général de la description en question, le coordonnateur de production peut coordonner et activer la progression du travail dans un atelier d'une usine de fabrication, bien que l'énoncé des tâches qui suit ne correspond que partiellement à cet énoncé général en ce qu'il vise apparemment la coordination entre divers ateliers—L'agent des visas a mal interprété la description de la profession et a commis une erreur de droit—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 332(1).

PRAJAPATI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4927-94, juge Gibson, ordonnance en date du 2-11-95, 9 p.)

Demande d'ordonnance visant à infirmer une décision par laquelle la Section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la section d'appel) qui a

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

accueilli l'appel de l'intimée parce que le refus des demandes d'établissement présentées par sa fille et son fils n'était pas conforme à la loi—L'intimée est citoyenne des Philippines—Elle s'est vue octroyer le droit d'établissement en novembre 1992—En décembre 1992, elle a signé des engagements pour aider sa fille et son fils et a consenti à agir en qualité de garante pour eux—Lorsque les demandes ont été déposées, en avril 1993, la fille avait 24 ans et le fils 22—Ils avaient présenté des demandes pour obtenir la résidence permanente en août 1990, pour lesquelles il n'existe aucune trace de refus—Avant le 1^{er} mars 1992, aucune restriction n'est imposée quant à l'âge; après, les enfants à charge sont admissibles s'ils sont âgés de «moins de 19 ans»—La section d'appel a conclu que les demandes auraient dû être évaluées selon le Règlement en vigueur en 1990—Demande rejetée—Août 1990 est la date d'effet qu'il faut considérer pour étudier les demandes des enfants—Les demandes présentées par les enfants en 1990 demeuraient valides et auraient dû être traitées sur réception de l'engagement d'aide que l'intimée a déposé à la fin de 1992—Même si les demandes n'avaient pu être accueillies lorsqu'elles ont été déposées, fait important: elles n'ont pas été refusées—La section d'appel disposait de suffisamment d'éléments de preuve factuels pour conclure comme elle l'a fait.

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. JIMENEZ (IMM-415-95, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 23-10-95, 12 p.)

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

Appel interjeté à l'encontre d'ordonnances par lesquelles le protonotaire adjoint a radié une déclaration au motif que la Cour n'est pas compétente et que la déclaration ne révèle aucune cause d'action raisonnable—Le demandeur Arsenal, membre des Forces armées canadiennes (les FAC), poursuit Sa Majesté en dommages-intérêts pour négligence sur le fondement de sa responsabilité du fait d'autrui et pour la faute professionnelle commise par les médecins défenseurs du MDN par suite d'une spondylodéose subie en 1992, qui n'a pas réussi, et de traitements post-opératoires, visant à corriger les douleurs lombaires ressenties par le demandeur pendant qu'il servait dans les FAC—La femme et les enfants du demandeur réclament des dommages-intérêts en vertu de la Loi sur le droit de la famille de l'Ontario—Le demandeur a été libéré en septembre 1992 parce qu'il était incapable de s'acquitter des fonctions qui lui étaient assignées—Il s'est vu reconnaître le droit de recevoir les quatre cinquièmes de sa pension à compter de septembre 1992—Le protonotaire adjoint a décidé que la Cour fédérale n'avait pas compétence pour instruire l'action en dommages-intérêts pour négligence intentée contre les trois personnes physiques défenderesses, étant donné qu'il n'existe pas de règles de droit fédérales applicables en matière de négligence—Il a en

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

—Suite

autre jugé que la Cour n'avait pas compétence pour instruire les demandes intentées par l'épouse et les enfants du demandeur et fondées sur un droit conféré par la Loi sur le droit de la famille de l'Ontario—Le protonotaire adjoint a également statué qu'une pension ayant été attribuée relativement à l'invalidité, il fallait radier la demande présentée contre Sa Majesté au motif qu'elle ne révélait aucune cause d'action ressortissant à la compétence de la Cour fédérale—La requête visant à faire annuler les ordonnances rendues par le protonotaire adjoint est rejetée—Application des critères établis dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752, en ce qui concerne la compétence de la Cour fédérale—La Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif ne prévoit pas un ensemble de règles de droit fédérales qui est essentiel à la solution du litige et qui constitue le fondement de l'attribution légale de compétence conférée par l'art. 17(5)b) de la Loi sur la Cour fédérale—Le droit fédéral n'accorde aucun droit de recours contre un préposé de la Couronne sur le fondement du délit civil de négligence—L'art. 95 de la Loi sur la défense nationale crée une infraction de mauvais traitements infligés à un subordonné, pas un droit de recours contre un préposé de la Couronne—En l'espèce, le recours exercé contre les personnes physiques défenderesses trouve son fondement dans les lois et la common law de l'Ontario—Les actions des demandeurs contre la Couronne sont irrecevables étant donné qu'une pension a été versée: art. 111 de la Loi sur les pensions et art. 9 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif—Même s'il y a eu négligence, le demandeur a reçu le montant maximal de pension qu'il pouvait obtenir par suite de son service militaire, compte tenu de son état antérieur—Les demandes de l'épouse et des enfants du demandeur sont irrecevables étant donné que la demande du demandeur de laquelle ces actions découlent a elle-même été radiée—De plus, on ne peut considérer la Loi sur le droit de la famille de l'Ontario comme une règle de droit fédérale au sens de l'arrêt *ITO*—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-2, art. 17(5)b) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3)—Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 3, 9 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 37, art. 4), 10—Loi sur les pensions, L.R.C. (1985), ch. P-6, art. 111—Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, art. 61—Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 95.

ARSENAULT C. CANADA (T-2984-92, juge Wetston, ordonnance en date du 21-11-95, 10 p.)

SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE

Appel d'une directive de la Section de première instance, saisie d'une action pour rupture d'un contrat de construction à l'aéroport international de Victoria, portant qu'elle n'avait pas compétence pour fixer, dans le cadre de l'évaluation des

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

—Fin

dommages-intérêts visés par l'action, les sommes que la demanderesse est tenue de verser à chacun de ses sous-traitants pour la main-d'œuvre, l'équipement de chantier et les matériaux—Le contrat a été signé et les travaux ont commencé en 1985—Ils ont été achevés en 1987—Les sous-traitants n'étaient pas partie au contrat de construction—Les demandes découlent de contrats individuels—La question dépend de l'interprétation correcte d'un contrat type de construction—L'évaluation des dommages-intérêts sous le régime des art. GC50.1.1 et GC50.2.1 requiert la détermination de «toutes les sommes raisonnables légitimes . . . légalement payables» par l'appelante aux sous-traitants relativement à la main-d'œuvre, à l'équipement et aux matériaux fournis pour le projet de l'aéroport de Victoria—Cette évaluation oblige nécessairement à examiner chaque contrat, à tirer des conclusions de fait et à déterminer les droits et responsabilités des parties—Elle doit reposer sur la loi du contrat, qu'il s'agisse de textes législatifs ou de la common law—À défaut d'entente entre les parties, l'évaluation des sommes «légalement payables» aux sous-traitants comprend la détermination et l'application des lois établissant la responsabilité, la partageant ou la limitant—Les lois applicables sont les lois provinciales peu importe que l'évaluation de la réclamation de l'appelante soit fondée sur le droit des contrats ou le droit des délits—La Section de première instance n'a pas compétence pour rendre une telle décision lorsque les contrats reposent entièrement sur des lois provinciales et lorsque les parties au contrat ne comparaissent pas toutes devant elle, parce que (1) les différends entre l'appelante et les sous-traitants sont tous des différends entre particuliers, et que ni l'art. 17 de la Loi sur la Cour fédérale (avant l'entrée en vigueur de la modification en 1992) ni aucun autre texte de loi ne lui confèrent la compétence voulue pour les régler, et parce que (2) ces différends ne sont pas fondés sur une «loi du Canada»—Bien que la Section de première instance soit correctement saisie de la demande de l'appelante (elle remplit le critère à trois volets énoncé dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752), elle n'a pas compétence pour «évaluer» les réclamations des sous-traitants parce qu'elles ne sont pas «accessoirement . . . nécessaires» à la résolution du litige—Une bonne partie de l'instance devant la Section de première instance est consacrée à la solution de points litigieux soulevés dans le différend qui oppose l'appelante à ses sous-traitants—L'expression «légalement payables» employée dans la clause GC50.1.2 du contrat signifie payables après que le tribunal compétent aura rendu une décision, c.-à-d. une cour supérieure provinciale—Appel rejeté—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 17 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3).

ARMECO CONSTRUCTION LTD. C. CANADA (A-249-95, juge en chef Isaac, jugement en date du 22-11-95, 12 p.)

DROIT ADMINISTRATIF**CONTRÔLE JUDICIAIRE***Certiorari*

Contrôle judiciaire du rejet des appels des requérants à l'encontre de décisions déclarant irrecevables pour fins de paiements de stabilisation d'importantes transactions concernant des bovins d'abattage et pour lesquelles des paiements de stabilisation avaient déjà été effectués—Les requérants ont été condamnés à rembourser d'importantes sommes d'argent—Le Comité a déclaré que les paiements de stabilisation relatifs aux ventes étaient contraires à l'objectif déclaré du Programme national tripartite de stabilisation du prix du bœuf, qui consiste à réduire les pertes de revenus qu'encourent les producteurs à cause des risques du marché—La vente et l'achat de bovins d'un poids et d'une valeur similaires n'ont fait courir aux producteurs aucun risque de marché important—(1) Le Comité national tripartite de stabilisation du prix du bœuf est un «office fédéral» au sens de l'art. 2 de la Loi sur la Cour fédérale—Les décisions pouvaient faire l'objet d'un contrôle judiciaire—(2) Le Comité avait l'obligation d'agir équitablement—Il a enfreint cette obligation—Si le Comité s'était fié uniquement aux comptes rendus écrits transmis aux requérants ainsi qu'aux documents fournis en réponse par ces derniers, le fait de n'avoir pas prévu d'audience n'aurait pas causé de manquement à l'obligation d'agir équitablement—Toutefois, l'ébauche des comptes rendus des discussions du Comité révélaient que ce dernier avait examiné des points qui n'avaient pas été portés à la connaissance des requérants et auxquels ceux-ci n'avaient pas eu l'occasion de répliquer—Ils révélaient aussi qu'avait participé aux discussions une personne qui était en mesure de plaider en faveur des décisions visées par les appels sans fournir aux requérants une occasion raisonnable, voire une occasion quelconque, de répliquer—Essentiellement, l'intimé avait eu droit à une audition orale, mais pas les requérants/appelants—Les demandes ont été accueillies—Les appels ont été renvoyés à l'intimé pour nouvelle décision—Loi sur la stabilisation des prix agricoles, L.R.C. (1985), ch. A-8, art. 13 (édité par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 40, art. 8)—Loi sur la protection des revenus agricoles, L.C. 1991, ch. 22—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1).

HANEY RANCHING LTD. C. CANADA (MINISTRE DE L'AGRICULTURE) (T-1734-94, T-1735-94, juge Gibson, ordonnance en date du 14-11-95, 15 p.)

DROITS DE LA PERSONNE

Demande de contrôle judiciaire d'une décision du TCDP à l'égard d'une ordonnance sur consentement réglant une plainte de discrimination systémique déposée par l'AFPC au

DROIT DE LA PERSONNE—Fin

nom de la catégorie du soutien administratif, à prédominance féminine, du personnel des Fonds non publics des Forces armées canadiennes, au Quartier général de la Défense nationale—Le Tribunal a demandé, en vertu des conditions de l'ordonnance sur consentement, qu'il soit déterminé si, en conformité avec la politique de la Commission consistant à demander des rajustements d'équité salariale jusqu'à concurrence d'un an avant la date de la plainte, les rajustements convenus par les parties pour la période commençant le 1^{er} juin 1987 pouvaient s'appliquer à la période du 12 février 1986 au 31 mai 1987—Le Tribunal a mal interprété et appliqué la doctrine de l'application rétroactive des lois en concluant que celle-ci l'empêchait d'accorder des rajustements salariaux pour la période antérieure à la date de la plainte—Aucune question de cette nature n'a été soumise au Tribunal—La Loi n'impose aucune limite de temps au pouvoir qu'a le Tribunal d'indemniser les victimes de discrimination—Selon le Tribunal, il n'existait aucun fondement factuel lui permettant d'accorder la mesure de réparation demandée—Au vu des éléments de preuve soumis au Tribunal, il était raisonnable que ce dernier se prononce comme il l'a fait—Les résultats de l'enquête et de l'analyse de l'expert étaient inadéquats, et ne pouvaient servir à établir de manière indépendante l'importance de l'écart salarial dans la période antérieure ou être utilisés comme moyen de corroborer la prétention de la Commission selon laquelle il était possible de transposer à la période antérieure les conclusions découlant de l'étude de la Commission—Il y a une preuve qu'au sein d'une procédure établie donnant lieu à une discrimination salariale systémique, l'importance de la différence salariale varie, à un moment précis dans le temps, et ne peut être déterminée avec une certitude relative qu'en procédant à une évaluation contemporaine—La demande a été rejetée.

ALLIANCE DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA C. CANADA (MINISTÈRE DE LA DÉFENSE NATIONALE—PERSONNEL DES FONDS NON PUBLICS, FORCES CANADIENNES—QUARTIER GÉNÉRAL DE LA DÉFENSE NATIONALE) (T-2246-94, juge Noël, ordonnance en date du 3-11-95, 43 p.)

FONCTION PUBLIQUE

Contrôle judiciaire de la décision portant classification du poste des requérants au niveau PM-03—Les plaignants étaient des analystes du renseignement (PM-03) de la région de C.-B./Yukon, Citoyenneté et Immigration Canada—À l'issue d'un réexamen, il a été décidé que le poste conserverait sa classification de PM-03—En 1990, la description du poste d'analyste du renseignement pour C.-B./Yukon avait servi de modèle pour la description du poste d'analyste du renseignement pour la région de l'Ontario—En 1992, le poste ontarien a été reclassifié au niveau PM-04—Les requérants ont déposé un grief contre la classification de leur

FONCTION PUBLIQUE—Suite

poste—Ils ont présenté au comité des conclusions écrites, une argumentation de vive voix ainsi que divers documents relatifs à leur grief—La direction n'était pas représentée à la réunion, et ce, conformément aux lignes directrices de la Procédure du règlement des griefs de classification (PRGC)—Les seuls renseignements émanant de la direction ont été donnés au téléphone par M. John Kent qui, à la demande du comité, a répondu à plusieurs questions sur les attributions du poste après que les requérants eurent été entendus—La teneur de ces renseignements n'a pas été communiquée à ces derniers—Ils n'ont eu la possibilité ni de répondre au témoignage de M. Kent ni de présenter des arguments sur ce témoignage ou sur les renseignements donnés—Le comité a recommandé de maintenir leur poste au niveau PM-03—Cette recommandation a été adoptée par le délégué de l'administrateur général—Dans son réexamen, le comité avait baissé la cotation totale du poste de 20 points à la lumière des renseignements donnés par M. Kent—La décision ne fait pas état des arguments et preuves présentés par les plaignants au sujet du poste ontarien ni ne dit pourquoi le poste de C.-B./Yukon devrait être classifié à un niveau inférieur—La description d'emploi du poste ontarien et celle du poste de C.-B./Yukon sont presque identiques, sauf que les employés en Colombie-Britannique ont trois attributions de plus—Comme il s'agit en l'espèce d'une décision administrative, les requérants n'ont droit qu'au minimum d'équité—(1) Il n'y a aucun fait articulé contre les requérants et qu'ils devraient réfuter—La direction a le droit d'exposer en détail les attributions du poste, droit que le législateur a expressément reconnu en excluant les griefs de classification des procédures d'arbitrage—C'est aux requérants qu'il incombe de prouver que la classification était erronée—La procédure établie par le Conseil du Trésor est conforme aux conditions d'équité—Les plaignants ont la possibilité de se faire entendre—Leur participation n'est soumise à aucune restriction—Le comité de classification du Ministère leur communique toute la documentation nécessaire—La direction n'a pas le droit de plaider pour ou contre la classification établie—Elle n'a le droit de répondre qu'aux questions que lui pose le comité—Comme il ne s'agit pas d'une procédure contradictoire, il convient que les plaignants et la direction répondent respectivement aux questions hors la présence de l'autre partie—Le comité n'a pas noté dans ses motifs de décision les réponses aux questions, comme il y était tenu par la PRGC—(2) Selon la Norme de classification, le but ultime de l'évaluation des emplois est d'en déterminer la valeur relative dans chaque groupe professionnel, et il faut étudier également la relation qui existe entre le poste à évaluer et les postes de l'organisation qui sont situés au-dessus et au-dessous—Il se peut qu'il y ait de bonnes raisons pour distinguer entre la description d'emploi pour l'Ontario et celle pour la C.-B./Yukon, mais rien dans les preuves et témoignages produits n'explique pareille conclusion—Il y a eu en l'espèce erreur manifeste-

FONCTION PUBLIQUE—Fin

ment déraisonnable puisque le comité passait sous silence des preuves et témoignages pertinents et se méprenait visiblement sur la position des plaignants en concluant que ceux-ci demandaient la reclassification du poste ontarien—Sans un examen convenable du poste ontarien, il est difficile de voir comment les conditions ont été remplies—Il est manifestement déraisonnable d'affirmer que le poste ontarien ne présente aucun rapport avec le grief, alors que les descriptions d'emploi sont identiques et que l'une et l'autre normes de classification ont été approuvées par le même administrateur général—Les principes d'équité et d'uniformité exigent que deux postes dont la description est identique aient la même classification, à moins qu'il n'y ait des raisons de leur accorder des traitements différents—Les plaignants ont fait valoir qu'il n'y avait pas de différence sensible entre les deux postes—Passer sous silence le poste ontarien va à l'encontre des principes de common law et des politiques du Conseil du Trésor—Demande accueillie—Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 5(4), 7(1), 11(2)c—Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 7, 91, 92, 96(3).

CHONG C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-2490-94, juge McKeown, ordonnance en date du 30-11-95, 19 pp.)

FORCES ARMÉES

Requête interlocutoire présentée par les intimés en vue d'obtenir une ordonnance radiant la requête en contrôle judiciaire présentée par le requérant relativement à la décision de prendre contre lui une mesure de mise en garde et surveillance, au motif que cette décision n'est pas une décision ou une ordonnance émanant d'un office fédéral, aux termes de l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale, et, subsidiairement, une ordonnance radiant six des sept intimés, et, en outre et subsidiairement, une ordonnance accordant aux intimés une prorogation de délai de 30 jours —La mesure a été prise contre le requérant par suite d'une enquête sommaire menée relativement à une série d'événements au cours desquels le requérant aurait commis des actes de harcèlement et d'abus—Le réseau des intimés en l'espèce est inutilement compliqué en raison du chevauchement de la hiérarchie disciplinaire décrite dans les Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes et dans les Ordonnances administratives des Forces canadiennes—Étant donné le fait que certains, si ce n'est la plupart, des requérants qui demanderont le redressement d'un grief avec l'aide d'un conseiller juridique privé n'auront pas les ressources suffisantes pour porter l'affaire jusqu'au sommet de la hiérarchie (le chef d'état-major de la défense (CEMD) ou le ministre de la Défense nationale), la Cour propose pour le futur une marche à suivre appropriée

FORCES ARMÉES—Fin

et sensée dans le cas de procédures judiciaires comme en l'espèce, applicable à moins et jusqu'à ce que la Section d'appel de la Cour n'en décide autrement—Dans des affaires comme l'espèce, il serait approprié d'avoir deux intimés, le ministre et le chef d'état-major de la défense, représentant l'autorité civile et l'autorité militaire subalterne, qui pourraient agir à titre d'intimés généraux pour toutes les affaires de la défense nationale où un contrôle judiciaire est demandé—Il est nécessaire d'attendre le résultat du premier palier de la procédure de redressement de grief avant d'avoir recours au contrôle judiciaire, comme l'a fait le requérant en l'espèce—La première partie de la requête des intimés est rejetée, sans frais, et le requérant peut choisir à son gré d'adopter ou non la proposition consistant à restreindre la foule des intimés au CEMD et au ministre—La deuxième partie de la requête des intimés, qui demande qu'un seul intimé soit désigné, est rejetée—La requête en prorogation de délai est accueillie—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

ANDERSON C. CANADA (OFFICIER DES OPÉRATIONS, QUATRIÈME GROUPE DES OPÉRATIONS MARITIMES) (T-815-95, juge Muldoon, ordonnance en date du 1-11-95, 15 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**CALCUL DU REVENU***Déductions*

Appel est interjeté d'un avis de cotisation refusant un crédit d'impôt à l'investissement remboursable—La demanderesse œuvre dans le domaine de la recherche scientifique et du développement expérimental—Au début des années 1980, Contar, la société remplacée par la demanderesse, a conçu un système d'exploitation d'un processus de conversion à deux temps du charbon et des minéraux de pétrole lourd en pétrole brut léger—En 1986, la demanderesse et la province de l'Alberta ont conclu une entente visant a) la construction d'un établissement commercial, devant servir à mettre au point le processus technique et à montrer la rentabilité de sa production commerciale—La construction n'a pas encore eu lieu—Aux termes de l'entente, advenant la construction de l'établissement, l'Alberta avait droit au remboursement intégral de son investissement prélevé sur le revenu brut produit par la commercialisation de la technique, ainsi qu'au rendement sur le capital investi calculé selon une formule—Advenant l'échec de la commercialisation, l'Alberta conservait son droit indivis de cinquante pour cent dans la technique du projet—En 1987, la demanderesse a reçu un montant de 725 569 \$ de l'Alberta, conformément aux stipulations de l'entente et elle a déclaré des dépenses de 2 298 359 \$ pour des activités de recherche scientifique et de développement expérimental—À la fin de l'année

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

d'imposition, la demanderesse avait droit à un montant supplémentaire de 1 564 748 \$ de la province—Le crédit d'impôt à l'investissement remboursable demandé par la demanderesse a été refusé—Il s'agit de savoir si les montants reçus de l'Alberta constituent une «aide gouvernementale» sous forme de prime, subvention, prêt à remboursement conditionnel, déduction de l'impôt, allocation de placement ou sous toute autre forme—Le ministre est d'avis que les fonds que l'Alberta a investis sont visés par l'expression «sous toute autre forme» parce qu'il ne pouvait exister de partenariat ni de coentreprise entre les parties, celles-ci n'exerçant aucune activité à but lucratif commune—Il ressort clairement de la jurisprudence que la phrase «prime, subvention . . . ou sous toute autre forme» utilisée dans une disposition fiscale ne s'applique pas aux ententes commerciales ordinaires conclues entre un organisme public et un contribuable—L'entente est essentiellement une entente qui porte sur du développement technique et dans laquelle la province était une partie commerciale active—En dépit de la clause cherchant à limiter les risques commerciaux et la responsabilité de la province, il est manifeste qu'il s'agissait d'un accord commercial négocié et conclu entre les deux parties à des fins commerciales—L'appel est accueilli.

CCLC TECHNOLOGIES INC. C. CANADA (T-3457-90, juge Rouleau, jugement en date du 10-11-95, 13 p.)

NON-RÉSIDENTS

Appel d'une cotisation à l'égard de l'année 1984—En vertu d'un contrat de franchise de matériel vidéo, la demanderesse fournit des originaux de bandes magnétoscopiques pour la reproduction à CBS/Fox Canada, laquelle est autorisée à tirer des copies de ces originaux pour fins de distribution au Canada—CBS/Fox Canada paye des redevances à la demanderesse sur la vente des vidéocassettes—Au cours des années 1983 et 1984, elle a remis quinze pour cent du montant brut des redevances au Receveur général, mais a reçu plein remboursement au motif que les redevances versées à l'égard de vidéocassettes ne sont pas des redevances visant des «films cinématographiques» et sont donc exonérées de l'impôt en vertu de l'Art. XIII C de la Convention relative à l'impôt entre le Canada et les États-Unis, 1942—Le ministre est par la suite revenu sur sa position à l'égard d'une partie des redevances de l'année 1984—Aux termes de l'art. 212(5)a) de la Loi de l'impôt sur le revenu, tout non-résident doit payer un impôt sur le revenu de 25 % sur toute somme qu'un résident lui verse pour un droit d'utilisation ou autre sur un film cinématographique utilisé ou reproduit au Canada—En vertu de l'Art. XIII C, les redevances sont exonérées de l'impôt, à l'exclusion des redevances visant les films cinématographiques—Il s'agit de savoir si les mots «film cinématographique» incluent la vidéocassette d'un film cinématographique—

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

Appel rejeté—Dans la mesure où le droit sur un film cinématographique a été vendu pour utilisation ou reproduction au Canada, le produit de cette vente est assujéti à l'impôt sous le régime de l'art. 212(5)a)—Exclure un film cinématographique uniquement parce qu'il a été transféré sur bande magnétoscopique serait aller à l'encontre de l'intention manifeste du Parlement—Bien que se présentant sous forme de bande magnétoscopique, la vidéocassette n'en demeure pas moins par son contenu un film cinématographique dans le sens ordinaire et courant de ces mots—Ce n'est pas la forme mais le produit qui est important et ce produit, même s'il est converti en bande magnétoscopique pour sa présentation ou sa diffusion à la télévision, demeure essentiellement un produit cinématographique réalisé initialement en vue d'être diffusé dans les cinémas, quoique modifié sur le plan technique et quant à certains aspects dramatiques pour sa diffusion à la télévision: *MCA Television Ltd. c. La Reine* (1994), 94 DTC 6375 (C.F. 1^{re} inst.)—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 212(5) (mod. par S.C. 1973-74, ch. 14, art. 68; 1988, ch. 55, art. 161)—Convention relative à l'impôt entre Canada et les États-Unis, 1942, Art. XIII C, S.C. 1943-44, ch. 21, ann. (mod. par S.C. 1950, ch. 27, art. 1).

CBS/FOX Co. c. CANADA (T-3345-90, juge Rouleau, jugement en date du 24-10-95, 7 p.)

LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la section d'appel de la Commission nationale des libérations conditionnelles concluant que la Commission n'a pas commis d'erreur en refusant qu'un psychiatre témoigne de vive voix pour le requérant à l'audience—La Commission avait rejeté la demande du requérant visant à autoriser la présentation d'observations orales par le psychiatre, en invoquant une directive; elle avait plutôt accordé le statut d'observateur—La Commission a conclu que le requérant commettrait vraisemblablement une infraction pouvant causer la mort ou des blessures graves et a prolongé la détention au-delà de la date de sa libération d'office—La section d'appel a maintenu la décision—Le requérant fait valoir que la Commission a rejeté sa demande sans en examiner le fond et qu'elle a ainsi limité son pouvoir discrétionnaire en appliquant aveuglément une directive—La Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition prévoit, à l'art. 151(2)a), l'établissement de procédures applicables aux audiences de maintien en détention; ces procédures sont essentielles pour permettre aux détenus d'être avisés à l'avance de la façon dont l'audience se déroulera—L'arrêt *Rex. v. Port of London Authority; Ex parte Kynoch Limited*, [1919] 1 K.B. 176 (C.A.) établit qu'un tribunal peut indiquer à un requérant qu'il rendra une décision qui lui sera défavorable, en vertu d'une directive, à moins de circonstances exceptionnelles—

LIBÉRATION CONDITIONNELLE—Fin

les—La directive en cause est entièrement procédurale: la Cour peut être plus encline à intervenir si les tribunaux administratifs appliquent aveuglément des directives substantielles, mais le risque de contrôle judiciaire est moins élevé en matière procédurale—La Commission n'a pas limité son pouvoir discrétionnaire en refusant d'entendre le témoignage—Le psychiatre était présent et le requérant aurait pu présenter les observations du médecin à la Commission—La Cour établit une distinction avec la décision *MacInnis c. Canada (Procureur général)*, [1995] 2 C.F. 215 (1^{re} inst.), selon laquelle le refus d'entendre une preuve psychiatrique orale constituait un manquement aux règles de justice naturelle, parce qu'il s'agissait d'une peine indéterminée, alors que le requérant purge une peine d'une durée déterminée—Il n'y a pas eu de manquement aux règles de justice naturelle—La demande est rejetée—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 151(2)a).

DIAMOND C. CANADA (COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (T-82-95, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 6-7-95, 6 p.)

MARQUES DE COMMERCE**CONTREFAÇON**

Action en contrefaçon de la marque de commerce «Melo's» par la marque de commerce «Borges» de la défenderesse—Les deux marques sont utilisées en liaison avec des aliments ethniques destinés notamment à la communauté canado-portugaise de la région métropolitaine de Toronto et du sud-ouest de l'Ontario—Les deux marques reprennent le rouge, le jaune et le vert du drapeau portugais et les armoiries du Portugal, ou les armoiries simulées de ce pays—La demanderesse allègue la confusion, prétend que la défenderesse fait passer ses marchandises pour les siennes et demande la radiation de la marque de commerce de la défenderesse ainsi que des dommages-intérêts—L'action est rejetée—Les deux marques sont distinctives—Différences importantes: les formes générales des deux marques; le nom est davantage mis en valeur dans la marque de la demanderesse, il l'est moins dans la marque de la défenderesse—Par application du critère du «souvenir général et non précis» énoncé dans l'affaire *British Drug Houses Ltd. v. Battle Pharmaceuticals*, [1944] R.C.É. 239, la marque de la défenderesse n'est pas similaire à celle de la demanderesse et ne lui ressemble pas beaucoup—En outre, la revendication par la demanderesse des couleurs est faible car de nombreux fournisseurs emploient des marques de commerce qui reprennent les couleurs nationales de communautés précises—Les deux marques de commerce en l'espèce ne se ressemblent pas beaucoup quant à leur présentation, mis à part l'emploi de couleurs similaires, mais ces couleurs font partie intégrante de combinaisons d'éléments distinctives

MARQUES DE COMMERCE—Fin

l'une de l'autre et y sont accessoires—Aucune confusion, aucune contrefaçon.

MELO'S FOOD CENTRE LTD. C. BORGES FOODS LTD.
(T-916-89, juge MacKay, jugement en date du 27-9-95,
29 p.)

ENREGISTREMENT

Appel du jugement de première instance, [1992] 1 C.F. F-41 (1^{re} inst.)—Contrairement à ce qu'a présumé le juge de première instance, la demande d'enregistrement d'une marque de commerce n'est pas non conforme aux exigences de l'art. 30b) de la Loi sur les marques de commerce pour le seul motif que la requérante a nommé comme l'un de ses prédécesseurs en titre une personne qui avait utilisé la marque en qualité de simple titulaire de licence de l'un des prédécesseurs en titre énumérés—La marque n'est pas dénuée de caractère distinctif—Appel accueilli—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 30b).

MOLSON BREWERIES C. PERNOD RICARD, S.A.
(A-1214-91, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du
23-11-95, 2 p.)

PÊCHES

L'appel en l'espèce et celui dans le dossier A-163-95 sont interjetés contre des ordonnances de la Section de première instance—Les appelants individuels pratiquent la pêche des pétoncles en Nouvelle-Écosse—Le différend procède de l'entente que les appelants auraient conclue avec l'intimé et d'autres éléments de l'industrie de la pêche des pétoncles pratiquée dans la baie de Fundy aussi bien que des pêcheurs de pétoncles en haute mer, à Bridgewater (Nouvelle-Écosse)—Les appelants prétendent que selon l'entente, l'intimé s'est engagé à annuler un certain nombre de permis de pêche des pétoncles non utilisés ni exploités en 1987 et ultérieurement et à s'entretenir avec eux concernant leurs droits de pêche—La question litigieuse consiste à savoir si la Section de première instance a commis une erreur en exigeant que les appelants demandent des prorogations de délai—Il est clair qu'aucune des décisions n'a été communiquée par le requérant au sens de l'art. 18.1(2) de la Loi et qu'en conséquence les demandes de contrôle judiciaire ont été introduites dans les délais—L'appel est accueilli avec dépens en l'espèce et dans le dossier A-163-95—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

ATLANTIC COAST SCALLOP FISHERMEN'S ASSN. C.
CANADA (MINISTRE DES PÊCHES ET DES OCÉANS)
(A-162-95, juge Stone, J.C.A., jugement en date du
4-10-95, 4 p.)

PÉNITENCIERS

Demande de contrôle judiciaire de la décision du président indépendant du tribunal disciplinaire de l'établissement Drummond qui a trouvé le requérant (détenu) coupable d'avoir refusé de fournir un échantillon d'urine exigé en vertu de l'art. 54(1) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (consommation de substances intoxicantes)—Demande accueillie—La demande d'échantillon d'urine est une fouille au sens de l'art. 8 de la Charte et est soumise aux principes de justice fondamentale (art. 7 de la Charte)—Tant la jurisprudence que la Loi et le Règlement d'application exigent qu'en pareils cas, on fournisse des détails quant à la nature des motifs raisonnables de croire que le détenu commis une infraction (en ce cas-ci, qu'il consommait des substances intoxicantes)—Or, en l'espèce, on ne lui en a pas fourni—Il n'a donc pas pu présenter ses observations au directeur—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 8—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 54, 56, 57—Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620, art. 25.

PICARD C. ÉTABLISSEMENT DRUMMOND (T-1150-95,
juge Pinard, ordonnance en date du 6-12-95, 7 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES**TERRES**

La défenderesse a-t-elle manqué à son obligation fiduciaire envers les demandeurs en exigeant la cession d'une partie de leur réserve?—La cession est survenue en 1951—Le ministère des Travaux publics envisageait d'agrandir les installations douanières situées à proximité de la réserve—Les terres cédées sont toujours restées entre les mains de la défenderesse—La réserve, d'une superficie de 382 acres, a été attribuée à la Bande en 1889—Elle est située à proximité de la frontière canado-américaine—La Bande savait que la défenderesse, pendant toute la période en cause, avait le droit d'exproprier les terres à des fins publiques si elle refusait de les céder—Le prix convenu a été de 550 \$ l'acre—Le prix payé n'était pas en-deça de la valeur marchande—La cession des terres n'était pas soumise à la condition qu'elles seraient restituées à la Bande si elles ne servaient pas à l'agrandissement des installations douanières—Le prix payé dénotait une intention de procéder à une cession absolue, et non conditionnelle—Les terres n'ont pas toutes servi à des fins douanières—Aucune clause expresse ou implicite de réversibilité ne faisait partie de la cession—La défenderesse a manqué à son obligation fiduciaire envers la Bande—Les terres prises excédaient les besoins—À ce jour, la Couronne n'en utilise toujours pas une grande partie—La prise de terres n'était pas condition-

PEUPLES AUTOCHTONES—Fin

nelle—Le fiduciaire se trouvait dans l'obligation de subordonner la prise des terres à une clause de réversibilité, ou de s'assurer de quelque autre façon que l'on entravait le moins possible les droits des demandeurs—Il y a eu manquement à l'obligation fiduciaire envers les demandeurs—La Limitations Act de la Colombie-Britannique s'applique en l'espèce—Le manquement à l'obligation fiduciaire n'était pas continu—Le délai de prescription de six ans ainsi que le délai de prescription ultime de trente ans prévus dans la Loi faisaient qu'il convenait de rejeter la requête des demandeurs—Le jugement a été rendu en faveur de la défenderesse—Limitations Act, R.S.B.C. 1979, ch. 236.

BANDE INDIENNE DE SEMIAHMOO C. CANADA
(T-1878-90, juge Reed, ordonnance en date du 28-9-95,
8 p.)

PRATIQUE

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET

INTERROGATOIRE PRÉALABLE

Interrogatoire préalable

Demande d'ordonnance fondée sur la Règle 494(10.2) pour permettre aux défendeurs de consigner comme preuve des extraits de l'interrogatoire préalable de son propre témoin, réalisé par la demanderesse—La Règle 494(10.2) permet à une partie d'utiliser un interrogatoire préalable à titre de preuve au procès comme si la personne interrogée était témoin lorsqu'on ne peut obliger cette personne à comparaître—Plusieurs vaines tentatives de communiquer avec le témoin—Le témoignage est important et pertinent—Demande rejetée—Principes généraux: il est interdit à une partie de consigner en preuve l'interrogatoire préalable d'une partie adverse qui est décédée ou celui d'une tierce personne qui n'est pas partie à l'action; la partie qui interroge au préalable peut habituellement procéder en étant absolument assurée que cet interrogatoire ne peut être utilisé contre elle sauf si elle cherche elle-même à s'en servir—L'interrogatoire préalable est souvent une recherche à l'aveuglette—Réponses au sujet desquelles la personne en cause n'a pas été contre-interrogée—Permettre à une partie de consigner en preuve l'interrogatoire préalable de son propre témoin dans le cas où la partie interrogatrice n'en a pas fait mention, équivaldrait à autoriser une preuve intéressée qui, selon les circonstances, pourrait être erronée ou fautive—Risque de s'écarter de la règle du oui-dire et d'autres principes fondamentaux des règles de preuve—Risque de priver la Cour de la possibilité de juger le comportement ou la crédibilité d'un témoin—La partie adverse ne pourrait procéder au contre-interrogatoire de la personne en cause et ne pourrait contester le témoignage

PRATIQUE—Suite

d'une personne qui fournirait des éléments de preuve particulièrement importants dans une action civile—L'objet et la portée du contre-interrogatoire définis dans l'arrêt *R. v. Anderson*, [1938] 3 D.L.R. 317 (C.A. Man.)—La preuve recueillie lors de l'interrogatoire préalable n'est pas la seule preuve susceptible d'être présentée relativement à la question en litige—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 494(10.2) (éditée par DORS/90-846, art. 21).

NEWFOUNDLAND PROCESSING LTD. C. SOUTH ANGELA
(THE) (T-457-88, T-584-90, T-620-90, juge Rouleau,
ordonnance en date du 25-10-95, 7 p.)

COMMUNICATIONS PRIVILEGIÉES

Requête tendant à obtenir la production de documents à l'égard desquels le privilège du secret professionnel de l'avocat est invoqué—Les actes accomplis par un avocat relativement à une demande de brevet ne font pas disparaître le privilège du secret professionnel de l'avocat simplement parce que l'avocat est aussi agent de brevets—Le privilège relatif à l'intérêt commun auquel fait allusion le maître des rôles, lord Denning, dans l'affaire *Buttes Gas and Oil Co. v. Hammer* (n° 3), [1981] Q.B. 223 (C.A.), à la page 243, s'applique à des documents rédigés à la suite d'opérations effectuées en vue d'obtenir un brevet avant que les inventeurs cèdent officiellement leurs droits à la demanderesse, et la preuve n'établit pas clairement si l'avocat a agi pour le compte de la demanderesse ou pour celui des inventeurs—Un échange de lettres entre les avocats et un collaborateur américain est protégé par le privilège—Le collaborateur était chargé d'obtenir un brevet pour la même invention aux États-Unis—En raison du privilège relatif à l'intérêt commun, le privilège du secret professionnel protégeant l'avis juridique donné par l'avocat canadien ne disparaît pas du fait de la communication de l'avis au collaborateur américain, même s'il agissait pour une autre personne car celle-ci avait un intérêt commun—Il n'y a pas eu renonciation au privilège du secret professionnel lorsque le cabinet Smart & Biggar, agent de brevets et conseiller juridique de la demanderesse, ont signé des documents contenant des déclarations portant sur le caractère brevetable de l'invention lesquelles étaient fondées sur des avis et des recherches juridiques—Le renvoi aux dispositions d'un document opère habituellement renonciation au privilège protégeant le document—Les documents ne faisaient pas expressément référence aux avis juridiques sur lesquels ils sont fondés—Les actes accomplis ou les avis exprimés à la suite de la lecture du document ne constituent pas une renonciation au privilège protégeant le document s'il n'est pas mentionné ou s'il n'y est pas fait référence expressément—Le fait de reprendre le texte d'un avis juridique donné par un avocat, sans en mentionner la source, n'opère pas renonciation au privilège qui peut protéger le document objet du plagiat,

PRATIQUE—Suite

même si l'avocat, à titre d'agent, copie son propre avis juridique.

F.P. BOURGALT INDUSTRIES AIR SEEDER DIVISION LTD. C. FLEXI-COIL LTD. (T-245-94, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 27-10-95, 5 p.)

FRAIS ET DÉPENS

Requête en directives à donner à l'officier taxateur en application des Règles 344, 344.1 et 346, dans le cadre de l'action en dommages-intérêts pour abordage entre le navire défendeur *Netuno* et le navire *Captain Diamantis* des demanderessees—Les défendeurs avaient reconnu tardivement leur responsabilité pour une partie des dommages-intérêts réclamés—La nouvelle Règle 346 est applicable puisque les Règles prévoient que le nouveau tarif s'applique à toute instance, peu importe la date à laquelle elle a été engagée, si les dépens n'ont pas été déjà fixés—La nouvelle Règle institue une nouvelle façon d'aborder la taxation des dépens: les dépens entre parties doivent avoir un rapport raisonnable avec le coût réel du litige—En outre, les procédures et les retards qu'une partie pourrait raisonnablement éviter seront pris en compte dans la taxation des dépens—Il est manifeste que les défendeurs ont adopté des tactiques dilatoires telles que, par suite de la fluctuation du taux de change (du dollar canadien par rapport au dollar américain), ils auraient à payer quelque 113 225 \$ CAN en moins et que les demanderessees devraient payer 120 000 \$ en honoraires—Les demanderessees ont droit à la taxation de leurs dépens conformément à l'échelle supérieure de la colonne IV de la partie II du tarif B—Les demanderessees ont droit au paiement des honoraires et débours de l'expert d'Italie bien qu'il n'eût pas témoigné au procès—Puisque le témoignage de deux autres experts était très important dans le litige, la Cour ordonne à l'officier taxateur d'accorder non seulement les frais relatifs à leur comparution, mais aussi les frais relatifs à leur préparation au procès—Conformément à la Règle 344.1, la Cour accorde aux demanderessees 150 p. 100 des dépens entre parties qu'elles ont dû assumer après avoir fait l'offre de règlement, et ordonne à l'officier taxateur d'accorder 150 p. 100 des honoraires taxables pour la préparation au procès, pour la requête en autorisation de modifier la deuxième déclaration modifiée et pour cette deuxième déclaration modifiée elle-même—Frais raisonnables accordés pour l'avocat des demanderessees qui devait assister aux interrogatoires préalables à Londres (Angleterre) et à New York (É.-U.A.) et à l'examen de leurs documents à Montréal—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 344 (mod. par DORS/87-221, art. 2; 95-282, art. 1), 344.1 (éditée par DORS/94-41, art. 3), 346 (mod. par DORS/87-221, art. 3).

SANMAMMAS COMPANIA MARITIMA S.A. C. NETUNO (LE) (T-2428-89, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 20-10-95, 11 p.)

PRATIQUE—Suite

Dépens demandés sur la base procureur-client en application des Règles 1618 et 344 après le rejet d'une demande tendant à obtenir une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité en application du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)—La Règle 1618 dispose qu'il n'y aura pas de frais à l'occasion d'une demande de contrôle judiciaire, à moins que la Cour n'en ordonne autrement pour des raisons spéciales—La Règle 1618 régit l'attribution des dépens dans les instances introduites sous le régime du Règlement—Les demandes d'ordonnance d'interdiction présentées en application du Règlement sont régies par la partie V.1 des Règles de la Cour fédérale: *Bayer AG c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1993), 51 C.P.R. (3d) 329 (C.A.F.)—L'exercice du pouvoir discrétionnaire d'accorder des dépens est subordonné à la preuve de l'existence de «raisons spéciales»—Ce type d'instance est exceptionnel en ce sens que le législateur a «greffé» une question de droits commerciaux privés sur un régime de réglementation public—Il s'agit d'un contrôle judiciaire de nom seulement—Des raisons spéciales ne sauraient exister simplement parce que l'affaire est complexe ou que le procès est difficile—La nouveauté du Règlement n'empêche pas nécessairement l'attribution de dépens—Il s'agit essentiellement d'un litige privé entre des parties qui ont fait de la Cour, au lieu du marché, leur champ de bataille—Les dépens sont adjugés sur la base des frais entre parties—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 344 (mod. par DORS/87-221, art. 2), 1618 (mod. par DORS/92-43, art. 19)—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133.

PHARMACIA INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (T-2991-93, juge Wetston, ordonnance en date du 13-10-95, 7 p.)

Les motifs découlent de la requête en cautionnement pour frais de la défenderesse ainsi que de l'absence de mémoire de frais provisoire à l'appui de la requête—Les demandeurs ont intenté une action pour violation de droit d'auteur—La défenderesse a demandé un cautionnement pour frais de 50 000 \$, appuyé sur des affidavits peu étoffés—Les demandeurs ont offert 15 000 \$—Bien que la présentation d'un mémoire de frais provisoire ne soit pas obligatoire, c'est une pratique raisonnable suivie depuis longtemps qui peut non seulement permettre aux parties de s'entendre mais également permettre à la Cour d'économiser du temps et au requérant de s'assurer d'un résultat favorable—C'est un instrument très pratique pour la Cour dans l'estimation des frais—La défenderesse doit démontrer quels sont vraisemblablement ses frais—Le cautionnement est fixé à 10 000 \$—Le défaut de présenter une estimation la plus précise possible des frais, en plus d'ajouter à la tâche de la Cour, se fait aux risques et périls du requérant.

TENDER LOVING THINGS INC. C. DOCTOR JOY (T-1587-95, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 6-11-95, 5 p.)

PRATIQUE—Suite

JUGEMENTS ET ORDONNANCES

Jugement sommaire

Requête en jugement sommaire dans une action en réclamation de 149 758,57 \$ au titre des droits de quai, de la sécurité, de l'alimentation électrique à terre, de l'entretien nécessaire dispensé au navire *Winchester*, et de l'entreposage d'un certain équipement de réfrigération destiné au navire ainsi que des intérêts calculés au taux de 24,48%—Vu la nouveauté des Règles 432.1 à 432.5, examen de la jurisprudence et des principes s'appliquant aux jugements sommaires—Lorsqu'«il n'existe aucune question sérieuse à instruire» ou lorsque «l'intention . . . est d'éviter les délais et les frais liés à un procès dans les cas où les demandes ou les moyens de défense sont manifestement non fondés», ces questions devraient être réglées par jugement sommaire—La décision doit être prise en fonction des circonstances particulières de chaque cas—En l'espèce, il n'y pas de question sérieuse portant sur la crédibilité pour ce qui est de l'obligation encourue—Toutefois, la question se pose en ce qui concerne le montant de la dette ou des intérêts dus par le défendeur—La requête est accueillie en partie—Les intérêts de la justice et les intérêts des parties exigent qu'un jugement sommaire soit prononcé sur la question de l'obligation encourue avec un renvoi visant à déterminer le montant devant être payé, conformément à ce que prévoit la Règle 432.3(2)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 432.1-432.5 (éditées par DORS/94-41, art. 5).

SHELburne MARINE LTD. C. WINCHESTER (LE)
(T-50-95, MacKay, jugement en date du 20-11-95,
19 p.)

MODIFICATION DES DÉLAIS

Requête du requérant visant à obtenir une prorogation du délai de signification et de dépôt de son dossier—Demande de prorogation pour permettre à l'avocat d'obtenir et d'examiner l'opinion d'un expert relativement à de nouveaux documents utilisés par l'agent de révision des revendications refusées—La question est de savoir si, dans les circonstances, la prorogation du délai est nécessaire pour que justice soit faite (*Grewal c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 2 C.F. 263 (C.A.F.))—Le critère requiert que l'on soupèse différents facteurs, dont: (1) l'intention continue de faire valoir l'appel; (2) le bien-fondé de la demande; (3) l'absence de préjudice; et (4) une explication raisonnable du retard—L'explication du retard est faible puisqu'il n'y a aucune preuve relative (1) au délai qui s'est écoulé avant que l'on demande l'opinion de l'expert; (2) au délai qui s'est écoulé avant que l'on obtienne les documents; et (3) au fait que l'expert n'était pas disponible pendant une période cruciale de deux semaines—La faiblesse des raisons qui justifient le retard peut être contrebalancée par un argument raisonnablement solide quant au bien-fondé de la demande—Les documents ne

PRATIQUE—Suite

contiennent rien quant au bien-fondé de l'affaire; ils ne contiennent même pas une simple affirmation que la demande a des chances d'être accueillie—Requête rejetée.

MILON C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1281-95, notaire Hargrave, ordonnance en date du 27-7-95, 7 p.)

PLAIDOIRIES

Modifications

La demanderesse demande, en matière d'impôt sur le revenu, l'autorisation de déposer une déclaration modifiée conformément à la Règle 420 des Règles de la Cour fédérale—Le ministre s'oppose aux modifications proposées pour les motifs suivants: (1) la demanderesse n'a pas démontré l'existence d'une question susceptible d'être jugée; (2) le retard de la demanderesse à faire les modifications proposées; et (3) les modifications sont contraires aux intérêts de la justice—Les modifications proposées soulèvent des questions de fait, de droit et de pratique qui méritent d'être réglées à l'instruction—Preuves que la demanderesse a avisé le ministre à une date antérieure des rajustements demandés; les fonctionnaires du Revenu Canada ont non seulement accusé réception de la demande, mais ils ont indiqué que les rajustements étaient acceptables et qu'ils pourraient être faits—Autorisation accordée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 420.

URBANETICS C. CANADA (T-1299-90, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 27-7-95, 8 p.)

Requête en radiation

Déclaration pour défaut de poursuivre—Action, introduite en 1983, concernant de nouvelles cotisations d'impôt établies relativement aux années 1977 à 1980—Quant à la demande d'une audition orale, il n'y a aucune raison sérieuse de ne pas disposer de la présente demande au moyen de représentations écrites et d'affidavits—Le litige n'a pas progressé en raison de la gestion de la demanderesse par Wolfgang Such, qui a exploité la compagnie comme une propriété, sans grande considération pour les exigences des gouvernements, ou pour les droits des actionnaires n'ayant aucun droit de vote, ou encore pour le bien de la compagnie—Un administrateur-séquestre a été nommé par la cour en 1992—Le président actuel a donné aux nouveaux avocats comme directive d'inscrire l'affaire pour instruction—Application du critère formulé dans *Allen v. Sir Alfred McAlpine & Sons Ltd.*, [1968] 2 Q.B. 229 (C.A.) pour la radiation d'une déclaration pour défaut de poursuivre—(1) Le retard est manifestement excessif—(2) La mauvaise gestion est une excuse plausible justifiant le retard—(3) L'affidavit de la Couronne n'indique aucun préjudice particulier que la défenderesse subirait—Les interrogatoires préalables ayant été tenus, la défaillance de la mémoire des témoins peut ne

PRATIQUE—Suite

pas être un facteur—La demanderesse ne doit pas être privée de l'occasion de faire valoir son point de vue devant le tribunal—Les membres de la famille qui contrôlent maintenant la compagnie, et qui pourraient bénéficier directement des procédures, ne sont pas directement responsables du retard excessif et ne doivent pas être privés de l'occasion d'établir le bien-fondé de leur cause—Requête rejetée—La défenderesse a droit aux frais de la requête, fixés à 500 \$—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 324.

R & W SUCH HOLDINGS LTD. C. CANADA (T-2386-83, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 4-8-95, 7 p.)

La déclaration fait référence aux pratiques restrictives du commerce, dans le contexte de l'art. 50 de la Loi sur la concurrence, et aux ventes liées visées par l'art. 77—La Cour présume que la demande renvoie à l'art. 36 qui autorise le recouvrement de dommages-intérêts au civil par toute personne qui a subi une perte ou des dommages par suite d'un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la partie VI—L'art. 50 se trouve dans la partie VI—L'acte de procédure est vague, expose peu de faits et tend à obtenir des dommages-intérêts importants—Le recours à l'art. 77 à titre de cause d'action au civil pour obtenir des dommages-intérêts ne peut réussir—L'art. 77 ne figurant pas dans la partie VI, il n'accorde pas au demandeur le bénéfice du droit purement législatif de recouvrer des dommages-intérêts au civil prévu à l'art. 36—L'abus de position dominante régi par la Loi sur la concurrence est simplement une pratique susceptible d'examen sous le régime de la partie VIII, et les poursuites qui s'y rapportent se déroulent devant un tribunal administratif civil—Une conduite n'est répréhensible que si le Tribunal de la concurrence arrive à cette conclusion: *Procter & Gamble Co. c. Kimberly-Clark of Canada Ltd.* (1991), 40 C.P.R. (3d) 1 (C.F. 1^{re} inst.)—Rien n'indique dans la déclaration que des procédures aient été intentées devant le Tribunal de la concurrence—Les ventes liées ne sont pas illégales en l'absence d'un texte législatif les interdisant: *Harbord Insurance Services Ltd. v. Insurance Corp. of British Columbia* (1993), 9 B.L.R. (2d) 81 (C.S.C.-B)—L'art. 75(1), qui est la première disposition de la partie VIII et qui porte sur les pratiques restrictives du commerce et sur le refus de vendre, ne confère pas un droit d'action susceptible d'être exercé devant un tribunal de common law ou d'*equity*, mais constitue un domaine confié exclusivement au Tribunal de la concurrence: *Cellular Rental Systems Inc. v. Bell Mobility Cellular Inc.* (1995), 23 O.R. (3d) 766 (C. div.)—La présente action a été introduite après la radiation de la déclaration antérieure—La simple formulation d'assertions, de conjectures et de conclusions dans le reste de la déclaration ne constitue pas une cause d'action—La déclaration ne révèle pas une cause raisonnable d'action—Elle est vexatoire et gênante parce qu'elle n'allègue pas suffisamment de faits pour que la défenderesse puisse se défendre—La

PRATIQUE—Suite

présente action constitue un emploi abusif des procédures de la Cour car des allégations sérieuses ont été faites sans qu'aucun fait ne soit plaidé—Il est impossible de modifier la déclaration de manière à établir un lien entre une simple assertion de pratiques restrictives du commerce et les dommages-intérêts substantiels qui sont réclamés—L'action est radiée sans autorisation de modifier—Aucuns dépens n'ont été accordés à l'égard de la première requête en radiation—Bien qu'un plaideur sans formation juridique ne puisse tirer prétexte de sa méconnaissance des Règles, il ne devrait pas nécessairement être pénalisé la première fois, même pour une erreur substantielle dans ses actes de procédure—En dépit des avertissements donnés dans les motifs antérieurs, le demandeur a déposé une déclaration similaire dans la présente action—La défenderesse a dû engager des dépenses considérables afin de faire radier un acte de procédure qui ne révèle aucune cause d'action, est gênant, vexatoire et abusif—La défenderesse a donc droit aux dépens, de même qu'à des débours—Le demandeur ne peut intenter d'autres actions devant la Cour avant que ces frais et débours aient été payés—Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 36 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 1, art. 11), 50, 75 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45), 77 (mod., *idem*).

CEMINCHUK C. IBM CANADA LTD. (T-1530-95, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 21-8-95, 10 p.)

PRESCRIPTION

Un agent de la GRC, qui travaillait à la section des infractions financières, a fait l'objet d'une audition disciplinaire—Au moment où l'infraction a été commise, il n'existait aucun délai de prescription pour le commencement des procédures disciplinaires existant sous le régime de la Loi (ancienne loi)—Une modification apportée à la Loi (nouvelle loi) a introduit la prescription d'un an pour les accusations disciplinaires—Le tribunal disciplinaire a trouvé le requérant coupable relativement aux accusations portées; le requérant a interjeté appel de cette décision devant le commissaire; le Comité externe d'examen a avisé le commissaire de la prescription prévue par la nouvelle loi—Le commissaire n'a pas tenu compte des recommandations du Comité externe d'examen, et il a confirmé la décision du tribunal disciplinaire—Le requérant a sollicité une ordonnance qui forcerait le commissaire à suivre les recommandations du Comité externe d'examen—Le rapport du Comité externe d'examen a un caractère simplement consultatif—La nouvelle loi s'applique si le délai de prescription constitue une question de procédure; l'ancienne loi s'applique si le délai de prescription est une question de fond—Excepté des questions telles que les délais de dépôt des actes de procédure, le délai de prescription doit être considéré comme constituant une règle de fond (*Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022)—Les circonstances du cas jouent un rôle très important dans le règlement de la question de savoir si le

PRATIQUE—Fin

délai de prescription constitue une règle de fond ou une règle de procédure—En introduisant la nouvelle loi, le Parlement n'a pas voulu limiter le délai dans lequel le commissaire devait porter des accusations contre un agent de la GRC—Le requérant a été inculpé en vertu de l'ancienne loi; le fait que la nouvelle loi introduit le délai de prescription est de peu d'importance pour les faits de l'espèce—Le délai de prescription sous le régime de la nouvelle loi ne s'applique pas aux accusations portées sous l'empire de l'ancienne loi—Le requérant a également prétendu que le pouvoir du commissaire d'entendre un appel d'une décision du tribunal disciplinaire violait le droit prévu à l'art. 11*d*) de la Charte—L'art. 11*d*) s'applique seulement si la possibilité d'une punition grave existe, c.-à-d. une punition grave qui comporte habituellement un emprisonnement, mais aussi une grosse amende (*R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541)—Un tel emprisonnement ou une telle amende vise, non pas à maintenir la discipline à l'interne, mais à réparer le tort causé à la société—L'imposition d'une amende équivalant à deux semaines de salaire ne vise pas à réparer le tort causé à la société, mais vise plutôt à maintenir la discipline au sein de la GRC—Aucune violation des droits de requérant garantis par la Charte—Le pouvoir du commissaire n'a pas été rendu caduc par la nouvelle loi—Demande rejetée—Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), ch. R-10, art. 43(8) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 8, art. 16)—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II n^o 44], art. 11*d*).

LAQUERRE C. CANADA (COMMISSAIRE DE LA GENDARMERIE ROYALE DU CANADA) (T-1937-94, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 25-7-95, 31 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Contrôle judiciaire d'une décision rendue par un agent régional de sécurité—Un employé de la compagnie Westcoast Energy a été grièvement blessé pendant qu'il procédait au «raclage» (nettoyage de la surface interne) d'une canalisation—L'omission par les travailleurs d'ouvrir la vanne de purge arrière a été la cause de l'accident—Conformément à l'art. 145 du Code canadien du travail, un agent de sécurité a enquêté sur les manquements au Code après l'accident et a donné à la compagnie Westcoast six instructions pour modifier le comportement concerné—L'employeur lésé a demandé la révision de la décision de l'agent de sécurité par l'agent régional de sécurité conformément à l'art. 146—L'agent régional de sécurité a annulé trois instructions et en a modifié trois—L'instruction n^o 1 portait sur l'utilisation d'appareils respiratoires—Les employés avaient un appareil respiratoire en leur possession au moment de l'accident et avaient reçu la formation nécessaire pour s'en servir—Les cours de formation précisaient que les employés devaient utiliser ces appareils—L'agent régional de sécurité était

RELATIONS DU TRAVAIL—Suite

d'accord avec l'agent de sécurité pour dire que la compagnie Westcoast n'avait pas veillé à ce que ses employés utilisent l'équipement de protection respiratoire comme prévu—Il a conclu qu'il y avait eu contravention à l'art. 125*v*) du Code canadien du travail et à l'art. 12.1 du Règlement du Canada sur l'hygiène et la sécurité au travail—Les instructions n^o 5 et n^o 6 portaient sur les purgeurs, c'est-à-dire un dispositif de sécurité installé sur le pipeline—Les purgeurs se bouchaient facilement à force d'être exposés au gaz sulfureux humide—La compagnie Westcoast a débranché expressément les purgeurs parce qu'ils donnaient aux employés un faux sentiment de sécurité—L'agent régional de sécurité a conclu qu'il y avait eu contravention à l'art. 125.1*a*) du Code et à l'art. 10.16*b*) du Règlement—(1) L'agent de sécurité et l'agent régional de sécurité sont les personnes dont les décisions sont contestées par la requérante, mais elles n'ont pas d'intérêts opposés à ceux de la requérante—Elles pourraient obtenir la qualité de parties intervenantes—L'intimé approprié aurait dû être le procureur général du Canada—(2) L'agent régional de sécurité était tenu d'interpréter les dispositions du Code canadien du travail et du Règlement—Les questions dont il a été saisi ont été considérées comme des questions mixtes de fait et de droit—La norme de contrôle applicable aux questions de droit en l'espèce se trouve quelque part entre la norme du caractère raisonnable et celle de l'absence d'erreur—(3) La décision de l'agent régional de sécurité concernant l'utilisation de l'équipement respiratoire est une conclusion de fait et ne devrait pas être modifiée—La conclusion selon laquelle, à la suite de la non-utilisation de l'équipement respiratoire par les employés, la compagnie Westcoast contrevenait au Code et au Règlement est une question de droit—La preuve ne vient tout simplement pas étayer une conclusion selon laquelle la compagnie Westcoast savait ou que tout le monde savait que ses employés ne se servaient pas de l'équipement respiratoire prescrit—L'employeur n'était pas au courant du fait que ses employés contrevenaient à la politique concernant l'équipement respiratoire et n'a pas eu la possibilité de répondre à de telles allégations—Il ne faudrait pas interpréter l'art. 125*v*) du Code et l'art. 12.1 du Règlement comme imposant des obligations juridiques à un employeur pour la conduite d'employés qui reconnaissent avoir fait preuve de légèreté, notamment lorsque rien ne prouve que l'employeur ait encouragé la passivité à l'égard de sa politique en matière de sécurité ou ait fermé les yeux sur cette passivité—Ce faisant, l'agent régional de sécurité a commis une erreur de droit—(4) Il n'existait pas d'autre dispositif de sécurité pour remplacer les purgeurs—L'agent régional de sécurité a commis une erreur de droit en ce qui concernait les purgeurs—Il est erroné d'interpréter le Code et le Règlement comme prescrivant l'utilisation d'un dispositif de sécurité non sécuritaire et non fiable ou comme imposant le recours à un dispositif de sécurité qui n'existe pas réellement—Demande accueillie—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1602(3) (éditée par DORS/92-43, art. 19)—Code

RELATIONS DU TRAVAIL—Suite

canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 125v) (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 4), 125.1a) (édicte par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 24, art. 4), 145 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 4), 146 (mod., *idem*)—Règlement du Canada sur l'hygiène et la sécurité au travail, DORS/86-304, art. 10.16b), 12.1.

WESTCOAST ENERGY INC. C. CADIEUX (T-1607-93, juge Cullen, ordonnance en date du 27-11-95, 13 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le CCRT a accueilli une demande visant à étendre l'unité de négociation des employés de «Toronto/Peterborough» de Brink's Canada Limitée à «l'ensemble de l'Ontario»—L'art. 32 du Code canadien du travail autorise un regroupement de syndicats à présenter une demande à titre d'agent négociateur d'une unité de négociation—Plusieurs sections locales sont membres à la fois du Canada Council of Teamsters et du Teamsters Joint Council—Les questions en litige sont celles de savoir: (1) si le Conseil a omis de se demander si la majorité des employés de la requérante se trouvant en Ontario désiraient que le Canada Council les représente; (2) si, en omettant de suivre les procédures qu'il avait lui-même établies, le Conseil a violé les principes de justice naturelle—Si la compétence du Conseil est en cause, le critère de contrôle applicable est celui du bien-fondé de sa décision—Si la question à trancher est du ressort du Conseil, celui-ci doit avoir agi de façon manifestement déraisonnable pour que la Cour intervienne—La demande est rejetée—(1) L'accréditation des regroupements relève indubitablement de la compétence du Conseil—La situation met en cause deux regroupements qui ont le même président, qui sont tous deux des regroupements de «Teamsters» et qui se partagent un nombre élevé de membres—L'examen du caractère manifestement déraisonnable de la décision du Conseil doit se faire en fonction de la responsabilité dont le Conseil est investi en ce qui concerne la surveillance et le développement du régime légal énoncé dans le Code—Le Conseil est

RELATIONS DU TRAVAIL—Fin

investi du mandat et de la compétence nécessaires pour trancher de telles situations—Le Conseil n'a pas agi de façon irrationnelle lorsqu'il a décidé de ne pas mener une enquête plus approfondie au sujet de l'influence du Joint Council sur les membres du Canada Council—Le Conseil a eu raison de conclure, conformément à l'art. 28c) du Code, que la majorité des employés de l'unité de négociation de «l'ensemble de l'Ontario» désiraient que le Canada Council soit leur agent négociateur—(2) Le Code n'oblige pas le Conseil à se conformer aux procédures qu'il a lui-même établies—La requérante n'a pas le droit d'exiger que le Conseil suive ses propres procédures—Pour que la doctrine de l'attente légitime s'applique, il faut présenter des éléments de preuve établissant l'existence d'une «pratique courante»—La requérante doit démontrer que la procédure constitue une pratique courante du Conseil depuis un certain temps—On trouve un exemple de cette obligation dans l'arrêt *F.A.I. Insurances Ltd. v. Winneke* (1982), 151 C.L.R. 342 (H.C. Aust.)—Dans l'arrêt *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier et autre c. Conseil canadien des relations du travail* (1994), 174 N.R. 57 (C.A.F.), le juge Marceau, J.C.A., n'a pas conclu que la doctrine de l'attente légitime ne s'appliquait pas aux décisions du CCRT—La doctrine de l'attente légitime s'applique uniquement aux attentes liées à la procédure, et non à celles qui concernent le fond—La requérante ne peut légitimement s'attendre à ce que le Conseil suive ces procédures dans chaque cas—La preuve n'indique pas que ces procédures ont été régulièrement suivies pendant un certain temps—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 18, 22 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 56), 28, 32—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(4) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5), 28.

BRINK'S CANADA LTD. C. CANADA COUNCIL OF TEAMSTERS (A-409-94, juge McDonald, J.C.A., jugement en date du 9-8-95, 15 p.)

Available from Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En vente : Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9