



---

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**2003, Vol. 2, Part 1**

**2003, Vol. 2, 1<sup>er</sup> fascicule**



EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF  
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

---

LEGAL STAFF

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

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

PRODUCTION STAFF

Production Manager  
LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Publications Specialist  
DIANE DESFORGES

Internet and CRIS Coordinator  
LISE LEPAGE-PELLETIER

Editorial Assistant  
PIERRE LANDRIAULT

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

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

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

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

ARRÊTISTES

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

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication  
LAURA VANIER

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

Spécialiste des publications  
DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, Internet et SIRC  
LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition  
PIERRE LANDRIAULT

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

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

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

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

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

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

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

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

## CONTENTS

Digests ..... D-1  
Appeals Noted ..... I

**Budhai v. Canada (Attorney General) (C.A.) . . . . . 57**

Employment Insurance—Applicant claiming employment insurance benefits after being laid off in September 1999 because of shortage of work—Collective agreement concluded while in receipt of employment insurance benefits—In letter of agreement, employer agreeing to pay \$1,000 “signing bonus” to all active, inactive employees not terminated at date of agreement who had worked hours between January, October 1999—Payable only if collective agreement ratified—Commission allocating bonus to week collective agreement ratified, resulting in overpayment of benefits—Board of Referees applying Employment Insurance Regulations, s. 36(4) requiring allocation of “earnings payable under a contract of employment for the performance of services” to period in which services performed—Not expressly providing amount payable to employee “for the performance of services” only if related to number of hours worked— Board of Referees’ conclusion “signing bonus” payable “for the performance of services” not unreasonable.

*Continued on next page*

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

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

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

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

## SOMMAIRE

Fiches analytiques ..... F-1  
Appels notés ..... I

**Budhai c. Canada (Procureur général) (C.A.) . . . . . 57**

Assurance-emploi—Le demandeur a demandé des prestations d'assurance-emploi après avoir été mis en disponibilité en septembre 1999 à cause d'une pénurie de travail—Une convention collective a été conclue alors qu'il touchait des prestations—Dans une lettre d'entente, l'employeur s'engageait à verser une «prime à la signature» de 1 000 \$ à tous les employés actifs et inactifs qui n'avaient pas fait l'objet d'une cessation d'emploi à la date de la convention et qui avaient effectué des heures de travail entre janvier et octobre 1999—Cette prime était payable uniquement si la convention collective était ratifiée—La Commission a réparti la prime sur la semaine où la convention collective avait été ratifiée, ce qui a donné lieu à un versement excédentaire de prestations—Le conseil arbitral a appliqué l'art. 36(4) du Règlement sur l'assurance-emploi, qui prévoit que «[l]a rémunération payable [. . .] aux termes d'un contrat de travail en échange des services rendus» est répartie sur la période pendant laquelle ces services ont été fournis—Cette disposition ne prévoit pas expressément qu'un montant peut être payé à un employé «en échange des services nombre d'heures de travail effectuées—La conclusion rendus» uniquement si ce montant a un rapport avec le nombre d'heures de travail effectuées—La conclusion du conseil

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Administrative Law—Judicial Review—*Certiorari*—Judicial review of Umpire’s decision allowing appeal from decision of Board of Referees Employment Insurance Regulations, s. 36(4) applied to signing bonus— Umpire ruling “signing bonus” earnings arising from transaction under s. 36(19)(b)—Errors of law committed by Umpire including standard of review applied—Expertise of boards of referees, umpires reviewed—Principal issue decided by Board of Referees question of mixed fact and law—Expertise of umpires (judges, former judges) prevailing over that of board of referees on question of statutory interpretation— Procedure before board of referees, umpire informal—Unreasonableness *simpliciter* appropriate standard of review where board of referees applying statute to facts —Role of judicial appellate body to ensure correct law applied.

### Canada (Minister of Human Resources Development) v. Woodcock (C.A.) . . . . . 206

Pensions—Judicial review of Pension Appeals Board’s decision respondent entitled to disability pension under Canada Pension Plan—In 1997 respondent applying for disability pension, division of unadjusted pensionable earnings following divorce under s. 55.1—Deemed disabled 15 months before submitted application—Not entitled to disability pension under s. 44(1)(b)(i), (ii)— S. 44(1)(b)(iv) saving entitlement to disability pension only if s. 55.1 attribution of pension credits given retrospective effect—No basis for refusal to accept s. 55.1 application in 1993—While not expressly permitting effective date of s. 55.1 attribution to predate application, nothing precluding retrospective attribution in case where s. 44(1)(b)(iv) requiring eligibility for disability pension to be determined on basis of hypothetical application—Canada Pension Plan Regulations, s. 54.2 prescribing effective date of attribution having no purpose if effective date of attribution must always be date of divorce.

Construction of Statutes—Respondent’s entitlement to disability pension under Canada Pension Plan saved by s.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

arbitral selon laquelle la «prime à la signature» était payable «en échange des services rendus» n’était pas déraisonnable.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—*Certiorari*—Contrôle judiciaire d’une décision par laquelle un juge-arbitre a accueilli l’appel interjeté contre une décision rendue par un conseil arbitral selon laquelle l’art. 36(4) du Règlement sur l’assurance-emploi s’appliquait à la prime à la signature—Le juge-arbitre a décidé que la «prime à la signature» constituait une rémunération résultant d’une opération en vertu de l’art. 36(19)(b)—Le juge-arbitre a commis des erreurs de droit, notamment en ce qui a trait à la norme de contrôle appliquée— L’expertise des conseils arbitraux et des juges-arbitres a été examinée—La principale question sur laquelle le conseil arbitral devait statuer était une question de fait et de droit—L’expertise des juges-arbitres (des juges en place et d’anciens juges) l’emporte sur celle d’un conseil arbitral pour ce qui est des questions d’interprétation législative—La procédure devant le conseil arbitral et devant le juge-arbitre est de nature informelle —C’est la norme de la décision déraisonnable *simpliciter* qu’il convient d’appliquer lorsque le conseil arbitral applique la loi aux faits—Il appartient à l’organisme d’appel judiciaire de veiller à ce que le droit pertinent soit appliqué.

### Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Woodcock (C.A.) . . . . . 206

Pensions—Contrôle judiciaire d’une décision de la Commission d’appel des pensions selon laquelle la défenderesse a droit à une pension d’invalidité en vertu du Régime de pensions du Canada (RPC)—En 1997, la défenderesse a présenté une demande pour une pension d’invalidité et le partage des gains non ajustés à la suite d’un divorce en vertu de l’art. 55.1— Réputée invalide 15 mois avant le dépôt de la demande— Aucun droit à une pension d’invalidité en vertu de l’art. 44(1)(b)(i), (ii)—L’art. 44(1)(b)(iv) ne sauvegarde le droit à une pension d’invalidité que si un effet rétroactif est donné à l’attribution de droits à pension en vertu de l’art. 55.1— Aucun fondement pour refuser d’accepter une demande fondée sur l’art. 55.1 en 1993—Sans qu’il soit expressément autorisé que la date de prise d’effet d’une attribution en vertu de l’art. 55.1 soit antérieure à la demande, rien n’empêche une attribution rétroactive dans un cas où l’art. 44(1)(b)(iv) exige que l’admissibilité à une pension d’invalidité soit déterminée sur la base d’une demande hypothétique— L’art. 54.2 du Règlement sur le RPC qui fixe la date à laquelle prend effet l’attribution est sans objet si la date à laquelle prend effet l’attribution doit toujours être la date du divorce.

Interprétation des lois—Droit de la défenderesse à une pension d’invalidité en vertu du Régime de pensions du

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

44(1)(b)(iv) only if s. 55.1 attribution of pension credits given retrospective effect—No basis for refusal to accept s. 55.1 application in 1993—While not expressly permitting effective date of s. 55.1 attribution to predate application, nothing precluding retrospective attribution in case where s. 44(1)(b)(iv) requiring eligibility for disability pension to be determined on basis of hypothetical application—Canada Pension Plan Regulations, s. 54.2 prescribing effective date of attribution having no purpose if effective date of attribution must always be date of divorce.

### **Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Seifert (T.D.) . . . . . 83**

Administrative Law—In action concerning revocation of defendant's citizenship, motion under Federal Court Rules, 1998, r. 221 to strike defendant's counterclaim including plea based on bias on part of Minister— Whether statements by Minister, Jewish woman, in speeches, stating happy to revoke citizenship of two Nazi war criminals indicating bias— Standard applicable to government minister: somewhere on continuum between reasonable apprehension of bias (as decision will have serious consequences for defendant), open mind (as Minister, politician, elected at least in part by reason of views).

Practice—Pleadings—Motion to Strike—In action concerning revocation of defendant's citizenship, motion to strike defendant's counterclaim including pleas based on Charter, misfeasance of public duty, defamation, bias on part of Minister, under Federal Court Rules, 1998, r. 221—Part of counterclaim invoking Charter, ss. 7, 11 relied upon for attack on whole of legislative scheme, under Immigration Act, dealing with people in citizenship revocation proceedings not struck out—Parts of counterclaim referring to Charter, s. 11 not representing attack on legislation as whole struck out as containing no cause of action—Plaintiff failed to meet very high standard for striking out pleadings when arguing counterclaim proposing retroactive application of Charter—Part of counterclaim alleging bias ordered amended to allege Minister failed to meet appropriate standard midway between that of open mind, avoiding reasonable apprehension of bias— Allegation of defamation allowed to stand as no absolute privilege extending to Minister's statements.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Canada (RPC) sauvegardé par l'art. 44(1)(b)(iv) seulement si un effet rétroactif est donné à l'attribution de droits à pension en vertu de l'art. 55.1—Aucun fondement pour refuser d'accepter une demande liée à l'art. 55.1 en 1993—Rien dans le RPC n'autorise expressément que la date de prise d'effet d'une attribution en vertu de l'art. 55.1 soit antérieure à la demande, cependant rien n'empêche une attribution rétroactive dans un cas où l'art. 44(1)(b)(iv) exige que l'admissibilité à une pension d'invalidité soit déterminée sur la base d'une demande hypothétique—L'art. 54.2 du Règlement sur le RPC qui fixe la date à laquelle prend effet l'attribution est sans objet si la date à laquelle prend effet l'attribution doit toujours être la date du divorce.

### **Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Seifert (1<sup>re</sup> inst.) . . . . . 83**

Droit administratif—Dans une action concernant la révocation de la citoyenneté du défendeur, on avait présenté une requête fondée sur la règle 221 des Règles de la Cour fédérale (1998) en vue de faire radier la demande reconventionnelle du défendeur, qui incluait des plaidoiries fondées sur la partialité du ministre— Question de savoir si les commentaires qui avaient été faits dans des discours par le ministre, une femme juive, à savoir qu'elle était heureuse de révoquer la citoyenneté de deux criminels de guerre nazis, indiquaient qu'il y avait partialité— La norme à appliquer à un ministre de l'État se situe entre l'extrémisme du spectre où se trouve le critère de la crainte raisonnable de partialité (la décision ayant des conséquences sérieuses pour le défendeur) et celle où se trouve le critère de l'esprit ouvert (le ministre étant un politicien élu, du moins en partie, en raison de ses opinions).

Pratique—Actes de procédure—Requête en radiation—Dans une action concernant la révocation de la citoyenneté du défendeur, on avait présenté une requête fondée sur la règle 221 des Règles de la Cour fédérale (1998) en vue de faire radier la demande reconventionnelle du défendeur, qui incluait des plaidoiries fondées sur la Charte, sur l'abus d'autorité dans l'exercice d'une charge publique et sur la diffamation ainsi que sur la partialité dont avait fait preuve le ministre—La partie de la demande reconventionnelle dans laquelle les art. 7 et 11 de la Charte étaient invoqués et sur laquelle on s'était fondé pour contester l'ensemble du régime législatif prévu par la Loi sur l'immigration, à l'égard des gens qui sont en cause dans une procédure de révocation de la citoyenneté, n'a pas été radiée—Les parties de la demande reconventionnelle dans lesquelles il était fait mention de l'art. 11 de la Charte ne représentant pas une contestation de la législation dans son ensemble ont été radiées pour le motif qu'elles ne contenaient aucune cause d'action—Le demandeur n'a pas satisfait à la norme fort stricte qui s'applique à la radiation des actes de procédure en soutenant que la demande

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) . . . . . 3**

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Judicial review of visa officer’s rejection of application for permanent residence pursuant to Immigration Act, s. 19(1)(a)(ii) on ground developmentally delayed dependent son might reasonably be expected to cause excessive demands on Canadian social services—Principles from case law reviewed—Visa officer must consider all available evidence in reaching conclusion as to “excessive demands”—Wealth of applicant relevant where issue demand on social, not medical, services—Visa officer erred in not considering applicant’s response to initial notification son inadmissible, including plan to provide sheltered employment, family’s wealth.

### **Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser (C.A.) . . . . . 165**

Patents—Infringement—Respondents owner, licensee of patent “Glyphosate-Resistant Plants”—Trial Judge finding patent infringed—Grounds of appeal relating to infringement, remedies—Infringement function of scope of statutory monopoly—Principles applicable to construction of patent claims reviewed—Trial Judge correctly applying those principles—Neither misapprehending evidence nor considering inadmissible evidence.

Agriculture—Appellants allegedly infringing Monsanto’s Canadian patent by planting crop of glyphosate-resistant canola having patented genetic insert—Canola seed containing Monsanto gene produced in Canada since 1996 under licence from Monsanto, marketed to farmers under trade-

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

reconventionnelle prônait une application rétroactive de la Charte—Il a été ordonné que la partie de la demande reconventionnelle dans laquelle la partialité était alléguée soit modifiée de façon qu’il soit allégué que le ministre n’avait pas satisfait à la norme appropriée, se situant au milieu du spectre, entre le critère de l’esprit ouvert et le critère voulant que le ministre évite de susciter une crainte raisonnable de partialité—L’allégation de diffamation a été maintenue pour le motif qu’aucun privilège absolu ne s’appliquait aux déclarations du ministre.

### **Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (1<sup>re</sup> inst.) . . . . . 3**

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Demande de contrôle judiciaire présentée à l’égard de la décision d’une agente d’immigration qui a refusé, en vertu de l’art. 19(1)a)(ii) de la Loi sur l’immigration, la demande de résidence permanente au Canada présentée par le demandeur pour le motif que l’un de ses fils à charge souffre d’un retard de développement qui est susceptible d’entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux s’il était admis au Canada—Examen des principes établis par la jurisprudence—L’agent des visas est tenu de considérer tous les éléments de preuve pour en arriver à sa propre conclusion au sujet du «fardeau excessif»—Les moyens financiers du demandeur sont pertinents lorsque la question en litige concerne les services sociaux et non pas les services médicaux—L’agente des visas a commis une erreur en ne tenant pas compte de la réponse du demandeur à l’avis médical initial selon lequel son fils n’était pas admissible, ainsi qu’en ne tenant pas des moyens financiers de la famille et du projet visant à créer un emploi protégé pour le fils.

### **Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser (C.A.) . . . . . 165**

Brevets—Contrefaçon—Les intimées étaient respectivement propriétaire et titulaire d’un brevet appelé «Plantes résistant au glyphosate»—Le juge de première instance a conclu que le brevet avait été contrefait—Les moyens d’appel se rapportaient à la contrefaçon et aux réparations—La contrefaçon est fonction de l’étendue du monopole conféré par la loi—Examen des principes applicables à l’interprétation des revendications d’un brevet—Le juge de première instance a correctement appliqué ces principes—Il n’a pas mal interprété la preuve et n’a pas tenu compte d’éléments de preuve non admissibles.

Agriculture—Les appelants auraient contrefait le brevet canadien de Monsanto en plantant, aux fins de la récolte, du canola résistant au glyphosate contenant un insert génétique breveté—Des graines de canola contenant le gène Monsanto étaient produites au Canada depuis 1996 en vertu d’une

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

name “Round Ready Canola”—Monsanto not waiving right to assert patent rights against appellant by allowing glyphosate-resistant canola to be released into environment—Cultivation of crop of canola grown from seeds of glyphosate-resistant canola plants infringing patent.

Damages—Compensatory—Under Patent Act, s. 55(1), person infringing patent liable for all damages sustained by patent holder by reason of infringement—Injunction preventing use of seeds appellants “knows to or ought to know” contain patented genes not overly broad—Award of damages not excessive—Costs considered in accounting of profits those directly associated with infringing activity—Award of profits as remedy for patent infringement equitable remedy—Trial Judge making no error in reducing award to reflect reasonable allowance for farmer’s labour.

### **Ragdoll Productions (UK) Ltd. v. Jane Doe (T.D.) . . . . . 120**

Practice—Judgments and Orders—Default Judgment—In motions for default judgment, plaintiffs relying on failure to defend claim as admission of liability—Statement to that effect in *Viacom Ha! v. Jane Doe* based on misunderstanding of Federal Court Rules, 1998—R. 184 providing allegations of facts in pleading not admitted deemed denied—Plaintiffs unable to rely on bare fact of failure to defend claim—Must satisfy judge on balance of probabilities infringement occurred—Plaintiffs entitled to rely on order resulting from review of execution of Anton Piller orders to establish infringement—As defendants not filing materials in defence, motions allowed.

Trade-Marks—Infringement—Motions for default judgment—Defendants’ goods seized under rolling Anton Piller orders, said to infringe plaintiffs’ trade-marks, copyrights—Defendants opposing motion on ground of insufficiency of plaintiffs’ materials, but filing no material themselves—

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

licence accordée par Monsanto, et commercialisées auprès des agriculteurs sous le nom commercial «Round Ready Canola»—Monsanto n’avait pas renoncé au droit de revendiquer les droits qu’elle possédait sur le brevet à l’encontre de l’appellant en laissant du canola résistant au glyphosate s’échapper dans l’environnement—La culture du canola à l’aide de graines provenant de plantes résistant au glyphosate violait le brevet.

Domages-intérêts—Compensatoires—En vertu de l’art. 55(1) de la Loi sur les brevets, la personne qui contrefait un brevet est responsable de tous les dommages-intérêts subis par le titulaire du brevet en raison de la contrefaçon—L’injonction interdisant l’utilisation de graines qui contenaient les gènes brevetés, ce que les appelants «savaient ou auraient dû savoir», n’était pas trop générale—Le montant accordé au titre des dommages-intérêts n’était pas excessif—Les coûts pris en considération dans la comptabilisation des bénéfices sont ceux qui se rattachaient directement à l’activité de contrefaçon—L’octroi des profits comme réparation à la suite de la contrefaçon d’un brevet constitue une réparation en *equity*—Le juge de première instance n’a pas commis d’erreur en réduisant le montant adjugé de façon qu’il soit tenu compte d’un montant raisonnable refétant le travail de l’agriculteur.

### **Ragdoll Productions (UK) Ltd. c. Personnes inconnues (1<sup>re</sup> inst.) . . . . . 120**

Pratique—Jugements et ordonnances—Jugement par défaut—Dans des requêtes en jugement par défaut, les demandresses ont invoqué l’omission de contester la réclamation comme s’il s’agissait d’un aveu de responsabilité—La déclaration en ce sens faite dans *Viacom Ha! c. Uneielle* était fondée sur une mauvaise compréhension des Règles de la Cour fédérale (1998)—Selon la règle 184, les allégations de fait contenues dans un acte de procédure qui ne sont pas admises sont réputées être niées—Les demandresses ne pouvait s’appuyer sur la seule existence d’un défaut pour contester une réclamation—Elles devaient convaincre le juge selon la probabilité la plus forte qu’il y a eu contrefaçon—Elles étaient autorisées à se fonder sur une ordonnance résultant d’un examen touchant l’exécution d’ordonnances Anton Piller pour établir la contrefaçon—Les défendeurs n’ayant pas produit d’éléments de preuve en défense, les requêtes ont été accueillies.

Marques de commerce—Contrefaçon—Requêtes en jugement par défaut—Les marchandises des défendeurs, saisies en vertu d’ordonnances Anton Piller renouvelables, porteraient atteinte aux marques de commerce et aux droits d’auteur des demandresses—Les défendeurs ont contesté la requête pour

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

Evidence of infringement found in plaintiffs' solicitor's affidavit, affidavit of employee of plaintiffs' solicitors—As to adequacy of proof of infringement, must persuade Court on balance of probabilities infringement occurred—Application of standard as to nature of evidence required to establish infringement on return of review motion set out by F.C.T.D. in *Tommy Hilfiger Licensing, Inc. v. Jane Doe*—As plaintiffs entitled to rely upon review order, onus on defendants to make out positive defence—Infringement of trade-marks proved—Absent evidence upon which to set aside conclusion as to infringement inherent in review order, defendants bound by conclusion—Plaintiffs entitled to relief sought.

Damages—Non-Compensatory—Nominal—(1) Whether plaintiffs' seizure of defendants' goods pursuant to rolling Anton Piller orders, issuance of injunction restraining latter from dealing in counterfeit goods inconsistent with claim for damages, amounting to election of remedies—Legislation governing copyright, trade-marks providing for availability of both remedies—No authority preventing plaintiffs from claiming both—(2) Plaintiffs seeking damages in accordance with scale applied in Court—Where damage occurred but proof of amount damages lacking, nominal damages sometimes awarded—Once infringement proven, damages occurred, plaintiffs entitled to Court's best estimate of damages without being limited to nominal damages—Use of phrase "minimum nominal damages" unfortunate, misleading—Amount of awards, when stacked, not "nominal" damages, "minimum nominal" damages.

Practice—Discovery—Anton Piller Orders—Rolling Anton Piller orders executed in favour of plaintiffs—Defendants not contesting lawfulness of execution of orders at review hearing—Plaintiffs seeking default judgments—Review order judicial determination infringement occurred—In absence of evidence to contrary, conclusive—Onus on defendants to make out positive defence—As defendants not filing any material, motions allowed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

cause d'insuffisance de la preuve des demanderesse, mais n'ont eux-mêmes produit aucune preuve—La preuve de la contrefaçon se trouvait dans l'affidavit de l'avocat des demanderesse et l'affidavit d'un employé des avocats des demanderesse—Pour prouver la contrefaçon de façon adéquate, il faut convaincre la Cour de l'existence de la contrefaçon selon la probabilité la plus forte—L'application de la norme relative à la nature de la preuve exigée pour établir la contrefaçon lors de l'audition de la requête en révision a été énoncée dans la décision *Tommy Hilfiger Licensing, Inc. c. Unetelle* (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—Les demanderesse ayant le droit d'invoquer l'ordonnance de révision, il appartenait aux défendeurs d'établir une défense sur le fond—La contrefaçon des marques de commerce a été prouvée—En l'absence d'une preuve permettant de rejeter la conclusion de contrefaçon inhérente à l'ordonnance de révision, les défendeurs étaient liés par cette conclusion—Les demanderesse avaient droit à la réparation demandée.

Domages-intérêts—Non-compensatoires—Symboliques—1) La saisie, par les demanderesse, des marchandises des défendeurs en application d'ordonnances Anton Piller renouvelables et le prononcé d'une injonction interdisant le commerce de marchandises contrefaites étaient-ils incompatibles avec la demande de dommages-intérêts et emportaient-ils le choix d'une réparation?—Les dispositions législatives touchant les droits d'auteur et marques de commerce prévoient la possibilité d'obtenir les deux réparations—Rien dans la jurisprudence n'empêche les demanderesse de demander les deux réparations—2) Les demanderesse ont réclamé des dommages-intérêts conformément au barème appliqué par la Cour—Lorsqu'un dommage est subi, mais que rien n'établit le montant de la perte, il arrive que des dommages-intérêts symboliques soient accordés—Une fois la contrefaçon et le préjudice établis, les demanderesse avaient droit à une évaluation optimale des dommages-intérêts par la Cour sans devoir se contenter de dommages-intérêts symboliques—L'emploi de l'expression «dommages-intérêts symboliques minimums» est malheureux et trompeur—Le montant des dommages-intérêts, lorsqu'il y a cumul, n'est ni «symbolique» ni «minimum».

Pratique—Communication de documents et interrogatoire préalable—Ordonnances Anton Piller—Ordonnances Anton Piller renouvelables exécutées en faveur des demanderesse—Les défendeurs n'ont pas contesté la légalité de l'exécution des ordonnances lors de l'audience en révision—Les demanderesse ont demandé des jugements par défaut—L'ordonnance de révision est une décision judiciaire constatant la contrefaçon—Faute de preuve contraire, ce constat est probant—Il appartenait aux défendeurs d'établir une défense sur le fond—Comme les défendeurs n'ont produit aucune preuve, les requêtes ont été accueillies.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Tower v. M.N.R. (T.D.)** ..... 146

Income Tax—Practice—MNR requiring applicants' accountants to provide all tax files, tax planning documents, all other files relating to applicants—Documents, information in possession of applicants' accountants not subject to privilege protecting them from disclosure—Requirements demanding responses to written interrogatories, requiring creation of new documents by accountants, outside legal scope of Income Tax Act, s. 231.2(1).

Practice—Privilege—Minister of National Revenue requiring applicants' accountants to provide all tax files, tax planning documents, all other files relating to applicants—Documents, information in possession of applicants' accountants not protected by "class" or "case-by-case" privilege.

### **Water's Edge Village Estates (Phase II) Ltd. v. Canada (C.A.)** ..... 25

Income Tax—Income Calculation—Deductions—Taxpayers purchasing 93.5% interest in U.S. partnership (Klink Development Company) in December 1991 for \$320,000—Klink conveying computer purchased in 1982 for US\$3.7 million but fair market value of which US\$7000 in 1991, to B.C. limited partnership in which had 50% interest—Klink recording net terminal loss under Income Tax Act, s. 20(16)—Taxpayers claiming respective shares of loss in computation of income—MNR disallowing claim—Tax Court Judge confirming reassessments on basis no viable partnership subsisted beyond December 1991 transactions, losses properly denied under general anti-avoidance rule in s. 245—(1) Partnership in existence at close of 1991 taxation year—Taxpayers carried on business in common with view to profit while attempting to exploit computer in selected markets—(2) Losses properly denied under s. 245—1991 transactions providing taxpayers with substantial tax benefit—Tax benefit only reason for transactions—Taxpayers exploited obvious loophole in Act, used Act, ss. 13(21), 20(16) to obtain anomalous, unintended result—S. 245 permitting Court to intervene as misused said provisions, abused capital cost allowance system.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **Tower c. M.R.N. (1<sup>re</sup> inst.)** ..... 146

Impôt sur le revenu—Pratique—Le MRN a enjoint aux experts-comptables des demandeurs de lui communiquer tous les documents se rapportant aux demandeurs, et notamment les dossiers fiscaux et documents de planification—Les documents et renseignements qui se trouvent en la possession des experts-comptables des demandeurs ne sont pas protégés par le secret professionnel—Les demandes de production dans lesquelles le ministre exige des réponses aux questions posées dans le cadre de l'interrogatoire préalable écrit et la création de nouveaux documents par les comptables débordent le cadre légal de l'art. 231.2(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu.

Pratique—Communications privilégiées—Le MRN a enjoint aux experts-comptables des demandeurs de lui communiquer tous les documents se rapportant aux demandeurs, et notamment les dossiers fiscaux et documents de planification—Les documents et renseignements qui se trouvent en la possession des experts-comptables des demandeurs ne sont pas protégés par un «privilege générique» ou par un «privilege fondé sur les circonstances de chaque cas».

### **Water's Edge Village Estates (Phase II) Ltd. c. Canada (C.A.)** ..... 25

Impôt sur le revenu—Calcul du revenu—Déductions—Des contribuables ont acheté une participation de 93,5 % dans une société de personnes américaine (Klink Development Company) en décembre 1991 pour 320 000 \$—Klink a cédé pour 3,7 millions de dollars US un ordinateur qu'elle avait acheté en 1982 mais qui avait une valeur marchande d'environ 7 000 \$US en 1991, à une société en commandite de la Colombie-Britannique dans laquelle elle avait une participation de 50 %—Klink a, conformément à l'art. 20(16) de la Loi de l'impôt sur le revenu, déclaré une perte finale nette—Les contribuables ont cherché à déduire leur quote-part de cette perte dans le calcul de leur revenu—Le MRN a refusé cette déduction—Le juge de la Cour de l'impôt a confirmé les nouvelles cotisations au motif qu'aucune société de personnes viable n'avait survécu aux opérations de décembre 1991 et que c'était avec raison que le ministre avait refusé la déduction des pertes en vertu de la disposition générale anti-évitement contenue à l'art. 245—1) Il existait une société de personnes à la clôture de l'année d'imposition 1991—Les contribuables exploitaient une entreprise en commun en vue de réaliser des bénéfices alors qu'ils essaieraient d'exploiter l'ordinateur sur des marchés choisis—2) La déduction des pertes a été refusée à bon droit en vertu de l'art. 245—Les viable n'avait survécu aux opérations de décembre 1991 et que c'était avec raison que le ministre avait refusé la déduction des pertes en vertu de la disposition générale

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

Income Tax—Partnerships—Tax Court confirming reassessments disallowing claims for shares of partnership's terminal loss on basis no viable partnership—Taxpayers' acquisition of interest in partnership, contribution of obsolete mainframe computer (asset giving rise to loss) to B.C. limited partnership primarily tax motivated—Minister challenging continued existence of partnership as proposed use of computer not giving rise to reasonable expectation of profit—Case law evolving since decision under appeal rendered—Must determine whether lesser business intent existed despite predominant tax motivation—Supreme Court of Canada holding reasonable expectation of profit test not relevant in determining existence of business where activity commercial-like—In absence of personal element, activities directed towards generation of profit, and which bear badges of commerce, constituting business —Taxpayers carried on business in common with view to profit while actively engaged in attempt to exploit computer in selected markets

## SOMMAIRE (Fin)

anti-évitement contenue à l'art. 245 —1) Il existait une société de personnes à la clôture de l'année d'imposition 1991—Les contribuables exploitaient une entreprise en commun en vue de réaliser des bénéfices alors qu'ils essaieraient d'exploiter l'ordinateur sur des marchés choisis—2) La déduction des pertes a été refusée à bon droit en vertu de l'art. 245—Les opérations de 1991 ont procuré aux contribuables un avantage fiscal non négligeable— La recherche d'un avantage fiscal était la seule raison d'être de ces opérations—Les contribuables ont exploité une échappatoire évidente de la Loi et ont utilisé les art. 13(21) et 20(16) de la Loi pour obtenir un résultat anormal et imprévu—L'art. 245 permet à la Cour d'intervenir en cas d'application abusive des dispositions en question et d'abus du système de déduction pour amortissement.

Impôt sur le revenu—Sociétés de personnes—La Cour de l'impôt a confirmé les nouvelles cotisations refusant la déduction par les contribuables de leur quote-part respective de la perte finale d'une société de personnes au motif qu'il n'existait pas de société de personnes viable—L'acquisition par les contribuables de leur participation dans la société de personnes et l'apport dans une société en commandite de la C.-B. d'un ordinateur vétuste (le bien qui a donné lieu à la perte) étaient surtout motivés par des considérations d'ordre fiscal—Le ministre a contesté le fait que la société de personnes continuait d'exister parce que l'utilisation projetée de l'ordinateur ne donnait pas lieu à une expectative raisonnable de profit—La jurisprudence a évolué depuis le prononcé de la décision frappée d'appel—Il s'agissait de savoir si le contribuable avait une intention commerciale secondaire malgré une motivation fiscale prédominante—La Cour suprême du Canada a statué que le critère de l'expectative raisonnable de profit n'est pas pertinent aux fins de déterminer s'il existe une entreprise lorsque l'activité visée est commerciale—Lorsqu'elles ne comportent aucun aspect personnel, les activités qui sont axées sur la production de bénéfices et qui comportent les caractéristiques d'une activité commerciale constituent une entreprise—Les contribuables exploitaient une entreprise en commun en vue de réaliser des bénéfices alors qu'ils s'affairaient activement à essayer d'exploiter l'ordinateur sur des marchés choisis.



## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Pfizer Canada Inc. v. Canada (Attorney General)*, [2003] 1 F.C. 423 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-442-02; 2003 FCA 138). The reasons for judgment, handed down 14/3/03, will be published in the *Federal Court Reports*.

### SUPREME COURT OF CANADA

*Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, [2001] 3 F.C. 70 (C.A.), was reversed by a decision dated 6/3/03, and will be published in the *Supreme Court Reports*.

*Markevich v. Canada*, [2001] 3 F.C. 449 (C.A.), was affirmed by a decision dated 6/3/03, and will be published in the *Supreme Court Reports*.

#### *Applications for Leave to Appeal*

*AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, A-716-01, 2002 FCA 421, Sexton J.A., judgment dated 1/11/02 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 27/3/03.

*Bakht v. Canada (Minister of Human Resources Development)*, A-226-01, 2002 FCA 252, Noël J.A., judgment dated 13/6/02 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 20/3/03.

*Byer v. Canada*, A-624-01, 2002 FCA 428, Décary J.A., judgment dated 8/11/02 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 27/3/03.

*Byer v. Canada*, A-214-02, 2002 FCA 429, Décary J.A., judgment dated 8/11/02 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 27/3/03.

*Byer v. Canada*, A-249-02, 2002 FCA 430, Décary J.A., judgment dated 8/11/02 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 27/3/03.

*Canada v. Whitney*, [2003] 1 F.C. D-18 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 27/3/03.

## APPELS NOTÉS

### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2003] 1 C.F. 423 (1<sup>re</sup> inst.), a été confirmée en appel (A-442-02; 2003 CAF 138). Les motifs du jugement, prononcés le 14-3-03, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

### COUR SUPRÊME DU CANADA

*Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, [2001] 3 C.F. 70 (C.A.), a été infirmé par une décision en date du 6-3-03, qui sera publiée dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

*Markevich c. Canada*, [2001] 3 C.F. 449 (C.A.), a été confirmé par une décision en date du 6-3-03, qui sera publiée dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

#### *Demandes d'autorisation de pourvoi*

*AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, A-716-01, 2002 CAF 421, le juge Sexton, J.C.A., jugement en date du 1-11-02 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 27-3-03.

*Bakht c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, A-226-01, 2002 CAF 252, le juge Noël, J.C.A., jugement en date du 13-6-02 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 20-3-03.

*Byer c. Canada*, A-624-01, 2002 CAF 428, le juge Décary, J.C.A., jugement en date du 8-11-02 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 27-3-03.

*Byer c. Canada*, A-214-02, 2002 CAF 429, le juge Décary, J.C.A., jugement en date du 8-11-02 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 27-3-03.

*Byer c. Canada*, A-249-02, 2002 CAF 430, le juge Décary, J.C.A., jugement en date du 8-11-02 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 27-3-03.

*Canada c. Whitney*, [2003] 1 C.F. F-25 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 27-3-03.

*Cléroux v. Canada (Attorney General)*, A-271-01, 2002 FCA 242, Evans J.A., judgment dated 10/6/02 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 6/3/03.

*Deigan v. Canada (Industry)*, A-240-01, 2002 FCA 273, judgment of the Court dated 25/6/02, leave to appeal to the S.C.C. refused, 20/3/03.

*Gifford v. Canada*, A-191-01, 2002 FCA 301, Rothstein J.A., judgment dated 12/8/02 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 27/3/03.

*Hodge v. Canada (Minister of Human Resources Development)*, [2003] 1 F.C. 271 (C.A.), leave to appeal to the S.C.C. refused, 20/3/03.

*Manson Estate v. M.N.R.*, A-479-00, 2002 FCA 357, Sharlow J.A., judgment dated 3/10/02 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 27/3/03.

*Ontario Assn. of Architects v. Assn. of Architectural Technologists of Ontario*, [2003] 1 F.C. 331 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 27/3/03.

*Pearson v. Canada*, A-76-01, 2002 FCA 324, Linden J.A., judgment dated 11/9/02 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 27/3/03.

*Pearson v. Canada*, A-377-01, 2002 FCA 326, Linden J.A., judgment dated 11/9/02 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 27/3/03.

*Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2003] 1 F.C. 402 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 27/3/03.

*S.T.B. Holdings Ltd. v. Canada*, A-747-01, 2002 FCA 386, Létourneau J.A., judgment dated 15/10/02 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 27/3/03.

*SmithKline Beecham Pharma Inc. v. Apotex Inc.*, [2003] 1 F.C. 118 (C.A.), leave to appeal to the S.C.C. refused, 20/3/03.

*Cléroux c. Canada (Procureur général)*, A-271-01, 2002 CAF 242, le juge Evans, J.C.A., jugement en date du 10-6-02 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 6-3-03.

*Compagnie pharmaceutique Procter & Gamble Canada c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2003] 1 C.F. 402 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 27-3-03.

*Deigan c. Canada (Industrie)*, A-240-01, 2002 CAF 273, jugement de la Cour en date du 25-6-02 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 20-3-03.

*Gifford c. Canada*, A-191-01, 2002 CAF 301, le juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 12-8-02 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 27-3-03.

*Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, [2003] 1 C.F. 271 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 20-3-03.

*Manson, succession c. M.R.N.*, A-479-00, 2002 CAF 357, le juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 3-10-02 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 27-3-03.

*Ordre des architectes de l'Ontario c. Assn. of Architectural Technologists of Ontario*, [2003] 1 C.F. 331 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 27-3-03.

*Pearson c. Canada*, A-76-01, 2002 CAF 324, le juge Linden, J.C.A., jugement en date du 11-9-02 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 27-3-03.

*Pearson c. Canada*, A-377-01, 2002 CAF 326, le juge Linden, J.C.A., jugement en date du 11-9-02 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 27-3-03.

*S.T.B. Holdings Ltd. c. Canada*, A-747-01, 2002 CAF 386, le juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 15-10-02 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 27-3-03.

*SmithKline Beecham Pharma Inc. c. Apotex Inc.*, [2003] 1 C.F. 118 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 20-3-03.

*Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, [2002] 4 F.C. 3 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 27/3/03.

*Syntex (U.S.A.) L.L.C. v. Canada (Minister of Health)*, [2003] 1 F.C. D-31 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 20/3/03.

*Water's Edge Village Estates (Phase II) Ltd. v. Canada*, [2003] 2 F.C. 25 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 20/3/03.

*Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2002] 4 C.F. 3 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 27-3-03.

*Syntex (U.S.A.) L.L.C. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2003] 1 C.F. F-34 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 20-3-03.

*Water's Edge Village Estates (Phase II) Ltd. c. Canada*, [2003] 2 C.F. 25 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 20-3-03.





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

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**2003, Vol. 2, Part 1**

**2003, Vol. 2, 1<sup>er</sup> fascicule**



IMM-5340-00  
2002 FCT 844

IMM-5340-00  
2002 CFPI 844

**David Hilewitz** (*Applicant*)

**David Hilewitz** (*demandeur*)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(*Respondent*)

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

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

*RÉPERTORIÉ: HILEWITZ c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>RE</sup> INST.)*

Trial Division, Gibson J.—Toronto, July 23 and August 8, 2002.

Section de première instance, juge Gibson—Toronto, 23 juillet et 8 août 2002.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Judicial review of visa officer's rejection of application for permanent residence pursuant to Immigration Act, s. 19(1)(a)(ii) on ground developmentally delayed dependent son might reasonably be expected to cause excessive demands on Canadian social services — Principles from case law reviewed — Visa officer must consider all available evidence in reaching conclusion as to "excessive demands" — Wealth of applicant relevant where issue demand on social, not medical, services — Visa officer erred in not considering applicant's response to initial notification son inadmissible, including plan to provide sheltered employment, family's wealth.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Demande de contrôle judiciaire présentée à l'égard de la décision d'une agente d'immigration qui a refusé, en vertu de l'art. 19(1)a)(ii) de la Loi sur l'immigration, la demande de résidence permanente au Canada présentée par le demandeur pour le motif que l'un de ses fils à charge souffre d'un retard de développement qui est susceptible d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux s'il était admis au Canada — Examen des principes établis par la jurisprudence — L'agent des visas est tenu de considérer tous les éléments de preuve pour en arriver à sa propre conclusion au sujet du «fardeau excessif» — Les moyens financiers du demandeur sont pertinents lorsque la question en litige concerne les services sociaux et non pas les services médicaux — L'agente des visas a commis une erreur en ne tenant pas compte de la réponse du demandeur à l'avis médical initial selon lequel son fils n'était pas admissible, ainsi qu'en ne tenant pas des moyens financiers de la famille et du projet visant à créer un emploi protégé pour le fils.*

This was an application for judicial review of the visa officer's rejection of an application for permanent residence on the ground that one of the applicant's sons suffered from developmental delays, which might reasonably be expected to cause an excessive demand on Canadian social services. *Immigration Act*, subparagraph 19(1)(a)(ii) prohibits the admission to Canada of persons suffering from a disability as a result of which their admission might reasonably be expected to cause excessive demands on health or social services. The applicant, a citizen of South Africa, applied for permanent residence in Canada in the "investor" category. Included in his application, as dependants, were his wife and two sons, the younger of whom was born with brain damage. The medical notification stated that if admitted to Canada the latter would likely require a variety of social services such as special education, respite care for parents and vocational training, thus placing an excessive demand on Canadian social services. In response the applicant provided additional

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire présentée à l'égard de la décision d'une agente des visas qui a refusé la demande de résidence permanente au Canada présentée par le demandeur pour le motif que l'un de ses fils souffre d'un retard de développement qui est susceptible d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux s'il était admis au Canada. Le sous-alinéa 19(1)a)(ii) de la *Loi sur l'immigration* interdit l'admission au Canada de personnes qui souffrent d'une invalidité qui risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé. Le demandeur, un citoyen de la République d'Afrique du Sud, a demandé le droit de s'établir au Canada dans la catégorie des «investisseurs». Figuraient dans sa demande, à titre de personnes à charge, son épouse et ses deux fils, dont le plus jeune est né avec une lésion cérébrale. L'avis médical mentionnait que s'il était admis au Canada, il utiliserait probablement divers services sociaux comme des services d'éducation spécialisée, des services de relève pour les parents

materials to the medical officer who had initiated the medical notification, indicating that the family had not thus far used social services in South Africa for their son, and that they had already investigated private schooling in Toronto, and intended to establish a business to accommodate him in the future. He also provided letters from a clinical psychologist and a medical doctor. Two medical officers found that the new material did not change the assessment.

*Held*, the application should be allowed.

According to the case law: (1) the degree and probable consequences of developmental delay, not the mere fact of that delay, is the relevant factor for excessive demands on government services; (2) it is important to consider the social services available in the particular region of Canada where an applicant wishes to settle; (3) the visa officer must, without second guessing the medical, diagnostic opinion of the medical officers, consider all of the available evidence in reaching his or her own conclusion regarding “excessive demands”; (4) each applicant must be considered in his or her uniqueness”, including the wealth of the applicant; and (5) the particular significance of the wealth of the applicant is relevant where the issue is demand on social services as opposed to medical services, because of the differences between the social services and medical services regimes in Canada.

The visa officer did not see the applicant’s response to the medical notification. Nor did she consider the effect of the family’s wealth on the likelihood of the dependent son having to resort to social services. She was unaware that the applicant was planning on providing, without resort to publicly funded programs, sheltered employment for his son. The visa officer erred by failing to take into account all of the material provided by the applicant and available to her, although not before her, that was relevant to the fulfilment of her obligation.

The *Immigration and Refugee Protection Regulations* provide a comprehensive scheme for disposition of decisions of the respondent made under the *Immigration Act* and referred back to the respondent by this Court for redetermination where the redetermination was not made before June 28, 2002. Therefore the decision was set aside and the application for permanent residence in Canada was referred back to the respondent for redetermination by a

et une formation technique, entraînant ainsi un fardeau excessif pour les services sociaux. En réponse, le demandeur a transmis des documents supplémentaires au médecin agréé qui avait préparé l’avis médical, mentionnant que la famille n’avait jamais eu à utiliser les services sociaux offerts en Afrique du Sud pour leur fils et qu’elle avait déjà recherché les écoles privées à Toronto qu’il pourrait fréquenter et qu’elle songeait à mettre sur pied une entreprise qui permettrait d’assurer son avenir. Il a également remis des lettres émanant d’un psychologue clinicien et d’un médecin. Deux médecins ont estimé que les nouveaux documents ne modifiaient pas l’évaluation.

*Jugement*: la demande doit être accueillie.

Selon la jurisprudence: 1) ce n’est pas le seul fait du retard de développement qui est pertinent; c’est plutôt la gravité et les conséquences probables de la gravité du retard susceptibles de se traduire par l’imposition d’un fardeau excessif sur les services gouvernementaux; 2) il est important de prendre en considération les services sociaux offerts dans la région du Canada où le demandeur souhaite s’établir; 3) l’agent des visas est tenu, sans mettre en doute l’opinion médicale et le diagnostic, de considérer tous les éléments de preuve pour en arriver à sa propre conclusion au sujet du «fardeau excessif»; 4) obligation d’examiner le caractère «unique» de chaque demandeur, y compris ses moyens financiers; et 5) l’importance particulière des moyens financiers du demandeur lorsque la question en litige concerne les services sociaux par opposition aux services médicaux, étant donné les différences qui existent entre les régimes de services sociaux et de services médicaux au Canada.

L’agente des visas a reconnu qu’elle n’avait pas vu la réponse qu’avait fournie le demandeur à l’avis médical. Elle n’a pas non plus tenu compte de l’incidence de la situation financière de la famille quant à la probabilité que le fils à charge puisse avoir recours aux services sociaux. Elle semblait ignorer que le demandeur avait prévu de fournir un emploi protégé pour son fils, sans faire appel aux programmes financés par l’État. L’agente des visas a commis une erreur en omettant de tenir compte de tous les documents fournis par le demandeur et qu’elle aurait pu consulter, ce qu’elle n’a pas fait, comme elle l’a reconnu, et qui étaient nécessaires à l’exécution de son obligation.

Le *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* décrit en détail, la façon dont doivent être traitées les décisions prises aux termes de la *Loi sur l’immigration* et renvoyées au défendeur par la Cour pour nouvel examen lorsque ce nouvel examen n’a pas été effectué avant le 28 juin 2002. Par conséquent, la décision a été annulée et la demande de résidence permanente a été renvoyée au défendeur pour qu’elle soit examinée à nouveau par un autre

different officer, in accordance with law, but without any terms being imposed.

agent, conformément au droit.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(1)(a)(ii).  
*Immigration and Refugee Protection Regulations*,  
SOR/2002-227, s. 350.

LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur l'immigration*, L.R.C., (1985), ch. I-2, art.  
19(1)a)(ii).  
*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*,  
DORS/2002-227, art. 350.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

*Wong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 625; [2002] F.C.J. No. 980 (T.D.) (QL); *Deol v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1992), 18 Imm. L.R. (2d) 1; 145 N.R. 156 (F.C.A.); *Ismaili v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 100 F.T.R. 139; 29 Imm. L.R. (2d) 1 (F.C.T.D.); *Poste v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 5 Admin. L.R. (3d) 69; 140 F.T.R. 126; 42 Imm. L.R. (2d) 84 (F.C.T.D.).

DISTINGUISHED:

*Deol v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 1 F.C. 301 (C.A.).

REFERRED TO:

*Wong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 141 F.T.R. 62; 42 Imm. L.R. (2d) 17 (F.C.T.D.).

APPLICATION for judicial review of a visa officer's rejection of an application for permanent residence pursuant to *Immigration Act*, subparagraph 19(1)(a)(ii) on the ground that the applicant's developmentally delayed dependent son might reasonably be expected to cause an excessive demand on Canadian social services. Application allowed.

APPEARANCES:

*Cecil L. Rotenberg, Q.C.* for applicant.  
*Niveditha Logsetty* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

*Cecil Rotenberg, Q.C.*, Don Mills, Ontario, for applicant.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Wong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 625; [2002] A.C.F. n° 980 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Deol c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'immigration)* (1992), 18 Imm. L.R. (2d) 1; 145 N.R. 156 (C.A.F.); *Ismaili c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1995), 100 F.T.R. 139; 29 Imm. L.R. (2d) 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Poste c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997), 5 Admin. L.R. (3d) 69; 140 F.T.R. 126; 42 Imm. L.R. (2d) 84 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*Deol c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 1 C.F. 301 (C.A.).

DÉCISION CITÉE:

*Wong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 141 F.T.R. 62; 42 Imm. L.R. (2d) 17 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

Demande de contrôle judiciaire présentée à l'égard de la décision d'une agente d'immigration qui a refusé, en vertu du sous-alinéa 19(1)a)(ii) de la *Loi sur l'immigration*, la demande de résidence permanente au Canada présentée par le demandeur pour le motif que l'un de ses fils à charge souffre d'un retard de développement qui est susceptible d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux s'il était admis au Canada. Demande accueillie.

ONT COMPARU:

*Cecil L. Rotenberg, c.r.*, pour le demandeur.  
*Niveditha Logsetty*, pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Cecil Rotenberg, c.r.*, Don Mills (Ontario) pour le demandeur.

*Deputy Attorney General of Canada for respondent.*

*Le sous-procureur général du Canada, pour le défendeur.*

*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*

GIBSON J.:

LE JUGE GIBSON:

#### Introduction

[1] These reasons arise out of an application for judicial review of a decision of a designated immigration officer (the officer) at the Canadian Consulate General in Seattle, Washington, whereby the officer rejected the applicant's application for permanent residence in Canada on the ground that one of the applicant's dependent sons, Gavin Martin Hilewitz (Gavin):

... comes within the inadmissible class of persons described in paragraph 19(1)(a) of the *Immigration Act, 1976*, in that he is suffering from developmental delay as a result of which, in the opinion of a medical officer concurred in by at least one other medical officer, his admission would cause or might reasonably be expected to cause an excessive demand on Canadian social services.

The decision under review is dated 15 September, 2000.

#### Background

[2] The applicant, a citizen of South Africa, applied for permanent residence in Canada in the "investor" category. He included within his application, as dependents, his wife and two sons, the younger of whom is Gavin. Gavin's date of birth is 19 August, 1982.

[3] The applicant was interviewed by the officer on the 9th of December, 1999. The officer's CAIPs notes of the interview read in part as follows:

There is an anticipated medical problem here. PI s [person interested's] youngest son was born with a brain damage apparently incurred during the birth process. He is attending a special school started by PI. He does not require around the clock care. PI has looked into a private day school in the Toronto area which has space for the boy and where he would fit in very well. I have warned them that the son is likely to be found medically inadmissible, explained the opportunity to

#### Introduction

[1] Les présents motifs concernent une demande de contrôle judiciaire présentée à l'égard de la décision d'une agente d'immigration désignée (l'agente) du Consulat général du Canada à Seattle (État de Washington) qui a refusé la demande de résidence permanente au Canada présentée par le demandeur pour le motif que l'un des fils à charge du demandeur, Gavin Martin Hilewitz (Gavin):

[TRADUCTION] [...] fait partie d'une catégorie non admissible, à savoir celle des personnes visées par l'alinéa 19(1)a) de la *Loi sur l'immigration de 1976*, parce qu'il souffre d'un retard de développement qui, selon l'avis d'un médecin agréé confirmé par au moins un autre médecin agréé, est susceptible d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé s'il était admis au Canada.

La décision attaquée est datée du 15 septembre 2000.

#### Contexte

[2] Le demandeur, un citoyen de la République d'Afrique du Sud, a demandé le droit de s'établir au Canada dans la catégorie des «investisseurs». Figuraient dans sa demande, à titre de personnes à charge, son épouse et ses deux fils, dont le plus jeune, né le 19 août 1982, s'appelle Gavin.

[3] Le demandeur a été interrogé par l'agente le 9 décembre 1999. Les notes du STIDI concernant l'entrevue qu'a préparées l'agente se lisent en partie comme suit:

[TRADUCTION] Ce dossier soulève un problème de nature médicale. Le plus jeune fils de la PI [personne intéressée] est né avec une lésion cérébrale qui se serait produite au moment de l'accouchement. Il fréquente une école spécialisée qui a été mise sur pied par la PI. Il n'a pas besoin de soins de façon permanente. La PI a pris contact avec une école privée de la région de Toronto qui pourrait accueillir le garçon et dans laquelle il pourrait très facilement s'intégrer. Je leur ai fait

provide further medical documentation, and the possibility of making a recommendation for MPs [Minister's permits] which then may or may not be concurred in by the province. It seems that there would be financial benefits accruing to the province if PI were allowed entry as he would try to attract foreign investments in Canada. Have also told him that he would have to be the one providing me with the salient facts for an MP submission.

[4] A medical notification signed by medical officer Dr. J. Lazarus on 7 December, 1999 and concurred in by another medical officer, Dr. J. Saint-Germain, issued. The relevant portion of the narrative in the medical notification reads as follows:

#### DEVELOPMENTAL DELAY

This 17 year old dependant applicant has developmental delay and is functioning at the level of a child aged 8 years. He has delayed comprehension and reading skills as well as difficulty problem solving. He is easily distracted and impulsive. He is currently attending a special school for pupils with delayed scholastic ability.

If admitted to Canada, he and his supporting family, where applicable, will be eligible for, and will likely require, a variety of social services such as further special education, continuous training to enhance his ability to carry out the activities of daily living and attain his full potential, respite care for parents, and ultimately vocational training. These requirements are far in excess of those of an average Canadian and will place an excessive demand on Canadian social services.

Inadmissible under section 19(1)(a)(ii) of the *Immigration Act*.

[5] The relevant portions of subsection 19(1) of the *Immigration Act*<sup>1</sup> read as follows:

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

(a) persons who are suffering from any disease, disorder, disability or other health impairment as a result of the nature, severity or probable duration of which, in the opinion of a medical officer concurred in by at least one other medical officer,

...

savoir que leur fils serait probablement déclaré médicalement non admissible; je leur ai expliqué qu'ils avaient la possibilité de fournir d'autres documents médicaux et que l'on pouvait recommander l'octroi d'un permis ministériel (PM) document qui doit être ensuite approuvé par la province. Il semble que l'admission de la PI au Canada aurait des retombées financières positives pour la province, parce qu'elle essaierait d'attirer au Canada des investissements étrangers. Je lui ai également déclaré que ce serait à elle de me fournir les faits importants susceptibles d'appuyer une demande de PM.

[4] Un avis médical signé par le D<sup>r</sup> J. Lazarus, un médecin agréé, le 7 décembre 1999, et approuvé par un autre médecin agréé, le D<sup>r</sup> J. Saint-Germain, a été délivré. Voici la partie pertinente de l'exposé narratif de l'avis médical:

#### [TRADUCTION] RETARD DE DÉVELOPPEMENT

Ce demandeur de 17 ans, une personne à charge, est retardé sur le plan du développement et fonctionne au niveau d'un enfant de 8 ans. Il est en retard pour ce qui est de la compréhension et de la lecture et éprouve de la difficulté à résoudre des problèmes. Il est souvent distrait et impulsif. Il fréquente à l'heure actuelle une école spécialisée pour les élèves qui ont des difficultés d'apprentissage.

S'il est admis au Canada, lui et sa famille, le cas échéant, auront le droit d'utiliser, et utiliseront probablement, divers services sociaux comme des services d'éducation spécialisée, une formation permanente destinée à renforcer sa capacité d'exercer ses activités quotidiennes et à lui permettre d'atteindre son plein potentiel, des services de relève pour les parents et par la suite, une formation technique. Ces besoins dépassent de beaucoup ceux d'un Canadien moyen et entraîneront un fardeau excessif pour les services sociaux et de santé canadiens.

Non admissible en vertu du sous-alinéa 19(1)(a)(ii) de la *Loi sur l'immigration*.

[5] Voici les passages pertinents du paragraphe 19(1) de la *Loi sur l'immigration*<sup>1</sup>:

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible:

a) celles qui souffrent d'une maladie ou d'une invalidité dont la nature, la gravité ou la durée probable sont telles qu'un médecin agréé, dont l'avis est confirmé par au moins un autre médecin agréé, conclut:

[...]

(ii) their admission would cause or might reasonably be expected to cause excessive demands on health or social services;<sup>2</sup>

The officer sent a “fairness letter” to the applicant, dated 22 March, 2000, providing the applicant with an opportunity to respond to the medical notification. The substance of the “fairness letter” reads as follows:

I have received a medical notification stating your son, Gavin Martin Hilewitz, is suffering from developmental delay. The opinion of a medical officer regarding his medical condition, concurred in by at least one other medical officer, is stated as follows:

[As quoted earlier in these reasons.]

This information leads me to conclude that your dependant can be expected to cause excessive demands on health or social services in Canada. For this reason, I could refuse your application for permanent residence.

Before I make a decision whether Gavin is inadmissible, you may respond to the description of his medical conditions with new medical information of your own.

The applicant was provided a reasonable period of time to respond with new medical information. He was directed to provide any response to the medical officer who initiated the medical notification.

[6] The applicant did respond to the “fairness letter”. In his own letter, covering additional materials, the applicant wrote:

We cannot deny that Gavin does not function as a 17 year old in all facets of his behaviour and ability. At the same time, whilst he was born with minimal brain damage, many of his functional abilities are normal and way beyond the maturity of an 8 year old.

Under the heading “Physical Medical Health”, the applicant wrote:

His general medical health has been that of a healthy normal person that very rarely requires medical attention as born [*sic*] out in the enclosed letter from our General Practitioner, Dr M. Blumberg.

Under the heading “Schooling”, the applicant wrote in part:

(ii) soit que leur admission entraînerait ou risquerait d’entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé<sup>2</sup>;

L’agente a envoyé une «lettre exigée par l’équité» au demandeur, datée du 22 mars 2000, dans laquelle elle donnait au demandeur la possibilité de répondre à l’avis médical. Voici les parties essentielles de cette lettre:

[TRADUCTION] J’ai reçu un avis médical indiquant que votre fils, Gavin Martin Hilewitz, souffre d’un retard de développement. L’avis d’un médecin au sujet de son état, qui a été approuvé par au moins un autre médecin agréé, contient ce qui suit:

[Passage cité plus haut dans les présents motifs.]

Cette information m’amène à conclure que cette personne à charge risque de causer un fardeau excessif sur les services sociaux ou de santé au Canada. Pour ce motif, je pourrais refuser votre demande de résidence permanente.

Avant de me prononcer sur l’admissibilité de Gavin, vous avez la possibilité de répondre à cette description de son état de santé en nous communiquant de nouveaux renseignements médicaux.

Le demandeur a eu un délai raisonnable pour transmettre de nouveaux renseignements médicaux. On lui avait demandé d’envoyer sa réponse au médecin agréé qui avait préparé l’avis médical.

[6] Le demandeur a effectivement répondu à la «lettre exigée par l’équité». Dans sa lettre, qui comprenait des documents supplémentaires, le demandeur a écrit ceci:

[TRADUCTION] Il est indéniable que Gavin ne fonctionne pas comme un garçon de 17 ans, pour ce qui est de son comportement et de ses capacités. Néanmoins, s’il est né avec une légère lésion cérébrale, la plupart de ses capacités fonctionnelles sont normales et bien supérieures à celles d’un enfant de 8 ans.

Dans la partie intitulée «État de santé physique», le demandeur a écrit:

[TRADUCTION] Son état général est celui d’une personne normale en bonne santé qui nécessite très rarement des soins médicaux comme l’indique la lettre ci-jointe de notre médecin généraliste, le D’ M. Blumberg.

Dans la partie intitulée «Études», le demandeur a écrit ce qui suit:



He has required specialized education for the past nine years during which period we have never resorted to any institutional assistance or social services available in South Africa.

...

As demonstrated we have never been a drain on any institutional or social service structure to support our son and cannot conceivably ever contemplate any change to this ethos in the future.

The applicant continued under the heading “Scholastic Skills”:

Gavin excels in subject matters that interest him. Throughout the majority of his lifetime he has had a passion for natural history and has an amazing retentive memory for the names and habits of the various species of dinosaurs, sharks and other reptiles beyond the knowledge of most adults.

With the advent of the Internet, we have installed a computer at home for his personal use. He has been able in a short space of time to independently access the Internet, to browse websites of interest to himself, to print the contents thereof, save information and open and close files without the requirement of our assistance.

We believe that constant encouragement from ourselves, coupled with his acumen in operating a computer, will be major tools in expanding his education and general knowledge.

Under the headings “Social Skills”, “Future Prognosis” and “Vocational Training”, the applicant continues:

We have enclosed a letter from a psychologist whom we asked to meet and assess Gavin. To expand on this we would like you to know the following. Gavin is a delightful person who draws people to himself through his friendliness and sincerity of spirit. For many years he has been dropped by us at our local shopping mall where he does his own shopping, goes to movies, restaurants, internet cafés and video arcades, with or without a friend from his school. In the process he manages his money well, enjoys himself and telephones us when he is ready to be collected. Similarly, he goes to ten pin bowling, to the zoo and the war museum (in which he has a passionate interest).

...

Furtherance of his education is vitally important. This will manifest itself through a combination of private schooling and continuous training on the computer where the cyberworld library is so vast that it can only widen his general knowledge,

[TRADUCTION] Il a fréquenté une école spécialisée pendant neuf ans, au cours desquels nous n’avons jamais eu à demander une aide institutionnelle ni à utiliser les services sociaux offerts en Afrique du Sud.

[...]

Comme nous l’avons montré, nous n’avons jamais demandé d’aide institutionnelle ni utilisé de services sociaux pour élever notre fils et il nous est impossible d’imaginer que notre attitude sur ce point puisse changer à l’avenir.

Le demandeur écrit ensuite dans la partie intitulée «Capacités d’apprentissage»:

[TRADUCTION] Gavin excelle dans les sujets qui l’intéressent. Il se passionne, depuis sa tendre enfance, pour l’histoire naturelle et possède une mémoire exceptionnelle qui lui permet de retenir les noms et les mœurs de diverses espèces de dinosaures, requins et autres reptiles; il possède des connaissances que n’ont pas la plupart des adultes.

Avec l’arrivée d’Internet, nous avons installé chez nous un ordinateur pour lui. Très rapidement, il a appris à se brancher tout seul sur Internet, à visiter les sites qui l’intéressent, à imprimer le contenu de ces sites, à enregistrer l’information et à ouvrir et à fermer les fichiers, sans aucune aide extérieure.

Nous croyons que les encouragements constants que nous lui offrons, conjugués à son intérêt pour son ordinateur, lui permettront d’élargir ses connaissances générales et de progresser dans son éducation.

Sous les titres «Aptitudes sociales», «Pronostic» et «Formation technique», le demandeur poursuit:

[TRADUCTION] Nous avons joint une lettre préparée par un psychologue à qui nous avons demandé d’examiner Gavin. Il serait également bon que vous sachiez ce qui suit. Gavin est un charmant garçon, très attachant parce qu’il est sympathique et sincère. Nous l’avons souvent conduit à notre centre commercial local où il fait ses achats, va voir des films, mange au restaurant, fréquente les cafés Internet et les arcades vidéo, avec un camarade d’école ou seul. Il ne gaspille pas son argent, il s’amuse et nous appelle au téléphone lorsqu’il est prêt à rentrer à la maison. Il joue également au bowling à dix quilles, il va au zoo et au musée de guerre (un musée qui l’intéresse passionnément).

[...]

Il est essentiel qu’il continue à s’instruire. Nous y parviendrons en conjuguant la fréquentation d’une école privée et une formation continue en informatique qui lui donnera accès à une cyberlibrairie qui est tellement vaste

reading skills and make use of the wide range of educational tools available.

With regard to schooling, we have on our previous trips to Toronto, identified potential schooling, the costs thereof and most importantly whether Gavin would fit their criteria. We even had an interview with Gavin present at the Shore Institute of Learning at which we had a very positive response with regard to them educating Gavin. If granted a visa, we would explore the many other options available in private schooling without requesting or needing any financial assistance.

...

There is no doubt that Gavin will have to have sheltered employment. As my background is that of a person who has been involved in many businesses and industries over my working life of 30 years, it is my intention to establish or purchase as one of my business interests a business to accommodate Gavin's future. For example, I would seriously consider purchasing a Video Game/Toy Franchise employing experienced management and to include Gavin in that operation where he could demonstrate home video games at which he is far above the average user of such products.

Finally, after commenting on the commitment of three other children of he and his wife, all older than Gavin, the applicant concludes:

In conclusion we wish to point out that we are very proud and independent people who have endured hard times and enjoyed very successful times. Throughout these times we have always been independent and focused on Gavin's well being, security and happiness. We assure you that this will never change.

[7] The applicant's responsive letter covered brief letters from a clinical psychologist and a medical doctor who had known Gavin as a patient for ten years. Extensive material relating to Gavin's school and his schooling was also enclosed.

[8] In a communication dated 23 May, 2000, Dr. Saint-Germain, the medical officer who concurred in the original medical notification in respect of Gavin, advised that he had reviewed the new information

qu'elle ne pourra qu'élargir ses connaissances générales, ses capacités de lecture et lui donnera accès à toute une gamme d'outils didactiques.

Pour ce qui est de ses études, nous avons recherché, au cours des voyages que nous avons faits à Toronto, les écoles qu'il pourrait fréquenter, les frais que cela entraînerait et surtout, la capacité de Gavin de répondre à leurs conditions d'admission. Nous avons rencontré, en présence de Gavin, des responsables du Shore Institute of Learning, qui nous ont répondu de façon très positive pour ce qui est d'accueillir Gavin dans leur établissement. Si nous obtenions un visa, nous pourrions explorer les nombreuses autres possibilités qu'offre le secteur de l'enseignement privé sans avoir à demander une aide financière.

[...]

Il est indéniable que Gavin devra occuper un emploi protégé. Je me suis occupé de nombreuses entreprises commerciales et industrielles au cours de mes 30 années de vie active et j'ai l'intention de mettre sur pied ou d'acheter une entreprise qui permettrait d'assurer l'avenir de Gavin. Par exemple, j'envisagerais sérieusement la possibilité d'acheter une franchise de jeux vidéo et autres pour laquelle j'emploierais des gestionnaires d'expérience en faisant participer Gavin à cette activité car il serait tout à fait capable de montrer la façon dont on utilise les jeux vidéo domestiques parce qu'il les connaît beaucoup mieux que la plupart des utilisateurs de ce genre de produit.

Enfin, après avoir mentionné l'appui des trois autres enfants qu'il a eus avec sa femme, qui sont tous plus âgés que Gavin, le demandeur termine ainsi:

[TRADUCTION] En conclusion, nous tenons à mentionner que nous sommes des gens très indépendants et très fiers qui ont vécu des moments difficiles et ont aussi connu des périodes très prospères. Pendant tout ce temps, nous avons toujours été indépendants et nous avons veillé à assurer la santé, la sécurité et le bonheur de Gavin. Nous pouvons vous garantir que cela ne changera jamais.

[7] La lettre de réponse du demandeur contenait de courtes lettres émanant d'un psychologue clinicien et d'un médecin qui suivait Gavin depuis dix ans. Cette lettre contenait également de nombreux documents concernant l'école de Gavin et ses résultats scolaires.

[8] Dans une lettre du 23 mai 2000, le D<sup>r</sup> Saint-Germain, le médecin agréé qui avait approuvé l'avis médical initial concernant Gavin, a déclaré qu'il avait examiné les nouveaux renseignements contenus

reflected in the response to the “fairness letter” as well as the full medical file on Gavin and had concluded that the new material “does not modify the current assessment of medical inadmissibility.” That opinion was concurred in by Dr. Walter G. Waddell, a medical officer who was not a party to the original assessment. Apparently Dr. Lazarus, the medical officer who formulated the original medical notification took no part in the review of the new material.

[9] The decision letter that is here under review followed.

[10] Both the officer and Dr. Waddell filed affidavits on this application for judicial review. Both were cross-examined. References to certain of their responses on cross-examination will follow in the portion of these reasons under the heading “Analysis”.

### The Issues

[11] The issues arising on this application for judicial review are set out in the application record filed on behalf of the applicant, in the following terms:

- A. Whether the medically inadmissible class of persons described in subparagraph 19(1)(a)(ii) of the *Immigration Act* includes mentally disadvantaged applicants or their dependents?
- B. In the alternative, whether the admission of this particular applicant taken in his uniqueness would cause excessive demands on health or social services in Canada?
- C. Whether the visa officer ignored relevant evidence, misconstrued the evidence before her and made findings that were patently unreasonable as to constitute reviewable error?
- D. Ought due deference be given to a decision of an officer who was both unfamiliar with and inexperienced in the question that she had to decide and thus, is the test to be applied to her decision, correctness?

dans la réponse à la «lettre exigée par l'équité» ainsi que le dossier médical de Gavin et en était arrivé à la conclusion que les nouveaux documents «ne modifient pas l'évaluation actuelle de non admissible pour raisons médicales». Le D<sup>r</sup> Walter G. Waddell, un médecin qui n'a pas participé à l'évaluation initiale, a souscrit à cette opinion. Il semble que le D<sup>r</sup> Lazarus, le médecin qui avait préparé l'avis médical initial, n'a pas participé à l'examen des nouveaux documents.

[9] La lettre contenant la décision attaquée ici a été envoyée peu après.

[10] L'agente et le D<sup>r</sup> Waddell ont déposé des affidavits dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire. Ces deux personnes ont été contre-interrogées. Il sera fait référence dans la partie des présents motifs consacrée à «l'analyse» à certaines réponses qu'ils ont fournies au cours de leur contre-interrogatoire.

### Les questions en litige

[11] Les questions en litige dans cette demande de contrôle judiciaire sont exposées de la façon suivante dans le dossier de demande déposé pour le compte du demandeur:

#### [TRADUCTION]

- A. La catégorie des personnes non admissibles pour des raisons d'ordre médical mentionnée au sous-alinéa 19(1)a)(ii) de la *Loi sur l'immigration* comprend-elle les demandeurs atteints d'une déficience mentale et les personnes à leur charge?
- B. À titre subsidiaire, l'admission de ce demandeur particulier, compte tenu de son caractère unique, entraînerait-elle un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé au Canada?
- C. L'agente des visas a-t-elle écarté des éléments de preuve pertinents, mal apprécié les preuves présentées et tiré des conclusions manifestement déraisonnables, au point de constituer une erreur susceptible d'être révisée?
- D. Y a-t-il lieu de faire preuve de retenue à l'égard de la décision d'une agente qui connaissait mal la question qu'elle avait à trancher et n'avait pas d'expérience dans ce domaine? Le critère à appliquer à sa décision est-il celui de la décision correcte?

E. Whether the visa officer failed to observe a principle of natural justice, procedural and administrative fairness that she was required by law to observe.

E. L'agente des visas a-t-elle omis de respecter un principe de justice naturelle, d'équité procédurale et administrative, qui s'imposait à elle?

[12] Shortly before the date set for hearing of this application for judicial review, counsel for the applicant advised the Court and counsel for the respondent that he would not be pursuing the first of the foregoing issues.

[12] Peu avant la date qui avait été fixée pour l'audition de la présente demande de contrôle judiciaire, l'avocat du demandeur a informé la Cour et l'avocat du défendeur qu'il ne plaiderait pas la première des questions en litige.

### Analysis

#### (1) Recent Case Law

[13] In *Wong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,<sup>3</sup> my colleague Mr. Justice McKeown had before him an application for judicial review of a decision of a visa officer whereby the visa officer rejected, for the third time, the applicant's application for permanent residence in Canada on the ground that the applicant's daughter suffered from mild to moderate "mental retardation" (now referred to as "developmental delay" or "cognitive impairment") and Down's Syndrome thus leading two medical officers to the opinion that her admission would or might reasonably be expected to cause excessive demands on social services in Canada. Justice McKeown notes that one of the issues raised before him was whether or not the visa officer had erred in failing to consider the applicant's daughter in her "uniqueness" with respect to social services. At paragraph 5 of his reasons, Mr. Justice McKeown noted an earlier decision of Madam Justice Reed [*Wong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 141 F.T.R. 62 (F.C.T.D.)] arising out of the rejection of the applicant's second application for permanent residence in Canada. He wrote:

On the application for judicial review of the August 1996 decision, Reed J. allowed the application finding that there was a breach of procedural fairness as a result of the applicant not being given answers to the questions he had posed about the doctor's opinion that his daughter's admission to Canada would place "excessive demands" on Canadian social services. Reed J. stated at paragraph 26:

### Analyse

#### 1) La jurisprudence récente

[13] Dans l'arrêt *Wong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*<sup>3</sup>, mon collègue le juge McKeown était saisi d'une demande de contrôle judiciaire concernant la décision d'un agent des visas qui rejetait, pour la troisième fois, la demande de résidence permanente au Canada du demandeur pour le motif que sa fille avait une «déficience mentale» se situant entre légère et modérée (ce que l'on appelle aujourd'hui «un retard de développement» ou «une déficience intellectuelle») et était atteinte du syndrome de Down, ce qui avait amené deux médecins agréés à émettre l'opinion que son admission entraînerait probablement un fardeau excessif pour les services sociaux et de santé au Canada. Le juge McKeown note qu'une des questions soulevées était celle de savoir si l'agent des visas avait commis une erreur en ne tenant pas compte du «caractère unique» de la fille du demandeur pour ce qui est des services sociaux. Au paragraphe 5 de ses motifs, le juge McKeown mentionne une décision antérieure de M<sup>me</sup> le juge Reed [*Wong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 141 F.T.R. 62 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)] concernant le rejet de la deuxième demande de résidence permanente au Canada présentée par le demandeur. Il a écrit:

En ce qui concerne la demande de contrôle judiciaire de la décision rendue en août 1996, la juge Reed a admis la demande concluant qu'il y avait eu transgression de l'équité en matière de procédure pour le motif que le demandeur n'avait pas répondu aux questions qui lui avaient été posées concernant l'avis du médecin selon lequel l'admission de sa fille au Canada entraînerait [TRADUCTION] «un fardeau excessif» pour les services sociaux canadiens. La juge Reed stipule au paragraphe 26 que:

Most significant is the non-disclosure to the applicant of information concerning the basis on which the opinion was rendered. The applicant and his counsel wished to respond to the conclusion that admission of the daughter to Canada would as a result of her medical condition, cause excessive demands on social services. In order to do this in an intelligent way they needed to know what factors were considered relevant. In my view, the non-disclosure of the requested information constituted a breach of natural justice [and] is a breach of the rules of fairness.

Reed J. also noted that under Ontario's *Developmental Services Act*, Canadian residents who are able to do so are required to pay for the social services that are in question. She also commented in *obiter* on the need to consider an individual's particular circumstances. At paragraph 31 she states:

Having come to this conclusion, it is not, strictly speaking, necessary to consider the other issues that counsel raised. I do note, however, that under subparagraph 19(1)(a)(ii), it is the admission of the individual that is to be assessed in determining whether excessive demands would be or might reasonably be expected to arise. I read that provision as requiring a consideration of the individual's particular circumstances, including in this case the applicant's offer to set up a trust fund.

Counsel for the respondent argues that individual circumstances (particularly above average financial resources) should not be taken into account when assessing medical inadmissibility because our medical and social services are predicated on the principle that all individuals are equally entitled, and that advantages should not accrue in these areas to some individuals simply because they are wealthier than others. The force of that argument is strong. However, the category under which the applicant has been approved for permanent residence [*sic*] status is the self-employed category, that is, he has been approved because of his financial resources and entrepreneurial experience. There does seem to be an incongruity between admitting someone as a permanent resident because he has significant financial resources but refusing to take into account those same resources when assessing the admissibility of a dependent. This is particularly true if Canadian residents themselves must pay for the social services if they can afford to do so. [Emphasis added.]

Mais ce qui est encore plus important c'est qu'on n'a pas communiqué au requérant des renseignements concernant le fondement sur lequel cet avis a été rendu. Le requérant et son avocat souhaitaient répondre à la conclusion selon laquelle l'admission de la fille du requérant au Canada entraînerait, en raison de son état de santé, un fardeau excessif pour les services sociaux. Pour être en mesure d'une façon logique et intelligente, ils devaient être informés des facteurs considérés comme pertinents. À mon avis, la non-communication des renseignements demandés constitue un manquement aux principes de justice naturelle et aux règles d'équité.

La juge Reed note également qu'en vertu de la *Loi sur les services aux personnes atteintes d'un handicap de développement* de l'Ontario, les résidents canadiens qui ont les moyens de le faire sont tenus de payer les services sociaux dont ils bénéficient. Elle formule également un commentaire en passant concernant la nécessité de tenir compte de la situation particulière de la personne. Au paragraphe 31, elle indique que:

Comme j'en arrive à cette conclusion, il n'est pas, à strictement parler, nécessaire d'analyser les autres questions soulevées par l'avocat. Toutefois, je note qu'en vertu du sous-alinéa 19(1)(a)(ii), c'est l'admission de la personne qui doit être évaluée pour déterminer si un fardeau excessif en découlera. D'après mon interprétation de cette disposition, il faut examiner la situation particulière de cette personne, y compris, en l'espèce, l'offre du requérant d'établir un fonds en fiducie.

L'avocat de l'intimé fait valoir que les circonstances individuelles (particulièrement lorsqu'il s'agit de ressources financières au-dessus de la moyenne) ne doivent pas être prises en compte pour évaluer la non-admissibilité d'une personne pour des raisons médicales parce que nos services médicaux et sociaux sont offerts en s'appuyant sur le principe que toutes les personnes ont également droit à ces services, et que certaines personnes ne peuvent bénéficier d'avantages plus grands dans ces domaines simplement parce qu'elles ont plus de moyens que d'autres. Cet argument a beaucoup de poids. Toutefois, la catégorie en vertu de laquelle la demande du requérant a été approuvée aux fins de la résidence permanente est la catégorie des travailleurs autonomes, c'est-à-dire qu'il a déjà été approuvé à cause de ses ressources financières et de son expérience comme entrepreneur. Il semble donc avoir une incongruité entre le fait d'admettre une personne comme résidente permanente parce qu'elle a d'importantes ressources financières, mais de refuser de tenir compte de ces mêmes ressources pour évaluer l'admissibilité d'une personne à sa charge. Cela est d'autant plus vrai si les résidents canadiens eux-mêmes

[14] After quoting subparagraph 19(1)(a)(ii) of the *Immigration Act*, as reproduced earlier in these reasons, Mr. Justice McKeown continued at paragraphs 18 to 22 and 26 of his reasons:

In *Deol v. M.E.I.* (1992), 18 Imm. L.R. (2d) 1 (F.C.A.), MacGuigan J. held that the fact of mental retardation alone is not the relevant factor but the degree and probable consequences of that degree of retardation for excessive demands on government services. Also, in *Ismaili v. M.C.I.* (1995), 29 Imm. L.R. (2d) 1 (F.C.T.D.), Cullen J. considered the social services in the particular region of Canada where the applicant wished to settle. Cullen J. in that case also stated that:

The visa officer—wholly apart from the decision of the medical officers—is obliged to consider whether the applicant’s medical condition would place excessive demands on health or social services. The visa officer, without second guessing the medical, diagnostic opinion, must consider all of the available evidence.

Furthermore, in *Poste v. M.C.I.*, [1997] F.C.J. No. 1805 (T.D.) Cullen J. held that each and every applicant should be looked at in their “uniqueness”.

The applicant submits that family support ought to be considered, but that it was not considered in this case. Allegedly, the medical officers based their opinion on eligibility for services alone and there is wording in the medical notification and refusal letter such as “eligible for . . . services” and “likely to require . . . services”. The applicant submits that without a reasonably direct inquiry as to family support and the intentions of the applicant vis-à-vis his dependents, no intelligent answer can be made to the statement “likely to require”. In this case, the applicant made it very clear that there would be no community involvement in the care of his daughter.

In my view the respondent did not err in failing to consider family support. Dr. Giovinazzo specifically explains in his December 31, 1998 letter that they were aware of the family support for the daughter in this case. Notwithstanding this support, however, the officers were of the opinion that social services outside the home would be required to assist the

doivent payer pour les mêmes services sociaux s'ils ont les moyens de le faire. [Non souligné dans l'original.]

[14] Après avoir cité le sous-alinéa 19(1)a(ii) de la *Loi sur l'immigration*, tel que reproduit plus haut, le juge McKeown poursuit aux paragraphes 18 à 22 et 26 de ses motifs:

Dans l'arrêt *Deol c. M.E.I.* (1992), 18 Imm. L.R. (2d) 1 (C.A.F.), le juge MacGuigan a soutenu que ce n'est pas le seul fait de la déficience mentale qui est pertinent, mais le degré et les conséquences probables en découlant lorsqu'il s'agit d'imposer un fardeau excessif aux services gouvernementaux. De même, dans la décision *Ismaili c. M.C.I.* (1995), 29 Imm. L.R. (2d) 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Cullen tient compte des services sociaux offerts dans une région particulière du Canada où le demandeur souhaite s'établir. Dans cet arrêt, le juge Cullen stipule également que:

L'agent des visas—tout à fait indépendamment de la décision des médecins agréés—doit considérer si l'état de santé du requérant entraînerait un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé. L'agent des visas, sans mettre en doute l'opinion médicale et le diagnostic, doit considérer tous les éléments de preuve disponibles.

De plus, dans l'arrêt *Poste c. M.C.I.*, [1997] A.C.F. n° 1805 (1<sup>re</sup> inst.), le juge Cullen soutient que chaque requérant devrait être évalué en fonction de son «caractère unique».

Le demandeur soutient que l'aide à la famille devrait être prise en considération, mais que cela n'a pas été fait dans la présente affaire. Les médecins agréés ont prétendument fondé leur avis uniquement en fonction de l'admissibilité aux services et l'avis médical ainsi que la lettre de refus comportent des libellés tels que «admissible à des services [. . .]» et «il est probable que [. . .] nécessite des services [. . .]». Le demandeur affirme que sans une demande raisonnable formulée directement en vue d'obtenir une aide familiale et sans avoir énoncé ses intentions vis-à-vis des personnes à sa charge, aucune réponse intelligente ne peut être formulée en ce qui concerne l'observation «il est probable que [. . .] nécessite des services [. . .]». Dans la présente affaire, le demandeur a clairement indiqué que les soins que nécessite sa fille n'impliqueraient aucune participation communautaire.

À mon avis, le défendeur n'a pas commis d'erreur en omettant de tenir compte de la nécessité de fournir une aide familiale. Le D' Giovinazzo, dans sa lettre datée du 31 décembre 1998, explique précisément que les médecins avaient été mis au fait de la nécessité de fournir une aide familiale à la fille du demandeur. Cependant, en dépit de cette

individual to be more independent and learn to interact with others. The letter also clearly indicates that the daughter's specific circumstances were taken into account.

The health services that the daughter may require is not at issue in the case before me. With respect to social services, one has to be considered eligible, and such application entails consideration of "whether the applicant is able to contribute to all or any part of the cost thereof" (*Developmental Services Act*, R.S.O. 1990, c. D.11 and the *General Regulation*, R.R.O. 1990 Reg. 272; *Education Act* R.S.O. 1990, c. E2). Thus, the applicant will likely be required to pay for any services used because he has the means to do so. Thus no demands will be caused by the admission of the applicant with respect to social services.

The jurisprudence is split on the question of whether the wealth of the applicant should be taken into account in assessing excessive demands on social services. While in *Ching Ho Poon v. M.C.I.*, [2000] F.C.J. No 1993 (T.D.) Pelletier J. found that wealth was not relevant, in my view the better approach was that taken by Reed J. in the earlier *Wong* decision when she found that it would be incongruous to admit somebody as a permanent resident because he has significant financial resources but then refuse to take into account these same resources when assessing the admissibility of the dependant. This approach would not be applicable in the case of medical services but it is applicable with respect to social services.

...

In the case before me the officers identified the medical condition and then identified a broad range of social services which normally would be made available and would benefit her. The officers held such service to be more than the normal services utilized and therefore excessive. However, the response of Dr. Giovinazzo and the decision letter of the officer do not indicate that there was any consideration of which specific services would be available in the particular community in which the applicant chose to settle. In my view it is important to note that we are talking about the social services here and not medical services. In Canada one is not permitted to obtain medical services on a private basis. However, there is no such restriction in the social services and as was shown by Ontario's *Development Services Act*, persons who can afford to pay for social services must pay for them.

aide, les médecins étaient d'avis que des services sociaux externes seraient nécessaires afin d'aider la fille du demandeur à acquérir une certaine autonomie et à lui apprendre à interagir avec les autres. Cette lettre indique également clairement que la situation particulière de la fille du demandeur a été prise en considération.

Les services de santé que peut nécessiter la fille du demandeur ne font pas l'objet d'un litige dans la présente affaire qui m'est soumise. En ce qui concerne les services sociaux, une personne doit être considérée comme admissible, et une telle demande nécessite de déterminer si [TRADUCTION] «le demandeur est en mesure de contribuer en tout ou en partie aux coûts qui en découlent» (*Loi sur les services aux personnes ayant une déficience intellectuelle*, L.R.O. 1990, ch. D.11 et le *Règlement général*, R.R.O. 1990, Règl. 272; *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E2). Par conséquent, il est probable que le demandeur soit tenu de payer pour tous les services requis parce qu'il a les moyens de le faire. Ainsi, leur admission au pays n'entraînera aucun fardeau excessif pour les services sociaux canadiens.

La jurisprudence est partagée concernant la question de savoir si les avoirs du demandeur doivent être pris en considération en déterminant si son admission risque d'entraîner un fardeau excessif sur les services sociaux. Bien que dans l'arrêt *Ching Ho Poon c. M.C.I.*, [2000] A.C.F. n° 1993 (1<sup>re</sup> inst.), le juge Pelletier a affirmé que les avoirs ne constituaient pas un fait pertinent, à mon avis, la meilleure approche est celle qu'a adoptée la juge Reed dans sa décision qu'elle a rendue précédemment relativement à l'affaire *Wong* lorsque qu'elle affirmait qu'il serait incongru d'admettre une personne comme résidente permanente parce qu'elle a d'importantes ressources financières, mais de refuser de tenir compte de ces mêmes ressources pour évaluer l'admissibilité d'une personne à sa charge. Une telle approche ne pourrait s'appliquer dans le cas de services médicaux, mais elle s'applique à l'égard des services sociaux.

[. . .]

Dans la présente affaire, les médecins agréés ont établi un diagnostic de l'état de santé de la fille du demandeur. Ils ont ensuite énoncé un large éventail de services sociaux qui seraient normalement disponibles et avantageux pour elle. Les médecins ont soutenu que les services offerts ne suffiraient pas et que par conséquent, les besoins de la fille du demandeur entraîneraient un fardeau excessif sur ces services. Cependant, la réponse du D' Giovinazzo et la lettre de décision de l'agente n'indiquent pas que l'on ait tenu compte du type de services particuliers disponibles dans la collectivité où l'appelant a choisi de s'établir. À mon avis, il est important de noter qu'il s'agit ici de services sociaux et non de services médicaux. Au Canada, aucun particulier n'est autorisé à bénéficier de services médicaux privés. Cependant, il n'existe aucune restriction à l'égard des services sociaux, et comme le

Accordingly, since there is no evidence before me that the medical officers or the visa officer considered the specific services available in the particular community where the applicant chose to reside, this constitutes a reviewable error. [Emphasis added.]

[15] I note in particular the following points from the foregoing quotation:

- the reference to Mr. Justice MacGuigan’s finding in *Deol v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* [(1992), 18 Imm. L.R. (2d) 1 (F.C.A.)] that the fact of mental retardation or developmental delay alone is not the relevant factor but the degree and probable consequences of that degree of retardation or delay for excessive demands on government services;
- from *Ismaili v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* [(1995), 100 F.T.R. 139 (F.C.T.D.)], the importance of considering the social services available in the particular region of Canada where an applicant wishes to settle;
- once again from *Ismaili*, the obligation of the visa officer, without second guessing the medical, diagnostic opinion of the medical officers, to consider all of the available evidence in reaching his or her own conclusion regarding “excessive demands”;
- from *Poste v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* [(1997), 5 Admin. L.R. (3d) 69 (F.C.T.D.)], the obligation to consider each applicant in his or her “uniqueness”, including the wealth of the applicant; and
- the particular significance of the wealth of the applicant where the issue is demand on social services as opposed to medical services, because of the differences between the social services and medical services regimes in Canada.

[16] More recently, Mr. Justice Evans, on behalf of a unanimous panel of the Court of Appeal, provided

démontre la Loi sur les services aux personnes ayant une déficience intellectuelle, les résidents canadiens qui ont les moyens de le faire sont tenus de payer les services sociaux dont ils bénéficient. Conséquemment, puisqu’aucune preuve démontrant que les médecins ou l’agente des visas ont tenu compte des services particuliers disponibles dans la collectivité où le demandeur a choisi de s’établir ne m’a été présentée, il s’agit d’une erreur qui doit faire l’objet d’un nouvel examen. [Non souligné dans l’original.]

[15] Je note en particulier les points suivants qui sont tirés de la citation qui précède:

- la référence à la conclusion du juge MacGuigan dans l’arrêt *Deol c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* [(1992), 18 Imm. L.R. (2d) 1 (C.A.F.)] selon laquelle ce n’est pas le seul fait de la déficience mentale ou du retard de développement qui est pertinent; c’est plutôt la gravité et les conséquences probables de la gravité de la déficience ou du retard susceptibles de se traduire par l’imposition d’un fardeau excessif sur les services gouvernementaux;
- selon *Ismaili c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* [(1995), 100 F.T.R. 139 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)], l’importance de prendre en considération les services sociaux offerts dans la région du Canada où le demandeur souhaite s’établir;
- encore une fois selon l’arrêt *Ismaili*, l’agent des visas est tenu, sans mettre en doute l’opinion médicale et le diagnostic, de considérer tous les éléments de preuve pour en arriver à sa propre conclusion au sujet du «fardeau excessif»;
- selon l’arrêt *Poste c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* [(1997), 5 Admin. L.R. (3d) 69 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)], l’obligation d’examiner le caractère «unique» de chaque demandeur, y compris ses moyens financiers;
- l’importance particulière des moyens financiers du demandeur lorsque la question en litige concerne les services sociaux par opposition aux services médicaux, étant donné les différences qui existent entre les régimes de services sociaux et de services médicaux au Canada.

[16] Plus récemment, le juge Evans parlant au nom d’une cour d’appel unanime, a rédigé les motifs dans



reasons in *Deol v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*.<sup>4</sup> The Court had before it an appeal from the Trial Division on a judicial review of a denial of visas to sponsored relatives of the applicant on the ground that the applicant's father, one of those seeking a visa, was found to be medically inadmissible by reason of demands on medical services rather than social services.

[17] At paragraphs 22 to 24 of his reasons, Mr. Justice Evans focussed on the issue of "excessive demands" and wrote as follows:

In my opinion, cost alone can constitute "excessive demands" under subparagraph 19(1)(a)(ii). In *Poon* . . . Pelletier J. agreed that, even though not mentioned in the Act or the Regulations, cost is a relevant consideration. The "excessive demands" limb of medical inadmissibility expresses a legislative concern to protect from unusually high demands the public resources devoted to health care.

In addition, I would note that the statutory phrase is "excessive demands", not "excessive demand". The singular, "excessive demand", might well have been regarded as the correlative of "inadequate supply". However, it requires no linguistic stretch to interpret the plural, "excessive demands", as including both the cost and the availability of health services that a visa applicant is likely to require if admitted to Canada.

Moreover, it is unrealistic to regard cost and availability as unconnected. If enough people need expensive but low demand health services, resources may have to be diverted from other services for which demand is higher, thereby creating or lengthening waiting lists for those services. Alternatively, an increased demand for a particular service may prevent the reallocation of funds to services that are in short supply. [Citation omitted; emphasis added.]

[18] At paragraphs 38 and 46, Mr. Justice Evans wrote:

In determining what health services Mr. Singh would likely consume if admitted to Canada, the Board seems to have regarded as a relevant consideration whether he had elected to forego surgery. I agree that this is a relevant

l'arrêt *Deol c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*<sup>4</sup>. La Cour était saisie d'un appel d'une décision de la Section de première instance concernant le contrôle judiciaire du refus d'accorder des visas aux membres de la famille du demandeur qu'il parrainait pour le motif que le père du demandeur, une des personnes demandant un visa, avait été déclaré non admissible pour des raisons médicales, à cause du fardeau qu'il représenterait pour les services médicaux plutôt que pour les services sociaux.

[17] Aux paragraphes 22 à 24 de ses motifs, le juge Evans a examiné en détail la question du «fardeau excessif» et a écrit ce qui suit:

À mon avis, les frais peuvent, à eux seuls, constituer un «fardeau excessif» au sens du sous-alinéa 19(1)a)(ii). Dans le jugement *Poon* le juge Pelletier a convenu que, même s'ils ne sont pas mentionnés dans la Loi ou le Règlement, les coûts constituent un facteur pertinent. Le volet du critère de la non-admissibilité pour des raisons d'ordre médical qui se rapporte au «fardeau excessif» témoigne de la volonté du législateur de protéger les ressources publiques consacrées aux soins de la santé contre toute demande exceptionnellement lourde.

Je tiens par ailleurs à signaler que l'expression que l'on trouve dans la loi est «fardeau excessif» et non «demande excessive». L'expression «demande excessive» aurait bien pu être considérée comme le pendant de l'expression «offre insuffisante». Or, on peut, sans forcer le sens des mots, interpréter l'expression «fardeau excessif» comme englobant à la fois les coûts et la disponibilité des services de santé dont un demandeur de visa aura probablement besoin s'il est admis au Canada.

De plus, il serait irréaliste de dissocier les coûts de la disponibilité. Si un nombre suffisant de personnes nécessitent des services de santé qui coûtent cher mais qui font l'objet d'une faible demande, il se peut qu'on doive réaffecter des ressources déjà consacrées à d'autres services pour lesquels la demande est plus élevée, créant ou allongeant ainsi la liste d'attente pour ces services. Il est également possible qu'une demande accrue pour un service déterminé empêche la redistribution de ressources en faveur de services pour lesquels il existe une pénurie. [Citation omise; soulignement ajouté.]

[18] Aux paragraphes 38 et 46, le juge Evans a déclaré:

Il semble que, pour déterminer quels services de la santé M. Singh utiliserait probablement s'il était admis au Canada, la Commission a considéré comme un facteur pertinent le fait qu'il avait choisi de renoncer à l'intervention chirurgicale. Je

consideration. However, I also agree with the Board that evidence that an applicant may not elect to have surgery cannot be determinative of the demands that the individual's admission might reasonably be expected to cause on health services. No one can waive the right of access in the future to whatever publicly funded health services they need.

...

As has been held in several previous cases, it is not possible to enforce a personal undertaking to pay for health services that may be required after a person has been admitted to Canada as a permanent resident, if the services are available without payment. The Minister has no power to admit a person as a permanent resident on the condition that the person either does not make a claim on the health insurance plans in the provinces, or promises to reimburse the costs of any services required. See, for example, *Choi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 98 F.T.R. 308, at para. 30; *Cabaldon v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 140 F.T.R. 296, at para. 8; *Poon, supra*, at paras. 18-19. [Emphasis added; citation added.]

[19] Counsel for the respondent urged that I should read *Deol* as speaking equally to excessive demands on social services that might reasonably be expected to be caused by the admission of an individual. I decline to do so. I am satisfied that the distinction in the delivery systems in Canada for medical services and social services that are highlighted by Mr. Justice McKeown in the *Wong, supra*, decision from which I have quoted extensively, when read together with references in the reasons of Mr. Justice Evans in *Deol, supra*, to the legislative concern to protect from "excessive demands" or "unusually high demands" the public resources devoted to health care, to "publicly funded health services" and to claims on "the health insurance plans in the provinces" is a sufficient distinction to warrant a different analysis.

(2) The Officer's Role in Considering Whether Gavin's Developmental Delay Would Place Excessive Demands on Social Services

[20] I return to the brief quotation from the reasons of Mr. Justice Cullen in *Ismaili, supra*,<sup>5</sup> cited by Mr.

suis d'accord pour dire qu'il s'agit là d'un facteur pertinent. Je conviens par ailleurs aussi avec la Commission que les éléments de preuve selon lesquels un demandeur de visa peut choisir de ne pas subir une intervention chirurgicale ne saurait constituer un facteur déterminant pour décider si l'admission de cette personne au Canada risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services de santé. On ne peut renoncer pour l'avenir au droit de se prévaloir des services de santé financés à même les fonds publics dont on pourrait avoir besoin.

[. . .]

Ainsi qu'il a déjà été jugé dans plusieurs décisions, il n'est pas possible de faire respecter un engagement personnel de payer les services de santé qui peuvent être nécessaires après que l'intéressé a été admis au Canada en tant que résident permanent si les services peuvent être obtenus sans obligation de paiement. Le ministre n'a pas la faculté d'assujettir l'admission d'une personne au Canada à titre de résident permanent à la condition que cette personne ne demande pas de remboursement du régime d'assurance-maladie de la province ou qu'elle promette de rembourser le coût de tout service utilisé (voir, par exemple, les jugements *Choi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, (1995), 98 F.T.R. 308, au par. 30, *Cabaldon c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 140 F.T.R. 296, au par. 8, et *Poon*, précité, aux par. 18 et 19. [Soulignement ajouté; citation ajoutée.]

[19] L'avocat du défendeur m'a invité à voir dans l'arrêt *Deol* une décision touchant également la question du fardeau excessif pour les services sociaux que risquerait d'entraîner l'admission d'une personne donnée. Je me refuse à le faire. Je suis convaincu que la distinction entre les régimes canadiens de services médicaux et de services sociaux sur laquelle le juge McKeown insiste dans l'arrêt *Wong*, précité, que j'ai cité abondamment, combinée avec les passages des motifs du juge Evans dans l'arrêt *Deol*, précité, où il fait référence au souci du législateur d'éviter tout «fardeau excessif» ou «fardeau inhabituel» pour les fonds publics consacrés à la santé, aux «services de santé financés par des fonds publics» et aux demandes faites «aux régimes d'assurance-santé des provinces» est une distinction qui doit se refléter sur le plan de l'analyse.

2) Le rôle de l'agente sur la question de savoir si le retard de développement de Gavin entraînerait un fardeau excessif pour les services sociaux

[20] Je reviens à la brève citation des motifs du juge Cullen dans l'arrêt *Ismaili*, précité,<sup>5</sup> citée par le juge

Justice McKeown in *Wong, supra*, and quoted earlier in these reasons in the context of quotations from Mr. Justice McKeown's reasons. I repeat the brief passage [*supra*, at paragraph 14] from *Ismaili* here for ease of reference:

The visa officer—wholly apart from the decision of the medical officers—is obliged to consider whether the applicant's medical condition would place excessive demands on health or social services. The visa officer, without second guessing the medical, diagnostic opinion, must consider all of the available evidence.

[21] The social services here at issue were identified as special education and training, sheltered employment and respite care. The officer acknowledged on cross-examination that respite care would probably not be needed.<sup>6</sup> Further, the officer acknowledged that she did not see the response provided by the applicant to her "fairness letter".<sup>7</sup> At the same time, the officer acknowledged that she had an obligation to assure herself that the medical notification that was before her was reasonable, on the basis of the material,<sup>8</sup> and I am satisfied that the reference to "the material" extends to all relevant material which, on the facts of this matter, certainly extends to the response to the "fairness letter".

[22] The following exchange took place between counsel for the applicant and the officer on her cross-examination:

Q. That's right, he would be eligible for whatever these services. But the question is: Would he likely require them?

A. You see, I don't . . .

Q. That's the issue; isn't it?

A. What about the future? I mean, I can't predict that. Would he likely require it? Is the lack of probability, a lack of possibility of his requiring this? No in my opinion. Right now Mr. Hilewitz is a very-well-to-do . . . man who cares very much about his son and has heretofore defrayed the costs of Gavin's needs, and I'm sure that it is his intention to do so in the future too, but you see, I don't know what will happen in the future. It's very hard to predict about the future.

McKeown dans l'arrêt *Wong*, précité, et citée plus haut dans les présents motifs dans le contexte des passages des motifs du juge McKeown. Je reprends ici ce bref passage de l'arrêt *Ismaili* pour des raisons [précité au paragraphe 14] de commodité:

L'agent des visas—tout à fait indépendamment de la décision des médecins agréés—doit considérer si l'état de santé du requérant entraînerait un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé. L'agent des visas, sans mettre en doute l'opinion médicale et le diagnostic, doit considérer tous les éléments de preuve disponibles.

[21] Les services sociaux dont il est question ici sont une éducation et une formation spécialisées, un emploi protégé et des soins de relève. L'agente a reconnu au cours du contre-interrogatoire qu'il ne serait sans doute pas nécessaire de fournir à la famille des soins de relève<sup>6</sup>. En outre, l'agente a reconnu qu'elle n'avait pas vu la réponse qu'avait fournie le demandeur à la «lettre exigée par l'équité»<sup>7</sup>. De la même façon, l'agente a reconnu qu'elle était tenue de vérifier si l'avis médical qui lui avait été transmis était raisonnable, en se fondant sur les documents présentés<sup>8</sup> et je suis convaincu que la référence aux «documents» vise tous les documents pertinents qui, d'après les faits de l'espèce, comprennent certainement la réponse fournie à la «lettre exigée par l'équité».

[22] Voici l'échange de questions et de réponses qui a eu lieu entre l'avocat du demandeur et l'agente des visas au cours de son contre-interrogatoire:

[TRADUCTION]

Q. C'est exact, il aurait le droit de bénéficier de ces services. La question est toutefois la suivante: est-il probable qu'il en aura besoin?

R. Vous voyez, je ne [. . .]

Q. C'est bien là la question, n'est-ce pas?

R. Avez-vous pensé à l'avenir? C'est impossible à prévoir. Aura-t-il probablement besoin de ces services? Est-ce que l'absence de probabilité veut dire l'absence de possibilité qu'il ait besoin de ces services? D'après moi, non. À l'heure actuelle, M. Hilewitz est un homme très prospère qui aime beaucoup son fils et qui a jusqu'ici assumé tous les frais qu'entraînaient les soins dont avait besoin Gavin, et je suis sûr qu'il a l'intention de continuer à le faire mais voyez-vous, je ne sais pas ce qui arrivera à l'avenir. Il est très difficile de prédire l'avenir.

For example, if something happens to the ability to pay, then would Gavin not need the social services and avail himself of his eligibility? I mean, to my knowledge, there are no legal provisions to limit Gavin's eligibility to social services based on his ability to pay if he were to be admitted as a permanent resident. And although eligibility may not constitute probability [of] use, it does constitute possibility, and that is what I think I have to look at, you see, I think that is entirely reasonable.<sup>9</sup> [Emphasis added.]

[23] The officer continued:

... I'm not aware that the lack of evidence of probability of future use, therefore an applicant's financial circumstances, gives me the right to disregard a medical finding. As a matter of fact, it does not. It is not within my statutory authority as a visa officer to treat people differently depending on their personal wealth.<sup>10</sup> [Emphasis added.]

[24] The officer acknowledged on cross-examination that the applicant had advised her that Gavin would be placed in a private school. She found the applicant credible in this regard. At the same time, she apparently was unaware that the applicant was planning towards providing, without resort to publicly funded programs, sheltered employment for his son.

[25] Against the obligations of a visa officer as stated by Mr. Justice Cullen in the quotation from *Ismaili* that appears above, I am satisfied that the officer misunderstood her obligation to consider whether Gavin's medical condition would place excessive demands on social services and simply failed to take into account all of the material provided by the applicant and available to her, albeit on her admission, not before her, that was relevant to the fulfilment of her obligation. I reach this conclusion in particular in reliance on Mr. Justice McKeown's decision in *Wong*, *supra*, and on the points that I draw from that decision that are set out earlier in these reasons.

[26] On this basis and on this basis alone, I am satisfied that the officer erred in a reviewable manner in

Par exemple, s'il devenait tout à coup incapable d'assumer ces frais, Gavin n'aurait-il pas alors besoin de services sociaux et n'exercerait-il pas son droit de les utiliser? D'après ce que je sais, il n'existe aucune disposition législative qui limite le droit d'accès de Gavin à des services sociaux, compte tenu de sa capacité de payer, dans le cas où il serait admis en tant que résident permanent. Le fait d'avoir droit à ces services ne veut pas dire qu'il les utilisera probablement, mais cela constitue une possibilité et c'est ce dont il faut, je crois, tenir compte. Cela me paraît tout à fait raisonnable.<sup>9</sup> [Non souligné dans l'original.]

[23] L'agent(e) a poursuivi:

[TRADUCTION] Je ne pense pas que l'absence d'éléments de preuve concernant la probabilité que ces services soient utilisés à l'avenir, et par conséquent, la situation financière du demandeur, me donne le droit d'écarter une conclusion médicale. En fait, ce n'est pas le cas. La loi ne donne pas aux agents des visas le pouvoir de traiter les gens différemment, selon leur situation financière.<sup>10</sup> [Non souligné dans l'original.]

[24] L'agent(e) a reconnu au cours du contre-interrogatoire que le demandeur l'avait informée du fait que Gavin serait placé dans une école privée. Elle a donné foi aux déclarations du demandeur sur ce point. Elle semblait toutefois ignorer que le demandeur avait prévu de fournir un emploi protégé pour son fils, sans faire appel aux programmes financés par l'État.

[25] Par rapport aux obligations qui s'imposent à l'agent des visas, telles que formulées par le juge Cullen dans la citation de l'arrêt *Ismaili* reproduite ci-dessus, je suis convaincu que l'agent(e) a mal compris son obligation d'examiner si l'état de santé de Gavin entraînerait un fardeau excessif pour les services sociaux, qu'elle a tout simplement omis de tenir compte de tous les documents fournis par le demandeur et qu'elle aurait pu consulter, ce qu'elle n'a pas fait, comme elle l'a reconnu, et qui étaient nécessaires à l'exécution de son obligation. J'en arrive à cette conclusion en me fondant en particulier sur la décision prononcée par le juge McKeown dans *Wong*, précité, et sur les principes qui se dégagent de cette décision et qui sont reproduits plus haut dans les présents motifs.

[26] Pour cette raison, et pour cette seule raison, je suis convaincu que l'agent(e) a commis une erreur

her failure to consider all of the material available to her and in her failure to fully comprehend, and therefore to fulfill, her obligation in review of the medical notification on which she based her rejection of the applicant's application for permanent residence in Canada.

[27] In the result, this application for judicial review will be allowed.

### (3) Other Issues

[28] I acknowledge that I have not directly addressed the four live issue questions placed before the Court on behalf of the applicant. I am satisfied that my analysis to this point addresses the first two of those questions. The third question is based upon an assumption that, on the evidence before me, I reject. I am not satisfied that the evidence discloses that the officer "was both unfamiliar with and inexperienced in the question that she had to decide". In brief response to the fourth issue question, that being whether the officer failed to observe a principle of natural justice or of procedural and administrative fairness that she was required by law to observe, I am satisfied that it should be answered in the negative.

### Reliefs Requested

[29] In the memorandum of fact and law filed on behalf of the applicant, under the heading "Order sought", the substance of the final paragraph reads as follows:

- a) An order for a writ of certiorari quashing the decision of visa officer Virginia Hughes, dated September 15, 2000;
- b) An order for a writ of mandamus directing the Respondent to process the Applicant's application for permanent residence to Canada in accordance with the *Immigration Act* (the "Act") and any other applicable law;
- c) A Declaratory Order that the Applicant's application for permanent residence in Canada be processed within 90 days of the Order and by a different visa officer and without further regard to the issue of excessive demand for the Applicant's

susceptible d'être révisée, parce qu'elle a omis d'examiner tous les documents qui étaient à sa disposition, parce qu'elle a mal compris la nature de son obligation qui consistait à examiner l'avis médical sur lequel elle a fondé le rejet de la demande de résidence permanente au Canada présentée par le demandeur, et que, par conséquent, elle a mal exécuté cette obligation.

[27] Il est par conséquent fait droit à la présente demande de contrôle judiciaire.

### 3) Autres questions en litige

[28] Je reconnais que je n'ai pas abordé directement les quatre autres questions toujours en litige et qui ont été soumises au tribunal pour le compte du demandeur. J'estime que l'analyse à laquelle j'ai procédé répond aux deux premières questions. La troisième question est fondée sur une hypothèse que les éléments de preuve présentés m'obligent à écarter. Je ne suis pas convaincu que les preuves indiquent que l'agente [TRADUCTION] «... connaissait mal la question qu'elle avait à trancher et n'avait aucune expérience dans ce domaine». Pour répondre brièvement à la quatrième question en litige, celle de savoir si l'agente a omis de respecter un principe de justice naturelle ou d'équité procédurale et administrative qui s'imposait à elle, je suis convaincu qu'il y a lieu d'y répondre par la négative.

### Mesures de réparation demandées

[29] Dans le mémoire de fait et de droit déposé pour le compte du demandeur, sous la rubrique «ordonnance recherchée», l'essentiel du dernier paragraphe se lit ainsi:

[TRADUCTION]

- a) Une ordonnance de certiorari annulant la décision de l'agente des visas Virginia Hughes, datée du 15 septembre 2000;
- b) Une ordonnance de mandamus enjoignant au défendeur d'examiner la demande de résidence permanente au Canada présentée par le demandeur, conformément à la *Loi sur l'immigration* (la *Loi*) et à toute autre règle de droit applicable;
- c) Une ordonnance déclarant que la demande de résidence permanente au Canada présentée par le demandeur doit être examinée dans les 90 jours de l'ordonnance, par un autre agent des visas, et sans examiner plus avant la question du

son Gavin;

d) Costs for this procedure;

e) And for such other relief as this Honourable Court may deem just.

[30] During the course of the hearing, counsel for the applicant indicated that he wished to expand the reliefs sought and to modify the claim for costs to costs on a solicitor-and-client basis. At the request of the Court, counsel confirmed the modification of the reliefs sought in a letter addressed to the Court and copied to counsel for the respondent. The substance of the communication to the Court is in the following terms:

The applicant wishes to have the prayer for leave [relief] amended so that in the event of success, not only should certiorari be granted, quashing the decision of Virginia Hughes, but a mandamus issued to send the matter back for re-processing in accordance with the *Immigration Act* and *Regulations* upon the following terms:

- a. That there be no need for further medical examination of the defendant, Gavin Hilewitz, in respect to his health condition of being developmentally delayed or mentally retarded.
- b. That any medical opinion issued concerning developmental delay or mental retardation of the dependant, Gavin Hilewitz, if any, be based upon the following criteria:
  - i. That Gavin be assessed as a dependant and not an independent applicant;
  - ii. That the demand for services, if any, should relate to the place of destination;
  - iii. That the suggested use of social services, if any, be based on the probability that such services will be used by the Hilewitz family;
  - iv. That the social services so specified shall be of a compulsory nature, that is to say that the dependant shall require the services and have no option but to utilize those services;
  - v. That the services alleged to be probably utilized will be specified in both a cost evaluation and

fardeau excessif pour ce qui est de Gavin, le fils du demandeur;

d) Les dépens de l'instance;

e) Et toute autre mesure de réparation que la Cour estime juste.

[30] Au cours de l'audience, l'avocat du demandeur a fait savoir qu'il souhaitait compléter les mesures de réparation recherchées et modifier la demande relative aux dépens pour qu'ils soient calculés sur la base avocat-client. À la demande de la Cour, l'avocat a confirmé la modification apportée aux mesures de réparation recherchées dans une lettre adressée à la Cour, dont une copie a été envoyée à l'avocat du défendeur. Voici l'essentiel de la communication transmise à la Cour:

[TRADUCTION] Le demandeur souhaite que soient modifiées les mesures de réparation demandées pour qu'en cas de succès, la Cour accorde non seulement un certiorari, annulant la décision de Virginia Hughes, mais un mandamus ordonnant que l'affaire soit renvoyée et traitée conformément à la *Loi sur l'immigration* et à son *Règlement* conformément aux directives suivantes:

- a. Il ne sera pas procédé à d'autres examens médicaux concernant le défendeur, Gavin Hilewitz, au sujet de son retard de développement ou de sa déficience mentale.
- b. L'avis médical concernant le retard de développement ou la déficience mentale de la personne à charge, Gavin Hilewitz, le cas échéant, sera fondé sur les critères suivants:
  - i. Gavin sera considéré comme un demandeur à charge et non pas comme un demandeur indépendant;
  - ii. La demande éventuelle de services tiendra compte de son lieu d'établissement;
  - iii. L'utilisation éventuelle des services sociaux sera fondée sur la probabilité que la famille Hilewitz ait effectivement recours à ces services;
  - iv. Les services sociaux mentionnés seront de nature obligatoire, c'est-à-dire que la personne à charge sera obligée de faire appel à ces services et n'aura d'autre choix que de les utiliser;
  - v. Les services dont il est allégué qu'ils seront probablement utilisés donneront lieu à une

scarcity evaluation based upon the location of destination, i.e., Toronto.

- c. That the findings of this court, including those facts in the affidavit of the applicant, upon which there was no cross-examination, form the factual framework in which the opinion is to be granted.
- d. That the opinion by the medical department, if any, be delivered within thirty days of the date of the order of this court and in the above terms. Thereafter, the applicant be permitted a further thirty days to provide any answer rebutting or negating the said opinion, if any, and in turn, that the Respondent shall take such rebuttal evidence into account and demonstrate in writing why it does not apply, again within thirty days.
- e. In the event the report from the medical doctors, in respect to probable use of social services, is not delivered to the applicant's solicitor as aforesaid within thirty days, then the matter shall proceed towards the issue of the visa, as if no such opinion were forthcoming.

[31] The *Immigration and Refugee Protection Regulations*<sup>11</sup> which came into force on 28 June, 2002, commencing with section 350, provide a comprehensive scheme for disposition of decisions or acts of the respondent or an immigration officer made under the *Immigration Act* and referred back to the respondent by this Court for redetermination where the redetermination was not made before 28 June, 2002. I am satisfied that an order of this Court referring this matter back for redetermination in accordance with the *Immigration Act* and Regulations would in effect be inconsistent with law. I am not prepared to so order. Further, I am not prepared to dictate terms on which a redetermination of the applicant's application for permanent residence in Canada should be redetermined.

#### Reliefs Granted

[32] An order will go setting aside the decision that is under review and referring the applicant's application for permanent residence in Canada back to the respondent for redetermination by a different officer, in accordance with law.

évaluation de leur coût et de leur disponibilité en se fondant sur le lieu d'établissement prévu, c'est-à-dire, Toronto.

- c. Les conclusions de la Cour, y compris les faits contenus dans l'affidavit du demandeur, et qui n'ont pas fait l'objet d'un contre-interrogatoire, constitueront le cadre factuel à l'intérieur duquel l'avis médical sera formulé.
- d. L'opinion du service médical, le cas échéant, sera transmise dans les trente jours de la date de l'ordonnance de la Cour et dans les termes précisés ci-dessus. Par la suite, le demandeur aura également trente jours pour fournir une réponse visant à réfuter ledit avis, le cas échéant, et à son tour, le défendeur pourra examiner les éléments de preuve présentés en réponse et montrer par écrit pourquoi ils ne trouvent pas application, là encore, dans les trente jours.
- e. Dans le cas où le rapport préparé par les médecins concernant l'utilisation probable des services sociaux ne serait pas remis à l'avocat du demandeur dans le délai de trente jours prévu, le dossier sera alors traité en vue de la délivrance du visa, comme si aucun avis médical n'allait être déposé.

[31] *Le Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*<sup>11</sup>, qui est entré en vigueur le 28 juin 2002, décrit en détail, à partir de l'article 350, la façon dont doivent être traités les décisions et les actes du défendeur ou d'un agent d'immigration pris aux termes de la *Loi sur l'immigration* et renvoyés au défendeur par la Cour pour nouvel examen lorsque ce nouvel examen n'a pas été effectué avant le 28 juin 2002. Je suis convaincu qu'une ordonnance de la Cour qui renverrait cette affaire pour nouvel examen conformément à la *Loi sur l'immigration* et son Règlement serait en fait illégale. Je ne suis donc pas disposé à prononcer une telle ordonnance. Je ne suis pas non plus disposé à dicter les termes qui devraient s'appliquer au réexamen de la demande de résidence permanente au Canada présentée par le demandeur.

#### Mesures de réparation accordées

[32] La Cour prononce une ordonnance annulant la décision attaquée et renvoyant au défendeur la demande de résidence permanente au Canada du demandeur pour qu'elle soit examinée à nouveau par un autre agent, conformément au droit.

[33] I find no basis whatsoever on the materials before me that would justify an order for costs in favour of the applicant, on a solicitor-and-client basis. An order for costs in favour of the applicant, on the ordinary scale, will go.

#### Certification of a Question

[34] At the close of the hearing of this matter, I indicated that I would prepare and issue reasons and thereafter provide counsel an opportunity to make submissions on whether or not this matter raised a serious question of general importance warranting certification of a question that would provide a basis for appeal from my decision. Counsel will have 14 days from the date of these reasons to serve and file any submissions they might wish to make on certification of a question. Any submissions proposing certification should be served and filed early enough within the 14-day period to allow for reply submissions if such are considered appropriate.

[33] Je ne vois, dans les documents présentés, aucun élément qui justifierait une ordonnance attribuant au demandeur les dépens sur la base avocat-client. La Cour accorde donc au demandeur des dépens calculés selon le barème habituel.

#### Certification d'une question

[34] À la fin de l'audience, j'ai indiqué que je présenterais les motifs et donnerais ensuite aux avocats la possibilité de présenter des arguments sur la question de savoir si cette affaire soulève une question grave de portée générale justifiant la certification d'une question qui pourrait constituer un motif d'appel de ma décision. Les avocats auront 14 jours à partir de la date du prononcé des présents motifs pour signifier et déposer leurs arguments au sujet de la certification d'une question. Les arguments proposant la certification d'une question devraient être signifiés et déposés suffisamment rapidement au cours de cette période de 14 jours pour que l'autre partie puisse fournir des arguments en réponse, si elle l'estime approprié.

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. I-2.

<sup>2</sup> S. 19(1)(a) of the *Immigration Act* was repealed and replaced by subsection 11(1) of S.C. 1992, c. 49. However, at all relevant times, that repeal and replacement had not been proclaimed in force.

<sup>3</sup> 2002 FCT 625; [2002] F.C.J. No. 980 (T.D.) (QL).

<sup>4</sup> [2003] 1 F.C. 301 (C.A.).

<sup>5</sup> (1995), 100 F.T.R. 139 (F.C.T.D.).

<sup>6</sup> Applicant's record, Tab 4, p. 79, question 69.

<sup>7</sup> Applicant's record, Tab 4, pp. 72-73, question 46.

<sup>8</sup> Applicant's record, Tab 4, pp. 73-74, questions 49 to 51.

<sup>9</sup> Applicant's record, Tab 4, pp. 75-76.

<sup>10</sup> Applicant's record, Tab 4, p. 77, question 60.

<sup>11</sup> SOR/2002-227.

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. I-2.

<sup>2</sup> L'art. 19(1)a) de la *Loi sur l'immigration* a été abrogé et remplacé par le paragraphe 11(1) des L.C. 1992, ch. 49. Cependant, au moment des faits, les nouvelles dispositions n'étaient pas encore en vigueur.

<sup>3</sup> 2002 CFPI 625; [2002] A.C.F. n° 980 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

<sup>4</sup> [2003] 1 C.F. 301 (C.A.).

<sup>5</sup> (1995), 100 F.T.R. 139 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>6</sup> Dossier du demandeur, onglet 4, p. 79, question 69.

<sup>7</sup> Dossier du demandeur, onglet 4, p. 72 et 73, question 46.

<sup>8</sup> Dossier du demandeur, onglet 4, p. 73 et 74, questions 49 à 51.

<sup>9</sup> Dossier du demandeur, onglet 4, p. 75 et 76.

<sup>10</sup> Dossier du demandeur, onglet 4, p. 77, question 60.

<sup>11</sup> DORS/2002-227.



A-55-01  
2002 FCA 291

A-55-01  
2002 CAF 291

**Water's Edge Village Estates (Phase II) Ltd.**  
(Appellant)

**Water's Edge Village Estates (Phase II) Ltd.**  
(appelante)

v.

c.

**Her Majesty the Queen** (Respondent)

**Sa Majesté la Reine** (intimée)

**INDEXED AS: WATER'S EDGE VILLAGE ESTATES (PHASE II) LTD. v. CANADA (C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: WATER'S EDGE VILLAGE ESTATES (PHASE II) LTD. c. CANADA (C.A.)**

Court of Appeal, Desjardins, Linden and Noël JJ.A.—  
Vancouver, May 27; Ottawa, July 9, 2002.

Cour d'appel, juges Desjardins, Linden et Noël, J.C.A.—  
—Vancouver, 27 mai; Ottawa, 9 juillet 2002.

*Income Tax — Income Calculation — Deductions — Taxpayers purchasing 93.5% interest in U.S. partnership (Klink Development Company) in December 1991 for \$320,000 — Klink conveying computer purchased in 1982 for US\$3.7 million but fair market value of which US\$7000 in 1991, to B.C. limited partnership in which had 50% interest — Klink recording net terminal loss under Income Tax Act, s. 20(16) — Taxpayers claiming respective shares of loss in computation of income — M.N.R. disallowing claim — Tax Court Judge confirming reassessments on basis no viable partnership subsisted beyond December 1991 transactions, losses properly denied under general anti-avoidance rule in s. 245 — (1) Partnership in existence at close of 1991 taxation year — Taxpayers carried on business in common with view to profit while attempting to exploit computer in selected markets — (2) Losses properly denied under s. 245 — 1991 transactions providing taxpayers with substantial tax benefit — Tax benefit only reason for transactions — Taxpayers exploited obvious loophole in Act, used Act, ss. 13(21), 20(16) to obtain anomalous, unintended result — S. 245 permitting Court to intervene as misused said provisions, abused capital cost allowance system.*

*Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Des contribuables ont acheté une participation de 93,5 % dans une société de personnes américaine (Klink Development Company) en décembre 1991 pour 320 000 \$ — Klink a cédé pour 3,7 millions de dollars US un ordinateur qu'elle avait acheté en 1982 mais qui avait une valeur marchande d'environ 7 000 \$US en 1991, à une société en commandite de la Colombie-Britannique dans laquelle elle avait une participation de 50 % — Klink a, conformément à l'art. 20(16) de la Loi de l'impôt sur le revenu, déclaré une perte finale nette — Les contribuables ont cherché à déduire leur quote-part de cette perte dans le calcul de leur revenu — Le M.R.N. a refusé cette déduction — Le juge de la Cour de l'impôt a confirmé les nouvelles cotisations au motif qu'aucune société de personnes viable n'avait survécu aux opérations de décembre 1991 et que c'était avec raison que le ministre avait refusé la déduction des pertes en vertu de la disposition générale anti-évitement contenue à l'art. 245 — 1) Il existait une société de personnes à la clôture de l'année d'imposition 1991 — Les contribuables exploitaient une entreprise en commun en vue de réaliser des bénéfices alors qu'ils essaieraient d'exploiter l'ordinateur sur des marchés choisis — 2) La déduction des pertes a été refusée à bon droit en vertu de l'art. 245 — Les opérations de 1991 ont procuré aux contribuables un avantage fiscal non négligeable — La recherche d'un avantage fiscal était la seule raison d'être de ces opérations — Les contribuables ont exploité une échappatoire évidente de la Loi et ont utilisé les art. 13(21) et 20(16) de la Loi pour obtenir un résultat anormal et imprévu — L'art. 245 permet à la Cour d'intervenir en cas d'application abusive des dispositions en question et d'abus du système de déduction pour amortissement.*

*Income Tax — Partnerships — Tax Court confirming reassessments disallowing claims for shares of partnership's terminal loss on basis no viable partnership — Taxpayers' acquisition of interest in partnership, contribution of obsolete*

*Impôt sur le revenu — Sociétés de personnes — La Cour de l'impôt a confirmé les nouvelles cotisations refusant la déduction par les contribuables de leur quote-part respective de la perte finale d'une société de personnes au motif qu'il*

*mainframe computer (asset giving rise to loss) to B.C. limited partnership primarily tax motivated — Minister challenging continued existence of partnership as proposed use of computer not giving rise to reasonable expectation of profit — Case law evolving since decision under appeal rendered — Must determine whether lesser business intent existed despite predominant tax motivation — Supreme Court of Canada holding reasonable expectation of profit test not relevant in determining existence of business where activity commercial-like — In absence of personal element, activities directed towards generation of profit, and which bear badges of commerce, constituting business — Taxpayers carried on business in common with view to profit while actively engaged in attempt to exploit computer in selected markets.*

*n'existait pas de société de personnes viable — L'acquisition par les contribuables de leur participation dans la société de personnes et l'apport dans une société en commandite de la C.-B. d'un ordinateur vétuste (le bien qui a donné lieu à la perte) étaient surtout motivés par des considérations d'ordre fiscal — Le ministre a contesté le fait que la société de personnes continuait d'exister parce que l'utilisation projetée de l'ordinateur ne donnait pas lieu à une expectative raisonnable de profit — La jurisprudence a évolué depuis le prononcé de la décision frappée d'appel — Il s'agissait de savoir si le contribuable avait une intention commerciale secondaire malgré une motivation fiscale prédominante — La Cour suprême du Canada a statué que le critère de l'expectative raisonnable de profit n'est pas pertinent aux fins de déterminer s'il existe une entreprise lorsque l'activité visée est commerciale — Lorsqu'elles ne comportent aucun aspect personnel, les activités qui sont axées sur la production de bénéfices et qui comportent les caractéristiques d'une activité commerciale constituent une entreprise — Les contribuables exploitaient une entreprise en commun en vue de réaliser des bénéfices alors qu'ils s'affairaient activement à essayer d'exploiter l'ordinateur sur des marchés choisis.*

This was an appeal from a Tax Court of Canada decision concerning losses allegedly incurred by a partnership and of which the appellants (five other appeals were consolidated with this appeal) availed themselves in the computation of their respective income. On December 13, 1991, a British Columbia promoter and a company through which he conducted his activities purchased, on an interim basis, a 98% interest in a United States partnership, Klink Development Company, for \$51,500. Shortly thereafter, on December 20, 1991, the appellants, along with three other individuals, paid \$320,000 to acquire interests totalling more than 93.5% in Klink. On the same day, Klink acquired a 50% interest in a British Columbia limited partnership, called Interfin Leasing Partnership (ILP). Its contribution to that partnership consisted in the conveyance of an IBM mainframe computer which it had bought in 1982, for US\$3.7 million but which had a market value of approximately US\$7000 in 1991. The computer was obsolete in North America at that time. After the computer was conveyed by Klink to ILP, ongoing efforts were made to lease the computer in various Eastern European countries and Venezuela, none of which proved to be fruitful. In computing its income for its taxation year ending December 31, 1991, Klink recorded a net terminal loss in the amount of \$4,441,390 pursuant to subsection 20(16) of the *Income Tax Act*. The appellants claimed their respective shares of this loss in the computation of their income for the relevant taxation years. The Minister of National Revenue reassessed the appellants and disallowed their respective share of the Klink loss. The Tax Court Judge confirmed the reassessments on the basis that no viable partnership subsisted beyond the December 1991 transactions and that, even if Klink did

Il s'agit de l'appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt concernant des pertes qui auraient été subies par une société de personnes et dont les appelants (il y a eu jonction de cinq autres appels avec le présent appel) se sont prévalus lors du calcul de leur revenu respectif. Le 13 décembre 1991, un promoteur de la Colombie-Britannique a, avec une compagnie par l'intermédiaire de laquelle il exerçait ses activités, acquis à titre provisoire une participation de 98 % dans une société de personnes américaine, Klink Development Company, pour la somme de 51 500 \$. Peu de temps après, le 20 décembre 1991, les appelants ont, avec trois autres particuliers, payé 320 000 \$ pour acquérir des participations dans Klink totalisant un peu plus de 93,5 %. Le même jour, Klink a acquis une participation de 50 % dans une société en commandite de la Colombie-Britannique appelée Interfin Leasing Partnership (ILP). Comme apport à cette société de personnes, Klink a cédé un ordinateur central IBM, qu'elle avait acheté en 1982 pour la somme de 3,7 millions de dollars US mais qui avait une valeur marchande d'environ 7 000 \$US en 1991. L'ordinateur était, à l'époque en cause, vétuste en Amérique du Nord. Après que Klink eut cédé l'ordinateur à IPL, des démarches soutenues ont été entreprises en vue de louer l'ordinateur dans divers pays d'Europe de l'Est et, plus tard, au Venezuela, mais aucune de ces démarches n'a porté fruit. Lors du calcul de son revenu pour son année d'imposition se terminant le 31 décembre 1991, Klink a, conformément au paragraphe 20(16) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, déclaré une perte finale de 4 441 390 \$. Les appelants ont cherché à déduire leur quote-part de cette perte dans le calcul de leur revenu pour les années d'imposition applicables. Le ministre du Revenu

survive these transactions, the losses were properly denied by virtue of the general anti-avoidance rule (GAAR) in section 245 of the Act. The issues were: (1) whether appellants were members of a partnership at the time the losses were incurred; and (2) whether the losses were properly denied by section 245.

*Held*, the appeal should be dismissed.

(1) The partnership remained in existence at the close of its 1991 taxation year based on cases decided since the decision under appeal. The acquisition by the appellants of their interest in Klink and the ensuing contribution of the computer to ILP were primarily tax motivated. But the question was whether the appellants as partners had the ancillary intention to profit from the continuing use of the computer, a question which the Tax Court did not address although it was incumbent upon it to have done so. The ongoing intention to exploit the computer with a view to profit was understood by the appellants to be an essential component of the tax plan which they had conceived and they acted in a manner which was consistent with that plan. In the absence of a personal element, activities directed towards the generation of profit and which bear the badges of commerce constitute a business. The appellants carried on business in common with a view to profit while they were attempting to exploit the computer in selected markets. That the U.S. partners agreed to remain in that capacity in order to insure the continued existence of the partnership is consistent with their continued intention to carry on business in common.

(2) The Minister took the position that the appellants had embarked on "avoidance transactions" the benefits of which were denied by the GAAR. He recognized that the terminal loss in the amount of \$4,486,940 had been properly computed by Klink, subject to the application of section 245 which requires answers to three questions. The first question was whether the December 20, 1991 transactions resulted in a tax benefit to the appellants. The acquisition by the appellants of their respective interests in Klink on December 20, 1991 and the disposition, on the same day, of the computer to ILP, provided the appellants with a substantial tax benefit. Indeed, they gained access to a loss totalling \$4,152,700 (93.5% of

national a établi à l'égard de tous les appelants de nouvelles cotisations dans lesquelles il a refusé la déduction de leurs parts respectives des pertes de Klink. Le juge de la Cour de l'impôt a confirmé les nouvelles cotisations au motif qu'aucune société de personnes viable n'avait survécu aux opérations de décembre 1991 et que, même si Klink avait effectivement survécu à ces opérations, la déduction des pertes avait été à juste titre refusée en vertu de la disposition générale anti-évitement contenue à l'article 245 de la Loi. Les questions en litige étaient les suivantes: 1) Les appelants faisaient-ils partie d'une société de personnes au moment où les pertes ont été subies? 2) est-ce à bon droit que la déduction des pertes a été refusée en vertu de l'article 245?

*Arrêt*: l'appel est rejeté.

1) La société de personnes a continué à exister après la clôture de son année d'imposition 1991 suivant le cours de la jurisprudence depuis la décision frappée d'appel. L'acquisition par les appelants de leur participation dans Klink et l'apport de l'ordinateur à ILP qui s'en est suivi étaient surtout motivés par des considérations d'ordre fiscal. Mais il restait à savoir si les appelants avaient l'intention secondaire, en tant qu'associés, de tirer profit de l'utilisation prolongée de l'ordinateur, une question sur laquelle la Cour de l'impôt ne s'est pas penchée, malgré le fait qu'elle devait le faire. L'intention constante d'exploiter l'ordinateur dans le but de réaliser un bénéfice était perçue par les appelants comme un élément essentiel du projet fiscal qu'ils avaient conçu et ils ont agi d'une manière qui était compatible avec ce projet. Lorsqu'elles ne comportent aucun aspect personnel, les activités qui sont axées sur la production de bénéfices et qui comportent les caractéristiques d'une activité commerciale constituent une entreprise. Les appelants exploitaient une entreprise en commun en vue de réaliser des bénéfices alors qu'ils essayaient d'exploiter l'ordinateur sur des marchés choisis. Le fait que les associés américains avaient accepté de conserver une participation dans la société de personnes pour s'assurer que celle-ci continue à exister s'accorde avec leur volonté constante d'exploiter une entreprise en commun.

2) Le ministre était d'avis que les appelants s'étaient livrés à des «opérations d'évitement» dont les avantages étaient refusés par la disposition générale anti-évitement. Il a reconnu que Klink avait correctement calculé la perte finale au montant de 4 486 940 \$, sous réserve de l'application de l'article 245 qui exige de répondre à trois questions. La première question était de savoir si les opérations du 20 décembre 1991 ont procuré un avantage fiscal aux appelants. L'acquisition par les appelants de leur participation respective dans la société Klink le 20 décembre 1991, et la cession, le même jour, de l'ordinateur à ILP ont procuré aux appelants un avantage fiscal non négligeable. En fait, ils ont ainsi pu réaliser une

\$4,441,390) at a cost of \$320,000, or 13 cents to the dollar. The second question was whether the transactions could reasonably be considered to have been undertaken primarily for a purpose other than to obtain a tax benefit. The value of the tax loss in the hands of the appellants when contrasted with the income-earning prospects of the computer made the predominant purpose of the transactions plain and obvious. The difference between the amount paid by the appellants to acquire their partnership interest (\$320,000) and the value of the computer at that time (US\$7,000) was also indicative of the fact that first and foremost, the appellants paid to acquire a tax loss. There was no credible explanation for the manner in which the appellants proceeded to acquire their interest in the partnership and contribute the computer to another partnership prior to the close of its 1991 taxation year, other than the achievement of the tax benefit which they were seeking. The quest for the tax benefit was the only reason why the transactions unfolded as they did.

The answer to the second question being negative, the third question was whether the transactions resulted in a misuse or an abuse of the provisions of the Act, other than section 245, read as a whole. The capital cost allowance system is intended to recognize over time costs incurred to acquire capital assets actually used to earn income within the meaning of paragraphs 18(1)(a) and (b), and the "recapture" and "terminal loss" provisions are intended to adjust the aggregate deduction so recognized when subsequent events demonstrate that the asset has been over- or under-depreciated. In the present case, the decrease in value of the computer which underlies the terminal loss recorded by Klink was attributable to a period when the computer was not being used to earn income under the Act and hence was not "depreciable property". The general principle that limits the deduction of expenditures to those incurred for the purpose of gaining and producing "income" under the Act is set out in paragraph 18(1)(a). The recapture and terminal loss provisions (subsections 13(1) and 20(16) respectively) insure that in the end, it is the actual cost of a capital asset used to earn income under the Act that is deducted in conformity with the general limitation stated in paragraph 18(1)(a). The object and spirit of the relevant provisions is to provide for the recognition of money spent to acquire qualifying assets to the extent that they are consumed in the income-earning process under the Act. By acquiring their interests in Klink and insuring its continued operation, the appellants "imported", for Canadian income tax purposes, a capital cost equal to the computer's historical cost. They immediately took steps to profit from this cost by contributing the computer to ILP prior to the close of Klink's 1991 taxation

perle totale de 4 152 700 \$ (93,5 % de 4 441 390 \$) à un coût de 320 000 \$, soit 13 cents par dollar. La deuxième question était de savoir s'il est raisonnable de considérer que les opérations ont principalement été effectuées pour un objet autre que l'obtention d'un avantage fiscal. L'objet principal des opérations s'impose de façon évidente lorsqu'on met en contraste la valeur de la perte fiscale subie par les appelants avec la capacité de l'ordinateur de produire un revenu. La différence entre la somme payée par les appelants pour acquérir une participation dans la société de personnes (320 000 \$) et la valeur de l'ordinateur à l'époque (7 000 \$US) révélait aussi que d'abord et avant tout, les appelants ont payé pour acquérir une perte fiscale. La manière dont les appelants s'y sont pris pour acquérir une participation dans la société de personnes et pour faire apport de l'ordinateur à une autre société de personnes avant la clôture de son année d'imposition 1991 ne peut vraisemblablement s'expliquer que par la volonté d'obtenir l'avantage fiscal qu'ils recherchaient. La recherche d'un avantage fiscal est la seule raison pour laquelle les opérations se sont déroulées de cette manière.

Comme la réponse à la deuxième question est négative, la troisième question consistait à se demander si les opérations ont entraîné un abus dans l'application des dispositions de la Loi dans son ensemble, abstraction faite de l'article 245. Le mécanisme de la déduction pour amortissement a pour objet de tenir compte sur une période de temps déterminée des dépenses engagées pour acquérir des biens en immobilisation qui ont véritablement servi à gagner un revenu au sens des alinéas 18(1)a) et 18(1)b) et les dispositions relatives à la «récupération» et aux «pertes finales» sont conçues de manière à rajuster les déductions totales ainsi reconnues lorsque surviennent par la suite des événements qui démontrent que le bien a fait l'objet d'un amortissement excessif ou insuffisant. En l'espèce, la dépréciation de l'ordinateur qui est à la base de la perte finale déclarée par Klink est imputable à une période au cours de laquelle l'ordinateur n'était pas utilisé en vue de gagner un revenu au sens de la Loi et l'ordinateur ne constituait donc pas un «bien amortissable». Le principe général qui limite la déduction des dépenses à celles qui ont été engagées en vue de produire un «revenu» au sens de la Loi est énoncé à l'alinéa 18(1)a). Les dispositions relatives à la récupération et aux pertes finales (respectivement, les paragraphes 13(1) et 20(16)) garantissent qu'en bout de ligne, c'est le coût réel du bien en immobilisation qui a servi à gagner un revenu au sens de la Loi qui est déduit en conformité avec la restriction générale formulée à l'alinéa 18(1)a). L'objet et l'esprit des dispositions pertinentes sont de tenir compte de l'argent qui a été dépensé pour acquérir des biens admissibles dans la mesure où ils sont utilisés en vue de gagner un revenu au sens de la Loi. En

year, thereby triggering a terminal loss pursuant to subsection 20(16). In doing so, they exploited an obvious loophole which allowed them to deduct a cost in excess of \$4 million for a computer which had a value of US\$7,000 when it first became depreciable property under the Act. The addition of subsection 96(8) (which applies after December 21, 1992) to the Act demonstrates that Parliament moved as quickly as it could to close the loophole exploited by the appellants precisely because the result achieved was anomalous having regard to the object and spirit of the relevant provisions of the Act which give rise to no ambiguity. Section 245 allows the Court to intervene when confronted with a misuse of the provisions of the Act. The appellants used paragraph 13(21)(f) and subsection 20(16) of the Act to obtain a result which was both anomalous and unintended when regard is had to their reason for being. They misused these provisions and abused the capital cost allowance system generally. The Tax Court Judge properly held that the losses claimed by the appellants were denied by section 245.

acquérant une participation dans Klink et en s'assurant que celle-ci continuait à exercer ses activités, les appelants ont, pour l'application des lois fiscales canadiennes, «importé» un coût en capital égal au coût historique de l'ordinateur. Ils ont immédiatement pris des mesures pour tirer profit de ce coût en faisant apport à l'ILP de l'ordinateur avant la fin de l'année d'imposition 1991 de Klink, déclenchant ainsi une perte finale au sens du paragraphe 20(16). Ce faisant, ils ont exploité une échappatoire évidente qui leur permettait de déduire des frais de plus de quatre millions de dollars relativement à un ordinateur qui avait une valeur approximative de 7 000 \$US lorsque cet ordinateur est devenu pour la première fois un bien amortissable au sens de la Loi. L'insertion après coup du paragraphe 96(8) dans la Loi (avec effet rétroactif au 21 décembre 1992) démontre que le législateur fédéral est intervenu aussi rapidement que possible pour supprimer l'échappatoire que les appelants avaient exploitée précisément en raison du fait que le résultat obtenu constituait une anomalie, compte tenu de l'objet et de l'esprit des dispositions applicables de la Loi, qui ne donnent lieu à aucune ambiguïté. L'article 245 permet à la Cour d'intervenir lorsqu'elle a affaire à un abus dans l'application des dispositions de la Loi. Les appelants ont utilisé l'alinéa 13(21)f) et le paragraphe 20(16) de la Loi pour obtenir un résultat qui était à la fois anormal et imprévu lorsqu'on tient compte de la raison d'être de ces dispositions. Les appelants ont donc appliqué de façon abusive les dispositions en question et ils ont abusé de façon générale du système de déduction pour amortissement. C'est à bon droit que le juge de la Cour de l'impôt a statué que les pertes déduites par les appelants n'étaient pas admissibles du fait de l'article 245.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 96(8) (as enacted by S.C. 1994, c. 21, s. 44).

*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 3, 9(1), 13(1) (as am. by S.C. 1988, c. 55, s. 6), (21)(b) (as am. by S.C. 1991, c. 49, s. 9), (f) (as am. by S.C. 1976-77, c. 4, s. 3; 1977-78, c. 1, s. 6), 18(1), 20(1), (16) (as enacted *idem*, s. 14; 1988, c. 55, s. 12), 96(1) (as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 43; 1988, c. 55, s. 66), 111(1) (as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 54), 245(1) "tax benefit" (as am. by S.C. 1988, c. 55, s. 185), "tax consequences" (as am. *idem*), "transaction" (as am. *idem*), (2) (as am. *idem*), (3) (as am. *idem*), (4) (as enacted *idem*), (5) (as enacted *idem*), (6) (as enacted *idem*), (7) (as enacted *idem*), (8) (as enacted *idem*).

*Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945, s. 1100 (as am. by SOR/78-377, s. 3; 83-340, s. 1; 91-673, s. 1).

*Partnership Act*, R.S.B.C. 1996, c. 348, s. 4(c).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 96(8) (édicte par L.C. 1994, ch. 21, art. 44).

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 3, 9(1), 13(1) (mod. par L.C. 1988, ch. 55, art. 6), (21)b) (mod. par L.C. 1991, ch. 49, art. 9), f) (mod. par S.C. 1976-77, ch. 4, art. 3; 1977-78, ch. 1, art. 6), 18(1) (mod. par S.C. 1985, ch. 45, art. 126), 20(1), (16) (édicte par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 14; L.C. 1988, ch. 55, art. 12), 96(1) (mod. par S.C. 1984, ch. 1, art. 43; L.C. 1988, ch. 55, art. 66), 111(1) (mod. par L.C. 1984, ch. 1, art. 54), 245(1) «attribut fiscal» (mod. par L.C. 1988, ch. 55, art. 185), «avantage fiscal» (mod., *idem*), «opération» (mod., *idem*), (2) (mod., *idem*), (3) (mod., *idem*), (4) (édicte, *idem*), (5) (édicte, *idem*), (6) (édicte, *idem*), (7) (édicte, *idem*), (8) (édicte, *idem*).

*Partnership Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 348, art. 4(c).

*Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945, art. 1100 (mod. par DORS/78-377, art. 3; 83-340, art. 1; 91-673, art. 1).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Spire Freezers Ltd. v. Canada*, [2001] 1 S.C.R. 391; [2001] 2 C.T.C. 40; *Backman v. Canada*, [2001] 1 S.C.R. 367; (2001), 196 D.L.R. (4th) 193; 11 B.L.R. (3d) 165; [2001] 2 C.T.C. 11; 2001 DTC 5149; 266 N.R. 246; *Stewart v. Canada* (2002), 212 D.L.R. (4th) 577; 288 N.R. 297 (S.C.C.); *Walls v. Canada* (2002), 212 D.L.R. (4th) 606 (S.C.C.); *OSFC Holdings Ltd. v. Canada*, [2002] 2 F.C. 288; (2001), 17 B.L.R. (3d) 212; 29 C.B.R. (4th) 105; 2001 DTC 5471; 275 N.R. 238 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused, [2001] S.C.C.A. No. 522.

## DISTINGUISHED:

*Lea-Don Canada Limited v. Minister of National Revenue*, [1971] S.C.R. 95; (1970), 13 D.L.R. (3d) 117; [1970] C.T.C. 346; 70 DTC 6271; *Allied Farm Equipment Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1972] F.C. 263; [1972] C.T.C. 107; (1972), 72 DTC 6086 (T.D.); *Oceanspan Carriers Ltd. v. Canada*, [1987] 2 F.C. 171; [1987] 1 C.T.C. 210; (1987), 87 DTC 5102; 73 N.R. 91 (C.A.); *Holiday Luggage Mfg. Co. v. Canada*, [1987] 2 F.C. 249; [1987] 1 C.T.C. 23; (1986), 86 DTC 6601; 8 F.T.R. 94 (T.D.).

## REFERRED TO:

*Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298; (1998), 163 D.L.R. (4th) 385; 98 DTC 6505; 222 N.R. 58; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; (1999), 178 D.L.R. (4th) 26; [1999] 4 C.T.C. 313; 247 N.R. 19; *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804; (1999), 179 D.L.R. (4th) 577; [2000] 1 W.W.R. 195; 69 B.C.L.R. (3d) 201; 99 DTC 5799; 248 N.R. 216; *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312; [1994] 2 C.T.C. 25; (1994), 94 DTC 6314; 168 N.R. 16; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; (1995), 127 D.L.R. (4th) 193; [1995] 2 C.T.C. 369; 95 DTC 5551; 186 N.R. 243.

APPEAL from a Tax Court of Canada decision (*Duncan v. Canada*, [2001] 2 C.T.C. 2284; 2001 DTC 96) confirming the reassessments disallowing claimed shares of partnership losses of the Minister of National Revenue on the basis that no viable partnership subsisted beyond December 1991 and that the losses were properly denied by virtue of the general anti-avoidance rule in section 245 of the *Income Tax Act*.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Spire Freezers Ltd. c. Canada*, [2001] 1 R.C.S. 391; [2001] 2 C.T.C. 40; *Backman c. Canada*, [2001] 1 R.C.S. 367; (2001), 196 D.L.R. (4th) 193; 11 B.L.R. (3d) 165; [2001] 2 C.T.C. 11; 2001 DTC 5149; 266 N.R. 246; *Stewart c. Canada* (2002), 212 D.L.R. (4th) 577; 288 N.R. 297 (C.S.C.); *Walls c. Canada*, (2002), 212 D.L.R. (4th) 606 (C.S.C.); *OSFC Holdings Ltd. c. Canada*, [2002] 2 C.F. 288; (2001), 17 B.L.R. (3d) 212; 29 C.B.R. (4th) 105; 2001 DTC 5471; 275 N.R. 238 (C.A.); autorisation d'appel à la C.S.C. refusée, [2001] C.S.C.R. n° 522.

## DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*Lea-Don Canada Limited v. Minister of National Revenue*, [1971] R.C.S. 95; (1970), 13 D.L.R. (3d) 117; [1970] C.T.C. 346; 70 DTC 6271; *Allied Farm Equipment Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1972] C.F. 263; [1972] C.T.C. 107; (1972), 72 DTC 6086 (1<sup>re</sup> inst.); *Oceanspan Carriers Ltd. c. Canada*, [1987] 2 C.F. 171; [1987] 1 C.T.C. 210; (1987), 87 DTC 5102; 73 N.R. 91 (C.A.); *Holiday Luggage Mfg. Co. c. Canada*, [1987] 2 C.F. 249; [1987] 1 C.T.C. 23; (1986), 86 DTC 6601; 8 F.T.R. 94 (1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298; (1998), 163 D.L.R. (4th) 385; 98 DTC 6505; 222 N.R. 58; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; (1999), 178 D.L.R. (4th) 26; [1999] 4 C.T.C. 313; 247 N.R. 19; *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804; (1999), 179 D.L.R. (4th) 577; [2000] 1 W.W.R. 195; 69 B.C.L.R. (3d) 201; 99 DTC 5799; 248 N.R. 216; *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312; [1994] 2 C.T.C. 25; (1994), 94 DTC 6314; 168 N.R. 16; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; (1995), 127 D.L.R. (4th) 193; [1995] 2 C.T.C. 369; 95 DTC 5551; 186 N.R. 243.

APPEL d'un jugement par lequel la Cour canadienne de l'impôt (*Duncan c. Canada*, [2001] 2 C.T.C. 2284; 2001 DTC 96) a confirmé de nouvelles cotisations dans lesquelles le ministre du Revenu national avait refusé de déduire la part respective des pertes d'une société de personnes au motif qu'aucune société de personnes viable n'avait survécu aux opérations de décembre 1991 et que la déduction des pertes a été à juste titre refusée

Appeal dismissed.

en vertu de la disposition générale anti-évitement contenue à l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Appel rejeté.

APPEARANCES:

*George E. H. Cadman, Q.C.* and *Margaret Stanier*  
for appellant.  
*Patricia A. Babcock* for respondent.

ONT COMPARU:

*George E. H. Cadman, c.r.* et *Margaret Stanier*  
pour l'appelante.  
*Patricia A. Babcock* pour l'intimée.

SOLICITORS OF RECORD:

*Boughton Peterson Yang Anderson*, Vancouver, for  
appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Boughton Peterson Yang Anderson*, Vancouver,  
pour l'appelante.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour  
l'intimée.

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

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

[1] NOËL J.A.: This appeal is in respect of six appeals under the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63] (Act) which were heard together on common evidence by Judge Bowie of the Tax Court of Canada. By order of this Court, the six appeals were consolidated, the lead file being the appeal in the present matter. These reasons will therefore also be filed and stand as reasons for judgment in the five other appeals (namely, the appeals in files A-56-01, A-57-01, A-58-01, A-59-01 and A-60-01.)

[1] LE JUGE NOËL, J.C.A.: Le présent appel concerne six appels qui ont été interjetés en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63] (la Loi) et qui ont été instruits ensemble sur preuve commune par le juge Bowie de la Cour canadienne de l'impôt. Notre Cour a ordonné la jonction de ces six appels. Le dossier principal est l'appel interjeté dans la présente affaire. Les présents motifs seront par conséquent déposés dans les cinq autres appels (à savoir les appels interjetés dans les dossiers A-56-01, A-57-01, A-58-01, A-59-01 et A-60-01) et serviront également de motifs de jugement dans ces autres appels.

[2] All the appeals concern losses said to have been incurred by a partnership and of which the appellants availed themselves in the computation of their respective income. While the appeals involve different taxation years ranging from 1990 to 1993, the issue in each year for each appellant is identical, except for the carry back or carry forward of the claimed losses in some cases.

[2] Tous les appels concernent des pertes qui auraient été subies par une société de personnes et dont les appelants se sont prévalus lors du calcul de leur revenu respectif. Bien que les appels se rapportent à diverses années d'imposition comprises entre 1990 et 1993, le point en litige pour chaque année et pour chaque appellant est identique, sauf en ce qui a trait, dans certains cas, au report rétrospectif ou prospectif de certaines pertes.

The Transactions in Issue

Les opérations en litige

[3] The facts are set out in detail in the decision of the Tax Court Judge (*Duncan v. Canada*, [2001] 2 C.T.C. 2284) and need not be repeated. It is sufficient for present purposes to briefly describe the transactions

[3] Les faits sont exposés en détail dans la décision du juge de la Cour de l'impôt (*Duncan c. Canada*, [2001] 2 C.T.C. 2284) et il n'est pas nécessaire de les répéter. Il suffit en l'espèce de revenir brièvement sur les

which gave rise to the claimed losses and their subsequent refusal by the Minister of National Revenue. The relevant statutory provisions are set out in Annex I to these reasons in the order in which they appear in the Act.

[4] In December 1991, each of the appellants purchased an interest in a United States partnership operating under the name Klink Development Company (Klink). Klink was originally formed in 1979 under the laws of the State of Ohio. Its original partners were all citizens and residents of the United States. In 1982, Klink purchased an IBM mainframe computer for US\$3.7 million. The computer was rented out to a United States lessor under long term leases the last of which was to end December 31, 1991. By 1991, the computer had been fully depreciated both for accounting purposes and for purposes of United States income tax laws. It was considered to be obsolete in North America.

[5] On December 13, 1991, a British Columbia promoter by the name of Hutton and a company through which he conducted his activities purchased, on an interim basis, a 98% interest in Klink for \$51,500. The remaining 2% interest was retained by the original U.S. partners.

[6] Seven days later, on December 20, 1991, the appellants, along with three other individuals, paid \$320,000 to acquire interests totalling slightly more than 93.5% in Klink. Hutton and his company continued to hold the remaining portion of the interests which they had bought (approximately 4.5%). The Tax Court Judge found as a fact that the computer had a market value of approximately US\$7,000 at that time.

[7] On the same day, Klink acquired a 50% interest in a recently formed British Columbia limited partnership, called Interfin Leasing Partnership (ILP). Klink's contribution to this partnership consisted in the conveyance of the computer for which it received a credit to its capital account of \$50,000. At the same

opérations qui ont donné lieu aux pertes dont la déduction a été demandée et sur le refus subséquent du ministre du Revenu national d'autoriser cette déduction. Les dispositions légales applicables sont reproduites à l'annexe I des présents motifs dans l'ordre dans lequel elles apparaissent dans la Loi.

[4] En décembre 1991, chacun des appelants a acheté une participation dans une société de personnes des États-Unis qui faisait affaires sous la raison sociale de Klink Development Company (Klink). Klink avait été constituée en 1979 sous le régime des lois de l'État de l'Ohio. Ses associés initiaux étaient tous citoyens et résidents des États-Unis. En 1982, Klink a acheté un ordinateur central IBM pour la somme de 3 700 000 \$US. L'ordinateur a été loué à une entreprise américaine en vertu de contrats de location à long terme dont le dernier devait expirer le 31 décembre 1991. En 1991, l'ordinateur avait été totalement amorti, tant sur le plan comptable que pour l'application des lois fiscales américaines. Il était considéré vétuste pour l'Amérique du Nord.

[5] Le 13 décembre 1991, un promoteur de la Colombie-Britannique du nom de Hutton a, avec une compagnie par l'intermédiaire de laquelle il exerçait ses activités, acquis à titre provisoire une participation de 98 p. 100 dans Klink pour la somme de 51 500 \$. Les associés américains initiaux ont conservé la participation de 2 p. 100 qui restait.

[6] Sept jours plus tard, le 20 décembre 1991, les appelants ont, avec trois autres particuliers, payé la somme de 320 000 \$ pour acquérir des participations dans Klink totalisant un peu plus de 93,5 p. 100. Hutton et sa compagnie ont continué à détenir la partie restante des participations qu'ils avaient achetées (environ 4,5 p. 100). Le juge de la Cour de l'impôt a établi à environ 7 000 \$US la valeur marchande de l'ordinateur à l'époque.

[7] Le même jour, Klink a acquis une participation de 50 p. 100 dans une nouvelle société en commandite de la Colombie-Britannique du nom d'Interfin Leasing Partnership (ILP). À titre d'apport à cette société de personnes, Klink a cédé l'ordinateur, pour lequel un montant de 50 000 \$ a été porté au crédit de son compte



time, Klink assigned to ILP its rights under the outstanding lease of the computer, the term of which had been extended to March 31, 1992.

[8] The stated reason for the acquisition by the appellants of their interest in Klink and the contribution of the computer to ILP was to continue to derive income therefrom in selected markets where it still had income-earning potential. It was acknowledged that the computer was, at that time, obsolete in North America.

[9] It is apparent from the evidence that after the computer was conveyed by Klink to ILP, ongoing efforts were made to lease the computer in various Eastern European countries and later in Venezuela. A consultant was hired, markets were investigated, clients were approached, upgrades were purchased and trips were taken. According to the financial statements, approximately \$20,000 was spent towards that end. However, none of these efforts had proven to be fruitful some two years thereafter.

[10] In computing its income under subsection 96(1) [as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 43; 1988, c. 55, s. 66] of the Act for its taxation year ending December 31, 1991, Klink recorded a terminal loss in the amount of \$4,486,940 pursuant to subsection 20(16) [as enacted by S.C. 1977-78, c. 1, s. 14; 1988, c. 55, s. 12]. This loss was reduced by income from operations of \$45,550, to produce a net loss for income tax purposes of \$4,441,390. The appellants claimed their respective shares of this loss in the computation of their income for the relevant taxation years, and in some cases the excess was carried back or forward as non-capital losses pursuant to paragraph 111(1)(a) [as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 54].

[11] The Minister of National Revenue reassessed each of the appellants to disallow their respective shares of the Klink loss. The reassessments were predicated upon the view that Klink was no longer a subsisting partnership beyond the December 13 or 20, 1991 transaction, as the case may be. Alternatively, the Minister took the position that the appellants had

de capital. Au même moment, Klink a cédé à ILP ses droits dans le contrat de location en cours de l'ordinateur dont la date d'expiration avait été repoussée au 31 mars 1992.

[8] La raison déclarée par les appelants pour justifier l'acquisition de leur participation dans la société Klink et l'apport de l'ordinateur à ILP était qu'ils souhaitaient continuer à tirer des revenus de l'ordinateur sur certains marchés déterminés où l'ordinateur pouvait encore produire des revenus. Il a été reconnu que l'ordinateur était, à l'époque en cause, vétuste en Amérique du Nord.

[9] Il ressort de la preuve qu'après que Klink eut cédé l'ordinateur à ILP, des démarches soutenues ont été entreprises en vue de louer l'ordinateur dans divers pays d'Europe de l'Est et, plus tard, au Venezuela. Un consultant a été embauché, des études de marché ont été effectuées, des clients ont été approchés, des mises à niveau ont été achetées et des voyages ont été entrepris. Suivant les états financiers, environ 20 000 \$ ont été dépensés à cette fin. Toutefois, aucune de ces démarches n'avait porté fruit deux ans plus tard.

[10] Lors du calcul de son revenu selon le paragraphe 96(1) [mod. par S.C. 1984, ch. 1, art. 43; L.C. 1988, ch. 55, art. 66] de la Loi pour son année d'imposition se terminant le 31 décembre 1991, Klink a, conformément au paragraphe 20(16) [édicte par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 14; L.C. 1988, ch. 55, art. 12] de la Loi, déclaré une perte finale de 4 486 940 \$. De ce montant, elle a retranché un revenu d'exploitation de 45 550 \$, pour en arriver, sur le plan fiscal, à une perte nette de 4 441 390 \$. Les appelants ont déduit leur quote-part de cette perte dans le calcul de leur revenu pour les années d'imposition applicables et, dans certains cas, l'excédent a fait l'objet d'un report rétrospectif ou prospectif en vertu de l'alinéa 111(1)a) [mod. par S.C. 1984, ch. 1, art. 54] en tant que perte autre qu'en capital.

[11] Le ministre du Revenu national a établi à l'égard de tous les appelants de nouvelles cotisations dans lesquelles il a refusé la déduction de leurs parts respectives des pertes de Klink. Les nouvelles cotisations reposaient sur l'opinion du ministre selon laquelle Klink n'était pas une société de personnes qui avait survécu aux opérations conclues selon le cas le 13

embarked on “avoidance transactions” the benefits of which were denied by virtue of the general anti-avoidance rule (GAAR) set out in section 245 [as am. by S.C. 1988, c. 55, s. 185] of the Act.

#### The Decision of the Tax Court Judge

[12] The Tax Court Judge confirmed the reassessments on the basis that no viable partnership subsisted beyond either of the December 1991 transactions. He went on to determine that if Klink did survive these transactions, the losses were properly denied by virtue of section 245. This is the decision under appeal.

[13] The conclusion that the partnership was not in existence after the December transactions is based on the finding that the appellants did not intend to exploit the computer with a view to profit. This led to the Tax Court Judge to say that “[t]he meetings held and the memoranda generated” towards that end were “window-dressing” (reasons, paragraph 46). The Tax Court Judge made the earlier finding that the computer was used in the course of business during the short period ending to December 31, 1991. However, he held that this business was not carried on with a view to profit or in common with the U.S. partners (reasons, paragraphs 39, 40 and 41).

#### The Partnership Issue

[14] I am prepared to accept, for purposes of disposing of the appeal, that Klink subsisted as a valid partnership beyond the December transactions and remained in existence at the close of its 1991 taxation year. The case law surrounding this issue has evolved since the decision under appeal was rendered. At that time, the appeals to the Supreme Court in *Spire Freezers Ltd. v. Canada*, [2001] 1 S.C.R. 391 and *Backman v. Canada*, [2001] 1 S.C.R. 367 had been heard but judgment had yet to be delivered. The Supreme Court has since released two further decisions which also bear on the outcome of this appeal: *Stewart v. Canada*

ou le 20 décembre 1991. À titre subsidiaire, le ministre s'est dit d'avis que les appelants s'étaient livrés à des «opérations d'évitement» et, en vertu de la disposition générale anti-évitement énoncée à l'article 245 [mod. par L.C. 1988, ch. 55, art. 185] de la Loi, il leur a refusé la possibilité de bénéficier des avantages fiscaux en découlant.

#### La décision du juge de la Cour de l'impôt

[12] Le juge de la Cour de l'impôt a confirmé les nouvelles cotisations au motif qu'aucune société de personnes viable n'avait survécu aux opérations de décembre 1991. Le juge a poursuivi en concluant que, si Klink avait effectivement survécu à ces opérations, c'était avec raison que le ministre avait refusé la déduction des pertes en vertu de l'article 245. C'est la décision qui fait l'objet du présent appel.

[13] La conclusion que la société de personnes n'existait plus après les opérations de décembre reposait sur la décision que les appelants n'avaient pas l'intention d'exploiter l'ordinateur en vue de réaliser un bénéfice, ce qui a amené le juge de la Cour de l'impôt à qualifier «[l]es réunions tenues et les mémoires établis» de «simple façade» (paragraphe 46 des motifs). Le juge de la Cour de l'impôt avait déjà conclu que l'ordinateur avait été utilisé dans le cadre d'une entreprise au cours de la brève période se terminant le 31 décembre 1991. Il a toutefois jugé que cette entreprise n'avait pas été exploitée dans le but de réaliser un bénéfice et qu'elle n'avait pas été exploitée en commun avec les associés américains (paragraphe 39, 40 et 41 des motifs).

#### La question de la société de personnes

[14] Je suis disposé à accepter, pour trancher l'appel, que Klink a continué à exister en tant que société de personnes valide après les opérations de décembre et qu'elle existait toujours à la fin de son année d'imposition 1991. La jurisprudence sur cette question a évolué depuis que la décision frappée d'appel a été rendue. À l'époque, les pourvois formés devant la Cour suprême dans les affaires *Spire Freezers Ltd. c. Canada*, [2001] 1 R.C.S. 391, et *Backman c. Canada*, [2001] 1 R.C.S. 367, avaient été instruits mais aucune décision n'avait encore été rendue. La Cour suprême a depuis rendu deux autres décisions qui ont également une

(2002), 212 D.L.R. (4th) 577; and *Walls v. Canada* (2002), 212 D.L.R. (4th) 606.

[15] The first issue which the Tax Court Judge had to address is identical to the one identified by the Supreme Court in both *Backman* and *Spire Freezers*, i.e. were the appellants members of a partnership at the time the losses were incurred, the relevant time for our purposes being December 31, 1991. In those decisions, the Supreme Court emphasized what had been said in *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298, namely that tax motivation will not derogate from the validity of a partnership where the three essential elements of a partnership are otherwise present.

[16] As will be seen, there can be no doubt in the present case that the acquisition by the appellants of their interest in Klink and the ensuing contribution of the computer to ILP, were primarily tax motivated. But the question remained as to whether the appellants as partners had the ancillary intention to profit from the continuing use of the computer. The Tax Court Judge in the course of his lengthy reasons did not discuss or allude to the possibility that the appellants could have had the secondary intention to exploit the computer with a view to profit.

[17] The Tax Court Judge had before him the decision of the Supreme Court in *Continental Bank*. One would have expected to find in his reasons the type of discussion which the Supreme Court engaged in *Spire Freezers* and *Backman*. As these decisions demonstrate, the issue which must be confronted in cases such as this is whether a lesser business intent can be said to exist despite a predominant tax motivation. An asserted business intent will be particularly difficult to exclude when it is consistent with the achievement of a predominant tax motivation and is supported by objective evidence. The Tax Court Judge does not appear to have considered this possibility.

incidence sur l'issue du présent appel, en l'occurrence les arrêts *Stewart c. Canada* (2002), 212 D.L.R. (4th) 577; et *Walls c. Canada* (2002), 212 D.L.R. (4th) 606.

[15] La première question sur laquelle le juge de la Cour de l'impôt était appelé à se pencher était identique à celle que la Cour suprême a formulée dans les affaires *Backman* et *Spire Freezers*, en l'occurrence la question de savoir si les appelants faisaient partie d'une société de personnes au moment où les pertes ont été subies, la date pertinente en l'espèce étant celle du 31 décembre 1991. Dans ces décisions, la Cour suprême a repris ce qu'elle avait dit dans l'arrêt *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298, c'est-à-dire qu'une motivation d'ordre fiscal n'enlève rien à la validité d'une société de personnes dès lors que les trois conditions essentielles à l'existence d'une société de personnes sont par ailleurs réunies.

[16] Comme nous le verrons plus loin, il est incontestable en l'espèce que l'acquisition par les appelants de leur participation dans Klink et l'apport de l'ordinateur à ILP qui s'en est suivi étaient surtout motivés par des considérations d'ordre fiscal. Mais il restait à savoir si les appelants avaient l'intention secondaire, en tant qu'associés, de tirer profit de l'utilisation prolongée de l'ordinateur. Dans ses longs motifs, le juge de la Cour de l'impôt n'a pas examiné la possibilité que les appelants aient pu avoir l'intention secondaire d'exploiter l'ordinateur en vue de réaliser un bénéfice et il n'a pas fait allusion à cette éventualité.

[17] Le juge de la Cour de l'impôt connaissait l'arrêt *Continental Bank* de la Cour suprême. On se serait attendu à trouver dans ses motifs le genre d'analyse à laquelle la Cour suprême s'est livrée dans les arrêts *Spire Freezers* et *Backman*. Ainsi que ces décisions le démontrent, la question à laquelle il faut s'attaquer en pareil cas est de savoir si l'on peut dire que le contribuable avait aussi une intention commerciale secondaire en plus de sa motivation fiscale principale. Il sera d'autant plus difficile d'écarter une intention commerciale déclarée lorsque cette intention est compatible avec la réalisation d'une motivation fiscale principale et que cette intention est confirmée par des éléments de preuve objectifs. Or, il semble bien que le juge de la Cour de l'impôt n'ait pas envisagé cette possibilité.

[18] It seems clear that because section 245 is in play, the appellants directed their efforts at convincing the Tax Court Judge that they acquired their partnership interest predominantly or exclusively for a “*bona fide*” purpose (i.e. a purpose other than to obtain a tax benefit within the meaning of subsection 245(3) [as am. by S.C. 1988, c. 55, s. 185]). The Tax Court Judge categorically rejected this contention, properly so in my view. Nevertheless, in assessing the continued existence of the partnership, it was incumbent upon him to go beyond this question and determine whether the appellants had the ancillary intention to carry on business with a view to profit despite their tax motivation.

[19] Where a partnership is entered into for tax reasons, the approach which governs in ascertaining its continued existence is as follows (*Backman, supra*, at paragraphs 25-26):

As adopted in *Continental Bank, supra*, at para. 23, and stated in *Lindley & Banks on Partnership, supra*, at p. 73: “in determining the existence of a partnership . . . regard must be paid to the true contract and intention of the parties as appearing from the whole facts of the case”. In other words, to ascertain the existence of a partnership the courts must inquire into whether the objective, documentary evidence and the surrounding facts, including what the parties actually did, are consistent with a subjective intention to carry on business in common with a view to profit.

Courts must be pragmatic in their approach to the three essential ingredients of partnership. Whether a partnership has been established in a particular case will depend on an analysis and weighing of the relevant factors in the context of all the surrounding circumstances. That the alleged partnership must be considered in the totality of the circumstances prevents the mechanical application of a checklist or a test with more precisely defined parameters.

[20] Applying this approach in *Backman*, the Supreme Court came to the conclusion that the appellants had failed to establish an ancillary intention to carry on business with a view to profit. The key passage is reproduced below, at paragraph 29:

[18] Il semble acquis que, comme l'article 245 entre en jeu, les appelants se sont surtout efforcés de convaincre le juge de la Cour de l'impôt qu'ils avaient acquis leur participation dans la société de personnes principalement ou exclusivement pour un objet «véritable» (c.-à-d. pour un objet autre que l'obtention d'un avantage fiscal au sens du paragraphe 245(3) [mod. par L.C. 1988, ch. 55, art. 185]). Le juge de la Cour de l'impôt a catégoriquement rejeté cette prétention, à juste titre selon moi. Néanmoins, pour décider si la société de personnes existait toujours, il incombait au juge de la Cour de l'impôt d'aller au-delà de cette question et de décider si les appelants avaient l'intention secondaire d'exploiter une entreprise en vue de réaliser un bénéfice.

[19] La méthode à suivre pour se prononcer sur l'existence continue d'une société de personnes qui a été créée pour des raisons fiscales est la suivante (arrêt *Backman*, précité, aux paragraphes 25 et 26):

Conformément à l'observation suivante, énoncée dans *Lindley & Banks on Partnership, op. cit.*, p. 73, et adoptée dans *Continental Bank*, précité, par. 23: [TRADUCTION] «pour déterminer l'existence d'une société en nom collectif [. . .] il faut tenir compte du contrat et de l'intention véritables des parties ressortant de l'ensemble des faits de l'affaire». En d'autres termes, pour statuer sur l'existence d'une société de personnes, les tribunaux doivent se demander si la preuve documentaire objective et les circonstances de l'affaire, notamment les actes concrets des parties, sont compatibles avec l'existence d'une intention subjective d'exploiter une entreprise en commun dans le but de réaliser un bénéfice.

Les tribunaux doivent se montrer pragmatiques dans l'examen des trois éléments essentiels d'une société de personnes. Pour déterminer si une telle société a été établie dans une affaire donnée, il faut analyser et soupeser les facteurs pertinents eu égard à toutes les circonstances. Le fait que l'existence de la prétendue société de personnes doive être examinée au regard de l'ensemble des circonstances est incompatible avec l'application mécanique d'une liste de contrôle ou d'un critère comportant des paramètres définis de façon plus précise.

[20] Appliquant cette approche dans l'affaire *Backman*, la Cour suprême en est arrivée à la conclusion que les appelants n'avaient pas l'intention secondaire d'exploiter une entreprise en vue de réaliser un bénéfice. Le passage-clé de l'arrêt est rédigé comme suit, au paragraphe 29:

The appellant argues that he established an ancillary intention to carry on business with a view to profit by virtue of the purchase of a working interest in an oil and gas property. Here, again, the documentary evidence indicates an intention to form a partnership. Just prior to the transactions at issue in this appeal, the partnership agreement was amended to provide for investment in oil and gas as one of the purposes of the partnership. Shortly before the scheduled withdrawal of the American partners, the alleged partnership did purchase a one percent interest in an Alberta oil and gas property for \$5,000. However, as discussed above, this evidence of intention must be weighed against other factors in the context of the surrounding circumstances relating to the oil and gas property. In considering those circumstances, we are not convinced that the putative partners had the necessary intention to carry on business in common with a view to profit. It is difficult to accept that there was in fact a business being carried on when none of the factors relevant to the existence of a business supports that contention. The putative partners did not hold themselves out to others as providers of goods or services derived from their interest in the oil and gas property. They had no management duties in respect of the property. There is no evidence that the alleged partnership or its agents expended anything other than nominal time, attention or labour on the project; nor did they incur any liabilities to other persons in respect of it.

[21] In contrast here, the putative partners did hold themselves out to others as providers of services derived from their interest in the computer; the partnership through its agents expended time, attention and labour on the project, and they incurred liabilities to other persons in respect of it. They also retained ownership of the asset which gave rise to the loss and continued to exploit it in the same business for a brief time, and thereafter in an attempt to exploit it in other markets (compare *Spire Freezers*, *supra*, paragraph 23). The ongoing intention to exploit the computer with a view to profit was understood by the appellants to be an essential component of the tax plan which they had conceived and they acted in a manner which was consistent with this plan (see the appellants' lawyer's reporting letter dated December 23, 1991, which emphasizes: "again that every effort must be made to

L'appelant soutient que l'achat de la participation directe dans un bien relatif au pétrole et au gaz établit l'existence d'une intention accessoire d'exploiter une entreprise en vue de réaliser un bénéfice. Ici encore, la preuve documentaire témoigne de l'intention de créer une société de personnes. Tout juste avant les opérations en cause dans le présent pourvoi, le contrat de société a été modifié de façon à y prévoir que l'investissement dans le domaine du pétrole et du gaz était l'un des objets de la société de personnes. Peu de temps avant le retrait prévu des associés américains, la prétendue société de personnes a effectivement acquis, au prix de 5 000 \$, une participation de un pour cent dans un bien relatif au pétrole et au gaz en Alberta. Cependant, comme il a été vu plus tôt, cet élément de preuve touchant l'intention doit être soupesé avec d'autres facteurs, eu égard aux circonstances propres au bien relatif au pétrole et au gaz. Après avoir examiné ces circonstances, nous ne sommes pas convaincus que les supposés associés avaient, comme il se doit, l'intention d'exploiter une entreprise en commun dans le but de réaliser un bénéfice. Il est difficile d'accepter qu'une entreprise ait effectivement été exploitée alors qu'aucun des facteurs pertinents en ce qui concerne l'existence d'une entreprise n'étaye cette prétention. Les supposés associés ne se sont pas présentés à d'autres personnes comme étant des fournisseurs de biens ou services tirés du bien relatif au pétrole et au gaz dans lequel ils avaient un intérêt. Ils n'avaient aucune responsabilité quant à la gestion du bien. Il n'y a aucune preuve indiquant que la prétendue société de personnes ou ses représentants ont consacré plus qu'un apport symbolique au projet en temps, attention ou travail, ou qu'ils ont contracté des obligations envers d'autres personnes relativement au projet.

[21] Par contraste, dans le cas qui nous occupe, les supposés associés se sont présentés à d'autres personnes comme étant des fournisseurs de services tirés de l'ordinateur dans lequel ils détenaient une participation. Par le biais de ses représentants, la société de personnes a consacré au projet du temps, de l'attention et du travail, et les associés ont contracté des obligations envers d'autres personnes relativement au projet. Les associés ont également conservé la propriété du bien à l'origine de la perte et ils ont continué à exploiter ce bien dans le cadre de la même entreprise pendant une brève période de temps, et par la suite dans le but d'essayer de l'exploiter sur d'autres marchés (comparer avec l'arrêt *Spire Freezers*, précité, au paragraphe 23). L'intention constante d'exploiter l'ordinateur dans le but de réaliser un bénéfice était perçue par les appelants comme un élément essentiel du projet fiscal qu'ils

market these products in Eastern Block countries”, Appeal Book, volume III, page 416).

[22] The Tax Court Judge did question whether the partnership agreement contained the “type of provisions typically found in a partnership agreement” (reasons, paragraph 40). However, the formal validity of this agreement was not in issue in the appeal before him. The Minister admitted in the pleadings that Klink had been formed as a general partnership under the laws of the State of Ohio, and that the appellants purchased interests in that “partnership” (further amended reply, paragraph 1 which admits *inter alia* paragraphs 1 and 10 of the notice of appeal; see also the facts assumed by the Minister at paragraphs 11b) f), g) and k) of the further amended reply, Appeal Book, volume I, page 166).

[23] Furthermore, the documentary evidence reveals that the Minister’s main reason for challenging the continued existence of the partnership was that the proposed use of the computer in selected markets did not give rise to a reasonable expectation of profit (Appeal Book, volume V, pages 824, 828, 832, 843, 904, 929). The Tax Court Judge agreed that the profit projections were not substantiated (reasons, paragraph 13). He also found that the partners, old or new, could not have expected profits for the short year ending December 31, 1991 (reasons, close of paragraphs 40 and 41). (In this connection, the Tax Court Judge appears to have overlooked that a profit would have resulted in the absence of the depreciation charge which was an optional deduction.)

[24] The Supreme Court has now held that the reasonable expectation of profit test is not a relevant consideration in determining the existence (or continued existence) of a business where the activity in question is commercial-like and cannot be viewed as a personal

avaient conçu et ils ont agi d’une manière qui était compatible avec ce projet (voir la lettre en date du 23 décembre 1991 dans laquelle l’avocat a fait rapport de ses démarches et a souligné [TRADUCTION] «qu’il faut faire tous les efforts pour commercialiser ces produits dans les pays du bloc de l’Est», dossier d’appel, volume III, page 416).

[22] Le juge de la Cour de l’impôt s’est demandé si le contrat de société de personnes renfermait «le genre de dispositions figurant habituellement dans les contrats de société» (paragraphe 40 des motifs). La validité formelle de ce contrat n’était cependant pas contestée dans l’appel dont il était saisi. Le ministre a admis dans les actes de procédure que Klink avait été constituée en société en nom collectif sous le régime des lois de l’Ohio, et que les appelants avaient acquis des participations dans cette «société» (réponse modifiée de nouveau, paragraphe 1, où le ministre admet notamment les paragraphes 1 et 10 de l’avis d’appel; voir également les faits présumés par le ministre aux alinéas 11b), f), g) et k) de la réponse modifiée de nouveau, dossier d’appel, volume I, page 166).

[23] Il ressort en outre de la preuve documentaire que la principale raison pour laquelle le ministre a nié que la société avait continué à exister était que l’utilisation projetée de l’ordinateur sur des marchés ciblés ne donnait pas lieu à une expectative raisonnable de profit (dossier d’appel, volume V, pages 824, 828, 832, 843, 904 et 929). Le juge de la Cour de l’impôt a convenu que les prévisions de profit n’étaient pas corroborées (paragraphe 13 des motifs). Il a également conclu que les vieux associés ou les nouveaux ne pouvaient non plus s’attendre à réaliser des bénéfices au cours de la brève période se terminant le 31 décembre 1991 (fin des paragraphes 40 et 41 des motifs). (À cet égard, le juge de la Cour de l’impôt semble avoir oublié que la société aurait réalisé des bénéfices s’il n’y avait pas eu de frais d’amortissement, lesquels constituent une déduction optionnelle.)

[24] La Cour suprême a depuis statué que le critère de l’expectative raisonnable de profit ne constitue pas un facteur dont il y a lieu de tenir compte pour déterminer s’il existe (ou continue d’exister) une entreprise lorsque l’activité visée est de type commercial et ne peut être

pursuit (*Stewart, supra*, at paragraph 47). In the companion case released on the same day (*Walls, supra*), this proposition was applied in the context of a partnership which had been entered into primarily for tax purposes. It is apparent from these two decisions that in the absence of a personal element, activities directed towards the generation of profit and which bear the badges of commerce, constitute a business.

[25] Keeping this in mind, and applying the approach developed by the Supreme Court in *Spire Freezers* and *Backman*, I am willing to accept that the appellants carried on business in common with a view to profit while they were actively engaged in their attempt to exploit the computer in selected markets. In so concluding, I stress that the Tax Court Judge was unable to hold that the concrete steps taken towards that end were a sham or that the computer was obsolete in the markets in which it was to be exploited.

[26] In any event, the computer was exploited with a view to profit until at least December 31, 1991, while lease payments continued to be received under the outstanding U.S. lease. As the Tax Court Judge noted at paragraph 39 of his reasons:

. . . it seems clear from the decision in *Continental Bank Leasing* that despite the short duration of potential income production remaining, the relatively small amount of income to be produced, and the completely passive nature of the earning process, a business existed until the end of the term of the lease.

[27] The subsequent finding that the U.S. partners did not intend to carry on business in common with the Canadian partners during this period is, in my respectful view, contrary to the evidence. That the U.S. partners agreed to remain in that capacity in order to insure the continued existence of the partnership (reasons, paragraph 41) is consistent (not inconsistent) with their

considérée comme une activité personnelle (arrêt *Stewart*, précité, au paragraphe 47). Dans l'arrêt connexe qu'elle a rendu le même jour (arrêt *Walls*, précité), la Cour suprême a appliqué cet énoncé dans le contexte d'une société de personnes qui avait été constituée principalement à des fins fiscales. Il ressort de ces deux arrêts que, lorsqu'elles ne comportent aucun aspect personnel, les activités axées sur la production de bénéfices et qui comportent les caractéristiques d'une activité commerciale constituent une entreprise.

[25] En tenant compte de ce qui précède et en appliquant la méthode élaborée par la Cour suprême dans les arrêts *Spire Freezers* et *Backman*, je suis prêt à accepter que les appelants exploitaient une entreprise en commun en vue de réaliser des bénéfices alors qu'ils s'affairaient activement à essayer d'exploiter l'ordinateur sur des marchés ciblés. En tirant cette conclusion, je tiens à souligner que le juge de la Cour de l'impôt n'a pas été en mesure de conclure que les démarches concrètes qui avaient été entreprises pour parvenir à ce but constituaient un trompe-l'œil ou que l'ordinateur était vétuste sur les marchés où il devait être exploité.

[26] En tout état de cause, l'ordinateur a été exploité en vue de réaliser des bénéfices au moins jusqu'au 31 décembre 1991, tandis que les versements de location continuaient à être effectués conformément au contrat de location américain qui était toujours en cours de validité. Ainsi que le juge de la Cour de l'impôt l'a fait remarquer au paragraphe 39 de ses motifs:

L'arrêt *Continental Bank Leasing* semble toutefois indiquer clairement qu'une entreprise existait jusqu'à la fin du bail malgré la brève durée restante de la production potentielle d'un revenu, malgré le montant relativement peu élevé du revenu devant être produit et malgré la nature complètement passive du processus consistant à gagner un revenu.

[27] La conclusion subséquente suivant laquelle les associés américains n'avaient pas l'intention d'exploiter une entreprise en commun avec les associés canadiens au cours de cette période est, à mon humble avis, contraire à la preuve. Le fait que les associés américains aient accepté de conserver une participation dans la société de personnes pour s'assurer que celle-ci

continued intention to carry on business in common. Furthermore, Klink's financial statements for the period ending 31 December 1991 reveal that the U.S. partners actually shared in the financial results of the partnership for that period (Appeal Book, volume IV, page 641). According to subsection 4(c) of the *British Columbia Partnership Act*, R.S.B.C. 1996, c. 348, "the receipt by a person of the share of the profits of a business is proof in the absence of evidence to the contrary that he or she is a partner in the business". There was no evidence to the contrary.

#### The GAAR Issue

[28] The issue which the Tax Court Judge had to address was therefore whether the losses claimed by the appellants were properly denied by virtue of section 245. Before addressing this question, the Tax Court Judge had to be satisfied that the Act, when considered without regard to section 245, allowed Klink to record the terminal loss and the appellants to claim their respective share of the net loss resulting therefrom in the computation of their income.

[29] In this respect, the Tax Court Judge noted that the computer was the only depreciable property owned by Klink before the close of its 1991 taxation year. By virtue of paragraph 13(21)(f) [as am. by S.C. 1976-77, c. 4, s. 3; 1977-78, c. 1, s. 6] of the Act, the undepreciated capital cost of the computer to Klink was equal to its cost less the total depreciation previously allowed under the Act and the proceeds of disposition received by Klink from ILP. As the computer had never been used to earn income under the Act no depreciation had been claimed or allowed under the Act. Specifically, no amount had been deducted by Klink by reason of paragraph 20(1)(a).

[30] The Tax Court Judge after referring to the decision of the Supreme Court in *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622 (paragraph 40 of this

continuerait à exister (paragraphe 41 des motifs) s'accorde avec leur volonté constante d'exploiter une entreprise en commun. Qui plus est, il ressort des états financiers de Klink pour l'exercice clos le 31 décembre 1991 que les associés américains ont effectivement reçu une quote-part des bénéfices de la société pour cette période (dossier d'appel, volume IV, page 641). Aux termes de l'alinéa 4c) de la *Partnership Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, ch. 348, [TRADUCTION] «la réception par une personne d'une quote-part des bénéfices d'une entreprise constitue la preuve, en l'absence de preuve contraire, qu'elle est un associé de cette entreprise». Or, en l'espèce, aucune preuve contraire n'a été présentée.

#### La question de la disposition générale anti-évitement

[28] La question à laquelle le juge de la Cour de l'impôt était appelé à répondre était par conséquent de savoir si c'était à bon droit que le ministre avait refusé en vertu de l'article 245 d'accorder la déduction des pertes réclamées par les appelants. Avant d'aborder cette question, le juge de la Cour de l'impôt devait être convaincu que, lorsqu'on l'examinait en faisant abstraction de l'article 245, la Loi permettait à Klink de déclarer la perte finale et aux appelants de déduire leur quote-part respective de la perte nette en résultant lors du calcul de leur revenu.

[29] À cet égard, le juge de la Cour de l'impôt a fait remarquer que l'ordinateur était le seul bien amortissable que possédait Klink avant la clôture de son année d'imposition 1991. Aux termes de l'alinéa 13(21)f) [mod. par S.C. 1976-77, ch. 4, art. 3; 1977-78, ch. 1, art. 6] de la Loi, la fraction non amortie du coût en capital de l'ordinateur pour Klink équivalait à son coût en capital moins l'amortissement total déjà autorisé en vertu de la Loi et le produit de la disposition que Klink avait reçu de ILP. Comme l'ordinateur n'avait jamais été utilisé pour gagner un revenu au sens de la Loi, aucune déduction pour amortissement n'avait été réclamée ou autorisée en vertu de la Loi. Plus précisément, aucune somme n'avait été déduite par Klink en raison de l'alinéa 20(1)a).

[30] Après avoir cité l'arrêt *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, de la Cour suprême du Canada—le paragraphe 40 de cet arrêt semble



decision seems particularly relevant), concluded that pursuant to paragraph 13(21)(f), the undepreciated capital cost of the computer in the hands of Klink stood at its full historical cost (\$4,536,940) less the amount credited to the appellants in consideration for their contribution of the computer to ILP (\$50,000). Applying the clear and unambiguous words of paragraph 13(21)(f) and subsection 20(16), he held that the terminal loss in the amount of \$4,486,940 had been properly recorded by Klink (reasons, paragraphs 2 and 50 to 55).

[31] The Minister has not challenged this conclusion on appeal and thus recognizes that the terminal loss has been properly computed by Klink subject to the application of section 245, to which I now turn.

[32] The application of section 245 requires that an answer be given to each of the three following questions:

1. Did the December 20, 1991 transactions result in a tax benefit to the appellants?
2. If so, can the transactions reasonably be considered to have been undertaken primarily for a purpose other than to obtain a tax benefit?
3. If not, did the transactions result in a misuse of the provisions of the Act or an abuse having regard to the provisions of the Act, other than section 245, read as a whole?

[33] The transactions to be considered in the section 245 analysis are the acquisition by the appellants of their respective interests in Klink on December 20, 1991 (December 13, in the case of Hutton and his company) and the disposition, on the same day, of the computer to ILP. It is not disputed that these transactions provided the appellants with a substantial tax benefit. Indeed, they gained access to a loss totalling \$4,152,700 (93.5% of \$4,441,390) at a cost of \$320,000, or 13 cents to the dollar (reasons, paragraph 57).

[34] With respect to the second question, only two of the six appellants gave evidence. One of them

particulièrement pertinent—, le juge de la Cour de l'impôt a conclu qu'aux termes de l'alinéa 13(21)f), la fraction non amortie du coût en capital de l'ordinateur pour Klink correspondait à son coût historique total (4 536 940 \$) diminué du montant qui avait été porté au crédit des appelants en contrepartie de l'ordinateur qu'ils avaient cédé à ILP à titre d'apport à cette société (50 000 \$). Appliquant le libellé clair et non ambigu de l'alinéa 13(21)f) et du paragraphe 20(16), le juge a statué que c'était à juste titre que Klink avait déclaré une perte finale de 4 486 940 \$ (paragraphe 2 et 50 à 55 des motifs).

[31] Le ministre n'a pas contesté cette conclusion en appel et reconnaît donc que Klink a correctement calculé la perte finale sous réserve de l'application de l'article 245, auquel je passe maintenant.

[32] Pour appliquer l'article 245, il faut répondre à chacune des trois questions suivantes:

1. Les opérations du 20 décembre 1991 ont-elles procuré un avantage fiscal aux appelants?
2. Dans l'affirmative, est-il raisonnable de considérer que les opérations ont principalement été effectuées pour un objet autre que l'obtention d'un avantage fiscal?
3. Dans la négative, est-ce que les opérations ont entraîné, un abus dans l'application des dispositions de la Loi ou de la Loi dans son ensemble, abstraction faite de l'article 245?

[33] Les opérations dont il y a lieu de tenir compte dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article 245 sont l'acquisition par les appelants de leur participation respective dans la société Klink le 20 décembre 1991—le 13 décembre, dans le cas de Hutton et de sa compagnie—et la cession, le même jour, de l'ordinateur à ILP. Il est acquis aux débats que ces opérations ont procuré aux appelants un avantage fiscal non négligeable. En fait, ils ont ainsi pu réaliser une perte totale de 4 152 700 \$ (93,5 % de 4 441 390 \$) à un coût pour eux de 320 000 \$, soit 13 cents par dollar (paragraphe 57 des motifs).

[34] En ce qui concerne la deuxième question, seulement deux des six appelants ont témoigné. L'un

(Langdon) said that he was motivated “entirely” by the prospect of participating in the business of a data processing centre to be established in Eastern Europe. The other (Young) insisted that the “major motivation” was the opportunity to participate in the emerging Eastern European market. The Tax Court Judge found that these witnesses could not be believed “on this point” (reasons, paragraph 42). This finding, aside from being squarely within the privileged territory of the Tax Court Judge, is amply supported by the evidence.

[35] The value of the tax loss in the hands of the appellants (all of whom were in a position to absorb it quickly) when contrasted with the income-earning prospects of the computer makes the predominant purpose of the transactions plain and obvious. Not only were the available markets for any ongoing exploitation of the computer limited, but the window of opportunity within those markets was bound to close rapidly. The difference between the amount paid by the appellants to acquire their partnership interest (\$320,000) and the value of the computer at that time (US\$7,000) is also indicative of the fact that first and foremost, the appellants paid to acquire a tax loss (reasons, paragraphs 43 and 44).

[36] Furthermore, as found by the Tax Court Judge (reasons, paragraph 44), there is no credible explanation for the manner in which the appellants proceeded to acquire their interest in the partnership and contribute the computer to another partnership prior to the close of its 1991 taxation year, other than the achievement of the tax benefit which they were seeking. These transactions represent one of a variety of ways (some much simpler) in which the appellants could have obtained ownership of the computer for the *bona fide* purpose which they assert. However, to trigger the terminal loss and make it available to the appellants, it was essential that the computer be acquired and disposed of in the manner chosen. The quest for the tax benefit is the only reason why the transactions unfolded as they did.

d’entre eux, M. Langdon, a déposé que sa motivation quant à l’achat de sa participation était «uniquement» la perspective de participer au projet d’implantation d’un centre de traitement de données en Europe de l’Est. L’autre témoin, M. Young, a quant à lui insisté sur le fait que sa principale motivation était la possibilité de prendre part à l’activité du marché de l’Europe de l’Est, alors naissant. Le juge de la Cour de l’impôt a estimé que ces témoins ne pouvaient pas être crus «sur ce point» (paragraphe 42 des motifs). Outre le fait qu’elle ressortissait tout à fait à la compétence privilégiée du juge de la Cour de l’impôt, cette conclusion était amplement justifiée par la preuve.

[35] L’objet principal des opérations s’impose de façon évidente lorsqu’on met en contraste la valeur de la perte fiscale subie par les appelants — qui étaient tous en mesure d’absorber rapidement cette perte — avec la capacité de l’ordinateur de produire un revenu. Non seulement les marchés sur lesquels il était possible de continuer à exploiter l’ordinateur étaient-ils restreints, mais encore la période propice pour faire des affaires sur ces marchés était-elle très réduite. La différence entre la somme payée par les appelants pour acquérir une participation dans la société de personnes (320 000 \$) et la valeur de l’ordinateur à l’époque (7 000 \$US) révèle aussi que, d’abord et avant tout, les appelants ont payé pour acquérir une perte fiscale (paragraphe 43 et 44 des motifs).

[36] De plus, ainsi que le juge de la Cour de l’impôt l’a conclu (paragraphe 44 des motifs), la manière dont les appelants s’y sont pris pour acquérir leur participation dans la société de personnes et pour faire apport de l’ordinateur à une autre société de personnes avant la clôture de son année d’imposition 1991 ne peut vraisemblablement s’expliquer que par une volonté d’obtenir l’avantage fiscal qu’ils recherchaient. Ces opérations ne représentent qu’un des nombreux moyens — dont certains sont beaucoup plus simples — dont les appelants disposaient pour devenir propriétaires de l’ordinateur pour l’objet véritable qu’ils soutiennent avoir été celui de ces opérations. Or, pour déclencher la perte finale et pour permettre aux appelants de se prévaloir de cette perte, il était essentiel que l’ordinateur soit acquis et cédé de la manière choisie. La recherche d’un avantage fiscal est la seule raison pour laquelle les opérations se sont déroulées de cette façon.

[37] Before addressing the third question, it is useful to briefly consider how the capital cost allowance system, which gave rise to the terminal loss recorded by Klink, operates. Paragraph 18(1)(a) (when read in the affirmative) sets out the basic rule that there may be deducted “In computing the income of a taxpayer from a business or property” expenses made or incurred “for the purpose of gaining or producing income from the business or property”. Paragraph 18(1)(b) provides that “no deduction shall be made in respect of . . . a payment on account of capital or an allowance in respect of depreciation . . . except as expressly permitted by this Part”.

[38] The term “depreciable property” is defined by paragraph 13(21)(b) [as am. by S.C. 1991, c. 49, s. 9] as property with respect to which a deduction may be claimed pursuant to paragraph 20(1)(a) which provides in turn that “there may be deducted . . . such part of the capital cost . . . or such amount in respect of the capital cost . . . of property . . . as is allowed by regulation”. Section 1100 [of the *Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945 (as am. by SOR/78-377, s. 3; 83-340, s. 1; 91-673, s. 1)] prescribes the rates (percentages) which when applied to the undepreciated capital cost of property (using the diminishing-balance method), determine the amount which may be deducted annually.

[39] The workings of the capital cost allowance system became more complicated in 1976 when it was made to operate by reference to classes of property. But the system can best be understood when a single property is comprised within a given class such as was the case in respect of the computer held by Klink.

[40] The annual rate of depreciation prescribed by section 1100 is generally intended to track the decrease in value which a capital asset undergoes from year to year (I say “generally” because there are accelerated rates which are clearly intended as incentives). Where however, an arm’s-length sale demonstrates that the asset has been over-depreciated (by virtue of being disposed of at a price which exceeds its undepreciated

[37] Avant d’aborder la troisième question, il est utile de s’arrêter brièvement sur le mode de fonctionnement du système de la déduction pour amortissement qui est à l’origine de la perte finale déclarée par Klink. Lorsqu’on le reformule de façon positive, l’alinéa 18(1)a) [mod. par S.C. 1985, ch. 45, art. 126] énonce le principe fondamental suivant lequel «[d]ans le calcul du revenu du contribuable tiré d’une entreprise ou d’un bien [ . . . ] sont [ . . . ] déductibles une dépense [ . . . ] engagé par le contribuable en vue de tirer un revenu d’une entreprise ou d’un bien». L’alinéa 18(1)b) prévoit pour sa part que «ne sont pas déductibles [ . . . ] un paiement à titre de capital ou une provision pour amortissement [ . . . ] sauf ce qui est expressément permis par la présente Partie».

[38] L’alinéa 13(21)b) [mod. par L.C. 1991, ch. 49, art. 9] définit un «bien amortissable» comme un bien qu’un contribuable acquiert et pour lequel il obtient une déduction en vertu de l’alinéa 20(1)a), lequel permet la déduction de «la partie [ . . . ] du coût en capital [ . . . ] ou le montant [ . . . ] du coût en capital [ . . . ] que le règlement autorise». L’article 1100 [du *Règlement de l’impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945 (mod. par DORS/78-377, art. 3; 83-340, art. 1; 91-673, art. 1)] prescrit les taux (pourcentages) qui, appliqués à la fraction non amortie du coût en capital—calculée à l’aide de la méthode de l’amortissement dégressif à taux constant—, permettent d’établir le montant qui peut être déduit chaque année.

[39] Les rouages du système de la déduction pour amortissement se sont complexifiés considérablement en 1976 lorsque ce mécanisme a été appliqué en fonction de catégories de biens. On comprend toutefois mieux le mécanisme lorsqu’un seul bien fait partie d’une catégorie donnée comme c’était le cas de l’ordinateur détenu par Klink.

[40] Le taux annuel d’amortissement prescrit par l’article 1100 sert en règle générale à suivre la perte de valeur qu’une immobilisation subit d’année en année (je précise «en règle générale» parce qu’il existe aussi des taux accélérés qui se veulent de toute évidence des mesures incitatives). Cependant, lorsqu’il ressort d’une vente conclue sans lien de dépendance que le bien immobilisé en cause a fait l’objet d’un amortissement

capital cost), or under-depreciated (by virtue of being disposed at a price below that amount), the Act provides for the “recapture” of the excessive depreciation by providing for its inclusion in income in the former case (subsection 13(1) [as am. by S.C. 1988, c. 55, s. 6]), and the deduction of the under-depreciated portion by requiring the deduction of what is commonly called a “terminal loss” equal to that amount in the latter case (subsection 20(16)).

[41] It is apparent from the foregoing that the capital cost allowance system is intended to recognize over time costs incurred to acquire capital assets actually used to earn income within the meaning of paragraphs 18(1)(a) and (b), and that the “recapture” and “terminal loss” provisions are intended to adjust the aggregate deduction so recognized when subsequent events demonstrate that the asset has been over- or under-depreciated. In mechanical terms, this adjustment occurs (in the case of a terminal loss) by virtue of the fact that paragraph 20(16)(a) requires that the undepreciated capital cost of property of a given class be deducted whenever a taxpayer no longer owns property of that class at the end of a given taxation year in which event the amount in question is “deemed” to have been deducted under paragraph 20(1)(a) in computing income for the year (paragraph 20(16)(d)).

[42] In the present case, it is common ground that the decrease in value of the computer which underlies the terminal loss recorded by Klink is attributable to a period when the computer was not being used to earn income under the Act and hence was not “depreciable property” (compare *Lea-Don Canada Limited v. Minister of National Revenue*, [1971] S.C.R. 95, at page 99 (*per* Hall J.)). The computer had a value of approximately US\$7,000 when it began to be used to earn income under the Act. Yet, subsection 20(16) when read with paragraph 13(21)(f), requires that Klink deduct in the computation of its income for the 1991

trop élevé (en raison du fait qu’il a été aliéné à un prix excédant la fraction non amortie de son coût en capital) ou encore qu’il a fait l’objet d’un amortissement trop bas (parce qu’il a été aliéné à un prix inférieur à cette somme), la Loi prévoit la «récupération» de l’excédent de l’amortissement par son inclusion dans le revenu, dans le premier cas (paragraphe 13(1) [mod. par L.C. 1988, ch. 55, art. 6]), et, dans le second cas, par la déduction du montant d’amortissement qui est inférieur à la dépréciation réelle, en obligeant dans ce dernier cas le contribuable à déduire de son revenu ce qu’on appelle couramment une «perte finale» égale à ce montant (paragraphe 20(16)).

[41] Il ressort de ce qui précède que le mécanisme de la déduction pour amortissement vise à tenir compte sur une période de temps déterminée des dépenses qui ont été engagées pour acquérir des biens en immobilisation ayant réellement été utilisés pour gagner un revenu au sens des alinéas 18(1)a) et 18(1)b) et que les dispositions relatives à la «récupération» et aux «pertes finales» sont conçues de manière à rajuster les déductions totales ainsi reconnues lorsque des événements subséquents démontrent que le bien a fait l’objet d’un amortissement excessif ou insuffisant. En pratique, ce rajustement se produit—dans le cas d’une perte finale—en raison du fait que l’alinéa 20(16)a) exige que la fraction non amortie du coût en capital du bien d’une catégorie donnée soit déduite lorsque le contribuable ne détient plus aucun bien de cette catégorie à la clôture d’une année d’imposition donnée, auquel cas le montant en question est «réputé» avoir été déduit en vertu de l’alinéa 20(1)a) lors du calcul du revenu pour l’année (alinéa 20(16)d)).

[42] En l’espèce, il est acquis que la dépréciation de l’ordinateur qui est à l’origine de la perte finale déclarée par Klink est survenue alors que l’ordinateur n’était pas utilisé en vue de gagner un revenu au sens de la Loi, et donc ne constituait pas un «bien amortissable» (comparer avec l’arrêt *Lea-Don Canada Limited c. Minister of National Revenue*, [1971] R.C.S. 95, à la page 99 (le juge Hall)). L’ordinateur avait une valeur d’environ 7 000 \$US lorsqu’il a commencé à être utilisé en vue de gagner un revenu au sens de la Loi. Il résulte pourtant d’une lecture combinée du paragraphe 20(16) et de l’alinéa 13(21)f) que, lors du calcul de son revenu

taxation year the full cost of the computer (less the amount credited for its contribution to ILP) as though it had been used throughout since 1982 to earn income under the Act. This result, although it flows from the clear words of paragraph 13(21)(f) and subsection 20(16), is contrary to the scheme of the capital cost allowance provisions which limits the deduction of capital expenditures to those incurred for the purpose of earning income under the Act.

[43] The general principle that limits the deduction of expenditures to those incurred for the purpose of gaining and producing "income" under the Act is set out in paragraph 18(1)(a). The income in question is a "taxpayer's income for [the] . . . year" (sections 3 and 9). Paragraph 20(1)(a) provides for an exception to this limitation inasmuch as the deduction thereunder may, but need not be claimed in the year in which it becomes available. This is one of the reasons why paragraph 20(1)(a) is said to apply "Notwithstanding" paragraphs 18(1)(a) and (b).

[44] Nevertheless, the recapture and terminal loss provisions (subsections 13(1) and 20(16) respectively) insure that in the end (i.e. by the time a given class is emptied of property coming within it), it is the actual cost of a capital asset used to earn income under the Act that is deducted in conformity with the general limitation stated in paragraph 18(1)(a). There can be no doubt that the object and spirit of the relevant provisions is to provide for the recognition of money spent to acquire qualifying assets to the extent that they are consumed in the income-earning process under the Act.

[45] The appellants, by acquiring their interests in Klink and insuring its continued operation "imported" for Canadian income tax purposes, a capital cost equal to the computer's historical cost (through the combined operation of subsection 96(1) and paragraph 13(21)(f)). They immediately took steps to profit from this cost by contributing the computer to ILP prior to the close of Klink's 1991 taxation year thereby, in effect, triggering a terminal loss pursuant to subsection 20(16). In so doing, they exploited what can only be seen as an

pour l'année d'imposition 1991, Klink devait déduire de son revenu le coût intégral de l'ordinateur (moins la somme portée à son crédit par suite de l'apport qu'elle avait fait à ILP), comme si l'ordinateur avait servi depuis 1982 à gagner un revenu au sens de la Loi. Bien que ce résultat découle du texte non équivoque de l'alinéa 13(21)(f) et du paragraphe 20(16), il va à l'encontre de l'économie des dispositions relatives à la déduction pour amortissement, qui limitent la déduction des dépenses en immobilisations à celles qui sont engagées en vue de gagner un revenu au sens de la Loi.

[43] Le principe général qui limite la déduction des dépenses à celles qui ont été engagées en vue de produire un «revenu» au sens de la Loi est énoncé à l'alinéa 18(1)a. Le revenu visé est le «revenu du contribuable pour l'année» (articles 3 et 9). L'alinéa 20(1)a prévoit une exception à ce principe en ce que le contribuable peut—sans toutefois y être obligé—réclamer la déduction en question dans l'année au cours de laquelle il peut s'en prévaloir. C'est une des raisons pour lesquelles l'alinéa 20(1)a s'applique «nonobstant» les alinéas 18(1)a) et 18(1)b).

[44] Quoi qu'il en soit, les dispositions relatives à la récupération et aux pertes finales—respectivement, les paragraphes 13(1) et 20(16)—garantissent qu'en bout de ligne (c.-à-d. lorsqu'une catégorie déterminée est vidée de tout bien), c'est le coût réel du bien en immobilisation qui a servi à gagner un revenu au sens de la Loi qui est déduit en conformité avec la restriction générale formulée à l'alinéa 18(1)a). Il n'y a aucun doute que l'objet et l'esprit des dispositions pertinentes sont de tenir compte de l'argent qui a été dépensé pour acquérir des biens admissibles dans la mesure où ils sont utilisés en vue de gagner un revenu au sens de la Loi.

[45] En acquérant une participation dans Klink et en s'assurant que celle-ci continuait à exercer ses activités, les appelants ont, pour l'application des lois fiscales canadiennes, «importé» un coût en capital égal au coût historique de l'ordinateur (par le jeu combiné du paragraphe 96(1) et de l'alinéa 13(21)(f)). Ils ont immédiatement pris des mesures pour tirer profit de ce coût en faisant apport à ILP de l'ordinateur avant la fin de l'année d'imposition 1991 de Klink, déclenchant ainsi une perte finale au sens du paragraphe 20(16). Ce

obvious loophole which allowed them to deduct a cost in excess of \$4 million for a computer which had a value of some US \$7,000 when it first became depreciable property under the Act.

[46] Counsel for the appellants relied on the subsequent addition of subsection 96(8) to the Act [*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1] to argue that the transactions in issue do not offend any unwritten rule or policy. Subsection 96(8) was added by S.C. 1994, c. 21 [s. 44], and made applicable after December 21, 1992. Paragraph 96(8)(a) is of direct relevance. It specifically counters the result achieved by the appellants in this case by deeming the cost of acquisition of depreciable assets held by a foreign partnership to an incoming Canadian partner to be the lesser of its fair market value or its capital cost determined according to the ordinary rules.

[47] Counsel argued that the prospective addition of subsection 96(8) demonstrates unequivocally that the transactions in issue did not offend the object and spirit of the Act at the time when they took place. I rather think that this amendment demonstrates that Parliament moved as quickly as it could to close the loophole exploited by the appellants precisely because the result achieved was anomalous having regard to the object and spirit of the relevant provisions of the Act.

[48] Indeed, the object and spirit of the relevant provisions is so clear that I questioned during the hearing whether the Tax Court Judge properly concluded, and the Minister properly conceded, that the Act when construed without regard to section 245, allowed Klink to deduct the terminal loss. There exists a number of cases where the words of the Act were given a distinct meaning derived from the object and spirit of the Act in a context that bears some resemblance to the present case (*Lea-Don, supra*; *Allied*

faisant, ils ont exploité ce qui ne peut être considéré que comme une échappatoire évidente qui leur permettait de déduire des frais de plus de quatre millions de dollars relativement à un ordinateur qui avait une valeur approximative de 7 000 \$US lorsque cet ordinateur est devenu pour la première fois un bien amortissable au sens de la Loi.

[46] L'avocat des appelants invoque le paragraphe 96(8) qui a par la suite été inséré dans la Loi [*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1] pour soutenir que les opérations en cause ne contreviennent à aucune règle ou politique non écrite. Le paragraphe 96(8) a été ajouté à la Loi par L.C. 1994 ch. 21 [art. 44], avec effet rétroactif au 21 décembre 1992. L'alinéa 96(8)a) s'applique directement au cas qui nous occupe. Il fait explicitement échec au résultat que les appelants ont obtenu en l'espèce en déclarant que le coût d'acquisition des biens amortissables détenus par une société de personnes étrangère pour le résident canadien qui devient l'associé de cette société correspond au moins élevé de sa juste valeur marchande ou de son coût en capital calculé selon les règles habituelles.

[47] L'avocat des appelants affirme que l'insertion après coup du paragraphe 96(8) démontre de façon non équivoque que les opérations en litige n'allaient pas à l'encontre de l'objet et de l'esprit de la Loi au moment où elles ont été effectuées. Je crois plutôt que ces modifications démontrent que le législateur fédéral est intervenu aussi rapidement que possible pour supprimer l'échappatoire que les appelants avaient exploitée précisément en raison du fait que le résultat obtenu constituait une anomalie, compte tenu de l'objet et de l'esprit des dispositions applicables de la Loi.

[48] D'ailleurs, l'objet et l'esprit des dispositions applicables sont tellement limpides que je me suis demandé, lors de l'instruction du présent appel, si c'était à bon droit que le juge de la Cour de l'impôt avait conclu—et que le ministre avait concédé que, lorsqu'on l'interprétait en faisant abstraction de l'article 245, la Loi permettait à Klink de déduire la perte finale. Il existe un certain nombre de décisions dans lesquelles, dans un contexte qui offre certaines ressemblances avec la présente espèce, la Cour a donné au libellé de la Loi

*Farm Equipment Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1972] F.C. 263 (T.D.); *Oceanspan Carriers Ltd. v. Canada*, [1987] 2 F.C. 171 (C.A.); *Holiday Luggage Mfg. Co. v. Canada*, [1987] 2 F.C. 249 (T.D.)). In all of these cases, the Court relying on the scheme of the Act or its object and spirit, refused to extend its application to persons not subject to tax thereunder.

[49] There is however one significant difference between these cases and the present one in that here, the relevant provisions give rise to no ambiguity. The undepreciated capital cost of the computer to Klink at the close of its 1991 taxation year was computed in strict conformity with paragraph 13(21)(f) and the terminal loss which it recorded is the inescapable result of the application of subsection 20(16). Faced with such clarity it would be inappropriate, for the reasons expressed by the Supreme Court in a number of recent decisions to attempt to modify the words of the relevant provisions to provide a result which conforms with their object and spirit (*Walls, supra*, paragraph 22; *Stewart, supra*, paragraph 65; *Shell, supra*, paragraph 40; *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, at paragraph 51; *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312, at pages 326-327 and 330; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, at paragraph 11).

[50] More importantly perhaps, I would be unable to give those words a meaning that is suited to what I have identified as the object and spirit of the relevant provisions. Although for the reasons given, it is clear that these provisions are intended to apply to assets used to earn income under the Act and that it would be anomalous to allow a taxpayer to deduct the cost of an asset that was not so used, it remains that the asset here in question began to be used to earn income under the Act as of December 1991. At that time, the computer became "depreciable property" within both the letter and the spirit of the Act with the result that a cost must be attributed to it. The only cost which the Act provides for in the present fact situation is the original or full cost, and I do not believe that I could read into the Act the

un sens distinct en raison de l'objet et de l'esprit de la Loi (voir les décisions *Lea-Don*, précitée, *Allied Farm Equipment Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1972] C.F. 263 (C.A.); *Oceanspan Carriers Ltd. c. Canada*, [1987] 2 C.F. 171 (C.A.); et *Holiday Luggage Mfg. Co. c. Canada*, [1987] 2 C.F. 249 (1<sup>re</sup> inst.)). Dans toutes ces décisions, la Cour a, en se fondant sur l'économie de la Loi ou sur son objet et son esprit, refusé d'étendre l'application de la Loi à des personnes qui n'étaient pas légalement assujetties à l'impôt.

[49] Il existe toutefois une différence significative entre ces décisions et la présente affaire en ce sens qu'en l'espèce, les dispositions pertinentes ne donnent lieu à aucune ambiguïté. La fraction non amortie du coût en capital de l'ordinateur pour Klink à la fin de son année d'imposition 1991 a été calculée en stricte conformité avec l'alinéa 13(21)f) et la perte finale que Klink a déclarée était le résultat inévitable de l'application du paragraphe 20(16). Face à une telle limpidité, la Cour serait malvenue, pour les raisons exposées par la Cour suprême dans plusieurs de ses arrêts récents, de tenter de modifier le libellé des dispositions applicables de manière à parvenir à un résultat qui soit conforme à l'objet et à l'esprit de ces dispositions (arrêts *Walls*, précité, paragraphe 22; *Stewart*, précité, paragraphe 65; *Shell*, précité, paragraphe 40; *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, au paragraphe 51; *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312, aux pages 326, 327 et 330; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, au paragraphe 11).

[50] Mais surtout, je serais incapable de forcer le sens de ces mots pour l'adapter à ce que j'estime être l'objet et l'esprit des dispositions applicables. Bien que, pour les motifs qui ont déjà été exposés, il est évident que les dispositions en question sont conçues de manière à s'appliquer à des biens utilisés en vue de gagner un revenu au sens de la Loi et qu'il serait anormal de permettre à un contribuable de déduire le coût d'un bien qui n'a pas servi à cette fin, il n'en demeure pas moins que le bien en litige a été utilisé pour gagner un revenu au sens de la Loi à partir de décembre 1991. L'ordinateur est à compter de cette date devenu un «bien amortissable» tant selon la lettre que l'esprit de la Loi, de telle sorte qu'un coût quelconque doit lui être attribué. Le seul coût que la Loi prévoit dans le cas

type of modification incorporated by the 1994 addition of subsection 96(8) to alter this result without infringing on the role of Parliament. In the end, I am satisfied that although the object and spirit of the relevant provisions is clearly discernible, I am unable to give effect to it under the normal rules.

[51] Section 245 does however allow the Court to intervene when confronted with a misuse of the provisions of the Act. For the reasons stated, I am of the view that the appellants used paragraph 13(21)(f) and subsection 20(16) of the Act to obtain a result which was both anomalous and unintended when regard is had to their reason for being. As such, the appellants misused these provisions and abused the capital cost allowance system generally.

[52] In so holding, I am giving section 245 a similar application to that given by this Court in *OSFC Holdings Ltd. v. Canada*, [2002] 2 F.C. 288; (leave to appeal denied, June 20, 2002, [2001] S.C.C.A. No. 522). But I wish to place particular emphasis on a key aspect of that decision (paragraph 69) where Rothstein J.A. states that:

. . . to deny a tax benefit where there has been strict compliance with the Act, on the grounds that the avoidance transaction constitutes a misuse or abuse, requires that the relevant policy be clear and unambiguous. The Court will proceed cautiously in carrying out the unusual duty imposed upon it under subsection 245(4). The Court must be confident that although the words used by Parliament allow the avoidance transaction, the policy of relevant provisions or the Act as a whole is sufficiently clear that the Court may safely conclude that the use made of the provision or provisions by the taxpayer constituted a misuse or abuse.

In my view, this very particular threshold has been met in this instance.

[53] Finally, no relief can be given to the appellants pursuant to subsections 245(2) and 245(5), by recognizing, as cost, the fair market value of the

présent est le prix initial ou intégral, et je ne crois pas que je pourrais, sans empiéter sur le rôle du législateur, considérer que la Loi renferme le type de modifications que le législateur a apportées à la Loi en 1994 lorsqu'il y a inséré le paragraphe 96(8) pour contrer un tel résultat. En fin de compte, bien qu'il soit facile de discerner l'objet et l'esprit des dispositions applicables, il m'est impossible de leur donner effet selon les règles habituelles.

[51] L'article 245 permet toutefois à la Cour d'intervenir lorsqu'elle a affaire à un abus dans l'application des dispositions de la Loi. Pour les motifs que j'ai déjà exposés, je suis d'avis que les appelants ont utilisé l'alinéa 13(21)f et le paragraphe 20(16) de la Loi pour obtenir un résultat qui était à la fois anormal et imprévu lorsqu'on tient compte de la raison d'être de ces dispositions. Les appelants ont donc appliqué de façon abusive les dispositions en question et ils ont abusé de façon générale du système de déduction pour amortissement.

[52] Pour en arriver à cette conclusion, j'applique l'article 245 comme notre Cour l'a fait dans l'arrêt *OSFC Holdings Ltd. c. Canada*, [2002] 2 C.F. 288 (autorisation d'appel refusé le 20 juin 2002, [2001] C.S.C.R. n° 522). Mais je tiens à insister sur un aspect clé de cette décision où le juge Rothstein déclare ce qui suit, au paragraphe 69:

[. . .] pour refuser un avantage fiscal, alors que la Loi a été rigoureusement respectée, pour le motif que l'opération d'évitement constitue un abus, il faut que la politique générale pertinente soit claire et non ambiguë. La Cour fera preuve de prudence en se déchargeant de la tâche inhabituelle qui lui est imposée par le paragraphe 245(4). Elle doit être certaine que même si les mots utilisés par le Parlement autorisent l'opération d'évitement, la politique générale qui sous-tend les dispositions pertinentes ou la Loi lue dans son ensemble est suffisamment claire pour permettre à la Cour de conclure sans danger que l'application de la disposition ou des dispositions par le contribuable constituerait un abus.

J'estime que ce critère préliminaire bien précis a été respecté en l'espèce.

[53] Finalement, aucun allègement ne peut être accordé aux appelants en vertu des paragraphes 245(2) et 245(5) en reconnaissant comme coût la juste valeur



computer as of the time it became “depreciable property” under the Act having regard to the higher proceeds which they received for its contribution to ILP. If anything, recapture would be exigible.

marchande de l'ordinateur au moment où il est devenu un «bien amortissable» au sens de la Loi, compte tenu du produit plus élevé qu'ils ont reçu en contrepartie de l'apport qu'ils en ont fait à ILP. C'est plutôt la récupération de l'amortissement qui pourrait être exigible.

[54] In conclusion, the Tax Court Judge properly held that the losses claimed by the appellants were denied by section 245.

[54] En conclusion, c'est à bon droit que le juge de la Cour de l'impôt a statué que les pertes déduites par les appelants n'étaient pas admissibles du fait de l'article 245.

[55] I would dismiss the appeal with one set of costs.

[55] Je suis d'avis de rejeter l'appel avec un seul mémoire de dépens.

DESJARDINS J.A.: I concur.

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

LINDEN J.A.: I concur.

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

Annexe I

## Schedule I—Relevant statutory revisions

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:

...  
 (d) determine the amount, if any, by which the remainder determined under paragraph (c) exceeds the aggregate of amounts each of which is his loss for the year from an office, employment, business or property; and

...  
 and the remainder, if any, obtained under paragraph (e) is the taxpayer's income for the year for the purposes of this Part.

...  
 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.

13. ...

(21) ...

(b) "depreciable property" of a taxpayer as of any time in a taxation year means property acquired by the taxpayer in respect of which the taxpayer has been allowed, or would, if the taxpayer owned the property at the end of the year and this Act were read without reference to subsection (26), be entitled to, a deduction under regulations made under paragraph 20(1)(a) in computing income for that year or a previous taxation year;

...  
 (f) "undepreciated capital cost" to a taxpayer of depreciable property of a prescribed class as of any time means the amount by which the aggregate of

(i) the capital cost to the taxpayer of each depreciable property of that class acquired before that time, and

...  
 exceeds the aggregate of

(iii) the total depreciation allowed to the taxpayer for property of that class before that time,

Annexe I

## Annexe I—Dispositions légales pertinentes

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:

[...]  
 d) en calculant la fraction, si fraction il y a, du reste établi selon l'alinéa c), qui est en sus du total des sommes qui constituent chacune une perte subie par le contribuable pour l'année au titre d'une charge, d'un emploi, d'une entreprise ou d'un bien;

[...]  
 et le reste, si reste il y a, ainsi obtenu selon l'alinéa e) constitue le revenu du contribuable pour l'année aux fins de la présente Partie.

[...]  
 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.

[...]  
 13. [...]

(21) [...]

b) «bien amortissable» à un moment donné d'une année d'imposition, bien qu'un contribuable acquiert et pour lequel il obtient une déduction, en vertu des dispositions réglementaires prises en application de l'alinéa 20(1)a), dans le calcul de son revenu pour cette année ou pour une année d'imposition antérieure ou pour lequel il aurait droit à une telle déduction si la présente loi en comportait pas le paragraphe (26) et s'il était propriétaire du bien à la fin de l'année.

[...]  
 f) «fraction non amortie du coût en capital» existant à une date donnée pour un contribuable, relativement à des biens amortissables d'une catégorie prescrite, signifie la fraction du total

(i) du coût en capital que le contribuable a supporté pour chaque bien amortissable de cette catégorie acquis avant cette date, et

[...]  
 qui est en sus du total

(iii) de l'amortissement total permis au contribuable relativement aux biens de cette catégorie avant cette date,

(iv) for each disposition before that time of property (other than a timber resource property) of the taxpayer of that class, the lesser of

(A) the proceeds of disposition of the property minus any outlays and expenses to the extent that they were made or incurred by him for the purpose of making the disposition, and

(B) the capital cost to him of the property,

...

**18.** (1) In computing the income of a taxpayer from a business or property no deduction shall be made in respect of

(a) an outlay or expense except to the extent that it was made or incurred by the taxpayer for the purpose of gaining or producing income from the business or property;

(b) an outlay, loss or replacement of capital, a payment on account of capital or an allowance in respect of depreciation, obsolescence or depletion except as expressly permitted by this Part;

...

**20.** (1) Notwithstanding paragraphs 18(1)(a), (b) and (h), in computing a taxpayer's income for a taxation year from a business or property, there may be deducted such of the following amounts as are wholly applicable to that source or such part of the following amounts as may reasonably be regarded as applicable thereto:

(a) such part of the capital cost to the taxpayer of property, or such amount in respect of the capital cost to the taxpayer of property, if any, as is allowed by regulation;

...

(16) Notwithstanding paragraphs 18(1)(a), (b) and (h), where at the end of a taxation year,

(a) the aggregate of all amounts determined under subparagraphs 13(21)(f)(i) to (ii.2) in respect of a taxpayer's depreciable property of a particular class exceeds the aggregate of all amounts determined under subparagraphs 13(21)(f)(iii) to (viii) in respect thereof, and

(b) the taxpayer no longer owns any property of that class

in computing the taxpayer's income for the year

(c) there shall be deducted the amount of the excess determined under paragraph (a), and

(iv) pour chaque disposition, avant cette date, de biens (autres qu'un avoir forestier) de cette catégorie appartenant au contribuable, de la moins élevée des sommes suivantes:

(A) le produit de disposition des biens moins tous débours ou dépenses dans la mesure où il les a faits ou engagés aux fins de la disposition, ou

(B) le coût en capital que ce contribuable a supporté pour les biens,

[. . .]

**18.** (1) Dans le calcul du revenu du contribuable, tiré d'une entreprise ou d'un bien, les éléments suivants ne sont pas déductibles:

a) un débours ou une dépense, sauf dans la mesure où ce débours ou cette dépense a été fait ou engagé par le contribuable en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien;

b) une somme déboursée, une perte ou un remplacement de capital, un paiement à titre de capital ou une provision pour amortissement, désuétude ou épuisement, sauf ce qui est expressément permis par la présente Partie;

[. . .]

**20.** (1) Nonobstant les dispositions des alinéas 18(1)a), b) et h), lors du calcul du revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition, peuvent être déduites celles des sommes suivantes qui se rapportent entièrement à cette source de revenus ou la partie des sommes suivantes qui peut raisonnablement être considérée comme s'y rapportant:

a) la partie, si partie il y a, du coût en capital des biens supporté par le contribuable ou le montant, si montant il y a, du coût en capital des biens, supporté par le contribuable, que le règlement autorise;

[. . .]

(16) Nonobstant les alinéas 18(1)a), b) et h), lorsque, à la fin d'une année d'imposition,

a) le total des montants déterminés aux sous-alinéas 13(21)f(i) à (ii.2) est supérieur au total des montants déterminés aux sous-alinéas 13(21)f(iii) à (viii), au titre des biens amortissables d'une catégorie prescrite d'un contribuable, et

b) que ce dernier ne possède plus de biens de ladite catégorie,

dans le calcul de son revenu pour l'année

c) il doit déduire l'excédent déterminé en vertu de l'alinéa a), et

(d) no amount shall be deducted for the year under paragraph (1)(a) in respect of property of that class, and the amount of the excess determined under paragraph (a) shall be deemed to have been deducted under paragraph (1)(a) in computing the taxpayer's income for the year from a business or property.

...

96. (1) Where a taxpayer is a member of a partnership, his income, non-capital loss, net capital loss, restricted farm loss and farm loss, if any, for a taxation year, or his taxable income earned in Canada for a taxation year, as the case may be, shall be computed as if

(a) the partnership were a separate person resident in Canada;

(b) the taxation year of the partnership were its fiscal period;

...

(f) the amount of the income of the partnership for a taxation year from any source or from sources in a particular place were the income of the taxpayer from that source or from sources in that particular place, as the case may be, for the taxation year of the taxpayer in which the partnership's taxation year ends, to the extent of the taxpayer's share thereof; and

(g) the amount, if any, by which

(i) the loss of the partnership for a taxation year from any source or sources in a particular place,

exceeds

(ii) in the case of a specified member (within the meaning of the definition "specified member" in subsection 248(1) if that definition were read without reference to paragraph (b) thereof) of the partnership in the year, the amount, if any, deducted by the partnership by virtue of section 37 in calculating its income for the taxation year from that source or sources in the particular place, as the case may be, and

(iii) in any other case, nil

were the loss of the taxpayer from that source or from sources in that particular place, as the case may be, for the taxation year of the taxpayer in which the partnership's taxation year ends, to the extent of the taxpayer's share thereof.

...

d) il ne doit déduire aucun montant pour l'année en vertu de l'alinéa (1)a) à l'égard des biens de ladite catégorie, et, l'excédent déterminé en vertu de l'alinéa a) est réputé avoir été déduit en vertu de l'alinéa (1)a) dans le calcul du revenu, pour l'année, qu'il a tiré d'une entreprise ou d'un bien.

[. . .]

96. (1) Lorsqu'un contribuable est un associé d'une société, son revenu, le montant de sa perte autre qu'une perte en capital, de sa perte en capital nette, de sa perte agricole restreinte et de sa perte agricole, s'il y en a, pour une année d'imposition, ou son revenu imposable gagné au Canada pour une année d'imposition, selon le cas, est calculé comme si:

a) la société était une personne distincte résidant au Canada;

b) l'année d'imposition de la société correspondait à son exercice financier;

[. . .]

f) le montant du revenu de la société, pour une année d'imposition, tiré d'une source quelconque ou de sources situées dans un endroit donné, constituait le revenu du contribuable tiré de cette source ou de sources situées dans cet endroit donné, selon le cas, pour l'année d'imposition du contribuable au cours de laquelle l'année d'imposition et la société se termine, jusqu'à concurrence de la part du contribuable, et

g) la perte du contribuable—à concurrence de la part dont il est tenu—résultant d'une source ou de sources situées dans un endroit donné, pour l'année d'imposition du contribuable au cours de laquelle l'année d'imposition de la société se termine, équivalait à l'excédent éventuel:

(i) de la perte de la société, pour une année d'imposition, résultant de cette source ou de ces sources,

sur:

(ii) dans le cas d'un associé déterminé (au sens de la définition d'«associé déterminé» figurant au paragraphe 248(1), mais sans tenir compte de l'alinéa b) de celle-ci) de la société dans l'année, le montant éventuellement déduit par la société en application de l'article 37 dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition provenant de cette source ou de ces sources,

(iii) dans les autres cas, zéro.

[. . .]

**111.** (1) For the purpose of computing the taxable income of a taxpayer for a taxation year, there may be deducted such portion as he may claim of

(a) his non-capital losses for the 7 taxation years immediately preceding and the 3 taxation years immediately following the year;

...

**245.** (1) In this section and in subsection 152(1.11),

“tax benefit” means a reduction, avoidance or deferral of tax or other amount payable under this Act or an increase in a refund of tax or other amount under this Act;

“tax consequences” to a person means the amount of income, taxable income, or taxable income earned in Canada of, tax or other amount payable by, or refundable to the person under this Act, or any other amount that is relevant for the purposes of computing that amount;

“transaction” includes an arrangement or event.

(2) Where a transaction is an avoidance transaction, the tax consequences to a person shall be determined as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that, but for this section, would result, directly or indirectly, from that transaction or from a series of transactions that includes that transaction.

(3) An avoidance transaction means any transaction

(a) that, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for bona fide purposes other than to obtain the tax benefit; or

(b) that is part of a series of transactions, which series, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for bona fide purposes other than to obtain the tax benefit.

...

**111.** (1) Aux fins du calcul du revenu imposable d'un contribuable pour une année d'imposition, peuvent être déduites les sommes appropriées suivantes:

a) ses pertes autres que des pertes en capital subies au cours des 7 années d'imposition précédentes et des 3 années d'imposition qui suivent l'année;

[...]

**245.** (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article et au paragraphe 152(1.11).

«attribut fiscal» S'agissant des attributs fiscaux d'une personne, revenu, revenu imposable ou revenu imposable gagné au Canada de cette personne, impôt ou autre montant payable par cette personne, ou montant qui lui est remboursable, en application de la présente loi, ainsi que tout montant à prendre en compte pour calculer, en application de la présente loi, le revenu, le revenu imposable, le revenu imposable gagné au Canada de cette personne ou l'impôt ou l'autre montant payable par cette personne ou le montant qui lui est remboursable.

«avantage fiscal» Réduction, évitement ou report d'impôt ou d'un autre montant payable en application de la présente loi ou augmentation d'un remboursement d'impôt ou d'un autre montant visé par la présente loi.

«opération» Une convention, un mécanisme ou un événement sont assimilés à une opération.

(2) En cas d'opération d'évitement, les attributs fiscaux d'une personne doivent être déterminés de façon raisonnable dans les circonstances de sorte à supprimer un avantage fiscal qui, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, de cette opération ou d'une série d'opérations dont cette opération fait partie.

(3) L'opération d'évitement s'entend:

a) soit de l'opération dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables— l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable;

b) soit de l'opération qui fait partie d'une série d'opérations dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables— l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable.

[...]

(4) For greater certainty, subsection (2) does not apply to a transaction where it may reasonably be considered that the transaction would not result directly or indirectly in a misuse of the provisions of this Act or an abuse having regard to the provisions of this Act, other than this section, read as a whole.

(5) Without restricting the generality of subsection (2),

(a) any deduction in computing income, taxable income, taxable income earned in Canada or tax payable or any part thereof may be allowed or disallowed in whole or in part,

(b) any such deduction, any income, loss or other amount or part thereof may be allocated to any person,

(c) the nature of any payment or other amount may be recharacterized, and

(d) the tax effects that would otherwise result from the application of other provisions of this Act may be ignored,

in determining the tax consequences to a person as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that would, but for this section, result, directly or indirectly, from an avoidance

(6) Where with respect to a transaction

(a) a notice of assessment, reassessment or additional assessment involving the application of subsection (2) with respect to the transaction has been sent to a person, or

(b) a notice of determination pursuant to subsection 152(1.11) has been sent to a person with respect to the transaction

any person (other than a person referred to in paragraph (a) or (b)) shall be entitled, within 180 days after the day of mailing of the notice, to request in writing that the Minister make an assessment, reassessment or additional assessment applying subsection (2) or make a determination applying subsection 152(1.11) with respect to that transaction.

(7) Notwithstanding any other provision of this Act, the tax consequences to any person, following the application of this section, shall only be determined through a notice of assessment, reassessment, additional assessment or determination pursuant to subsection 152(1.11) involving the application of this section.

(4) Il est entendu que l'opération dont il est raisonnable de considérer qu'elle n'entraîne pas, directement ou indirectement, d'abus dans l'application des dispositions de la présente loi lue dans son ensemble—abstraction faite du présent article— n'est pas visée par le paragraphe (2).

(5) Sans restreindre la généralité du paragraphe (2), en vue de déterminer les attributs fiscaux d'une personne de façon raisonnable dans les circonstances de sorte à supprimer l'avantage fiscal qui, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, d'une opération d'évitement:

a) toute déduction dans le calcul de tout ou partie du revenu, du revenu imposable, du revenu imposable gagné au Canada ou de l'impôt payable peut être en totalité ou en partie admise ou refusée;

b) tout ou partie de cette déduction ainsi que tout ou partie d'un revenu, d'une perte ou d'un autre montant peuvent être attribués à une personne;

c) la nature d'un paiement ou d'un autre montant peut être qualifiée autrement;

d) les effets fiscaux qui découleraient par ailleurs de l'application des autres dispositions de la présente loi peuvent ne pas être pris en compte.

(6) Dans les 180 jours suivant la mise à la poste d'un avis de cotisation, de nouvelle cotisation ou de cotisation supplémentaire, envoyé à une personne, qui tient compte du paragraphe (2) en ce qui concerne une opération, ou d'un avis concernant un montant déterminé en application du paragraphe 152(1.11) envoyé à une personne en ce qui concerne une opération, toute autre personne qu'une personne à laquelle un de ces avis a été envoyé a le droit de demander par écrit au ministre d'établir à son égard une cotisation, une nouvelle cotisation ou une cotisation supplémentaire en application du paragraphe (2) ou de déterminer un montant en application du paragraphe 152(1.11) en ce qui concerne l'opération.

(7) Nonobstant les autres dispositions de la présente loi, les attributs fiscaux d'une personne, par suite de l'application du présent article, ne peuvent être déterminés que par avis de cotisation, de nouvelle cotisation ou de cotisation supplémentaire ou que par avis d'un montant déterminé en application du paragraphe 152(1.11) en tenant compte du présent.

(8) Upon receipt of a request by a person under subsection (6), the Minister shall, with all due dispatch, consider the request and, notwithstanding subsection 152(4), assess, reassess or make an additional assessment or determination pursuant to subsection 152(1.11) with respect to that person, except that an assessment, reassessment, additional assessment or determination may be made under this subsection only to the extent that it may reasonably be regarded as relating to the transaction referred to in subsection (6).

[*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1]

96. . . .

(8) For the purposes of this Act, where at a particular time a person resident in Canada becomes a member of a partnership, or a person who is a member of a partnership becomes resident in Canada, and immediately before the particular time no member of the partnership is resident in Canada, the following rules apply for the purpose of computing the partnership's income for fiscal periods ending after the particular time:

(a) where, at or before the particular time, the partnership held depreciable property of a prescribed class (other than taxable Canadian property),

(i) no amount shall be included in determining the amounts for any of A, C, D and F to I in the definition "undepreciated capital cost" in subsection 13(21) in respect of the acquisition or disposition before the particular time of the property, and

(ii) where the property is the partnership's property at the particular time, the property shall be deemed to have been acquired, immediately after the particular time, by the partnership at a capital cost equal to the lesser of its fair market value and its capital cost to the partnership otherwise determined;

(b) in the case of the partnership's property that is inventory (other than inventory of a business carried on in Canada) or non-depreciable capital property (other than taxable Canadian property) of the partnership at the particular time, its cost to the partnership shall be deemed to be, immediately after the particular time, equal to the lesser of its fair market value and its cost to the partnership otherwise determined;

(c) any loss in respect of the disposition of a property (other than inventory of a business carried on in Canada or taxable Canadian property) by the partnership before the

(8) Sur réception d'une demande présentée par une personne conformément au paragraphe (6), le ministre doit, dès que possible, après avoir examiné la demande et malgré le paragraphe 152(4), établir une cotisation, une nouvelle cotisation ou une cotisation supplémentaire ou déterminer un montant en application du paragraphe 152(1.11), en se fondant sur la demande. Toutefois, une cotisation, une nouvelle cotisation ou une cotisation supplémentaire ne peut être établie, ni un montant déterminé, en application du présent paragraphe que s'il est raisonnable de considérer qu'ils concernent l'opération visée au paragraphe (6).

[*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1]

96. [. . .]

(8) Pour l'application de la présente loi, lorsque, à un moment donné, une personne qui réside au Canada devient l'associé d'une société de personnes, ou une personne qui est l'associé d'une société de personnes commence à résider au Canada, alors qu'aucun associé de la société de personnes ne résidait au Canada immédiatement avant ce moment, les règles suivantes s'appliquent aux fins du calcul du revenu de la société de personnes pour les exercices se terminant après ce moment:

a) dans le cas où la société de personnes détenait, au moment donné ou avant, un bien amortissable d'une catégorie prescrite, sauf un bien canadien imposable:

(i) aucun montant n'est à inclure dans le calcul des montants que représentent les éléments A, C, D et F à I de la définition de «fraction non amortie du coût en capital» au paragraphe 13(21), relativement à l'acquisition ou à la disposition du bien, effectuée avant le moment donné,

(ii) si le bien appartient à la société de personnes au moment donné, il est réputé avoir été acquis par elle immédiatement après ce moment à un coût en capital égal au moins élevé de sa juste valeur marchande et de son coût en capital pour elle, déterminé par ailleurs;

b) dans le cas où la société de personnes est propriétaire d'un bien à porter à son inventaire, sauf l'inventaire d'une entreprise exploitée au Canada, ou d'une immobilisation non amortissable, sauf un bien canadien imposable, au moment donné, le coût du bien ou de l'immobilisation, pour la société de personnes, est réputé égal, immédiatement après ce moment, au moins élevé de sa juste valeur marchande et de son coût pour la société de personnes, déterminé par ailleurs;

c) toute perte subie relativement à la disposition d'un bien, sauf un bien à porter à l'inventaire d'une entreprise exploitée au Canada ou un bien canadien imposable, par la

particular time shall be deemed to be nil; and

*(d)* where  $\frac{4}{3}$  of the cumulative eligible capital in respect of a business carried on at the particular time outside Canada by the partnership exceeds the total of the fair market value of each eligible capital property in respect of the business at that time, the partnership shall be deemed to have, immediately after that time, disposed of an eligible capital property in respect of the business for proceeds equal to the excess and to have received those proceeds.

société de personnes avant le moment donné est réputée nulle;

*d)* dans le cas où le montant correspondant aux  $\frac{4}{3}$  du montant cumulatif des immobilisations admissibles au titre d'une entreprise que la société de personne exploite à l'étranger au moment donné excède le total de la juste valeur marchande de chaque immobilisation admissible au titre de l'entreprise à ce moment, la société de personnes est réputée avoir disposé, immédiatement après ce moment, d'une immobilisation admissible au titre de l'entreprise pour un produit égal à l'excédent et avoir reçu ce produit.



A-610-01  
2002 FCA 298

A-610-01  
2002 CAF 298

**Ray Budhai et al. (as identified in Schedule “A” attached to the Notice of Application) (*Applicants*)**

**Ray Budhai et autres (tels qu’ils sont désignés à l’annexe «A» jointe à l’avis de demande) (*demandeurs*)**

v.

c.

**The Attorney General of Canada (*Respondent*)**

**Le procureur général du Canada (*défendeur*)**

**INDEXED AS: BUDHAI v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: BUDHAI c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.A.)**

Court of Appeal, Linden, Evans and Malone JJ.A.—  
Toronto, June 17; Ottawa, July 26, 2002.

Cour d’appel, juges Linden, Evans et Malone, J.C.A.—  
Toronto, 17 juin; Ottawa, 26 juillet 2002.

*Employment Insurance — Applicant claiming employment insurance benefits after being laid off in September 1999 because of shortage of work — Collective agreement concluded while in receipt of employment insurance benefits — In letter of agreement, employer agreeing to pay \$1,000 “signing bonus” to all active, inactive employees not terminated at date of agreement who had worked hours between January, October 1999 — Payable only if collective agreement ratified — Commission allocating bonus to week collective agreement ratified, resulting in overpayment of benefits — Board of Referees applying Employment Insurance Regulations, s. 36(4) requiring allocation of “earnings payable under a contract of employment for the performance of services” to period in which services performed — Not expressly providing amount payable to employee “for the performance of services” only if related to number of hours worked — Board of Referees’ conclusion “signing bonus” payable “for the performance of services” not unreasonable.*

*Assurance-emploi — Le demandeur a demandé des prestations d’assurance-emploi après avoir été mis en disponibilité en septembre 1999 à cause d’une pénurie de travail — Une convention collective a été conclue alors qu’il touchait des prestations — Dans une lettre d’entente, l’employeur s’engageait à verser une «prime à la signature» de 1 000 \$ à tous les employés actifs et inactifs qui n’avaient pas fait l’objet d’une cessation d’emploi à la date de la convention et qui avaient effectué des heures de travail entre janvier et octobre 1999 — Cette prime était payable uniquement si la convention collective était ratifiée — La Commission a réparti la prime sur la semaine où la convention collective avait été ratifiée, ce qui a donné lieu à un versement excédentaire de prestations — Le conseil arbitral a appliqué l’art. 36(4) du Règlement sur l’assurance-emploi, qui prévoit que «[l]a rémunération payable [. . .] aux termes d’un contrat de travail en échange des services rendus» est répartie sur la période pendant laquelle ces services ont été fournis — Cette disposition ne prévoit pas expressément qu’un montant peut être payé à un employé «en échange des services rendus» uniquement si ce montant a un rapport avec le nombre d’heures de travail effectuées — La conclusion du conseil arbitral selon laquelle la «prime à la signature» était payable «en échange des services rendus» n’était pas déraisonnable.*

*Administrative Law — Judicial Review — Certiorari — Judicial review of Umpire’s decision allowing appeal from decision of Board of Referees Employment Insurance Regulations, s. 36(4) applied to signing bonus — Umpire ruling “signing bonus” earnings arising from transaction under s. 36(19)(b) — Errors of law committed by Umpire including standard of review applied — Expertise of boards of referees, umpires reviewed — Principal issue decided by Board of Referees question of mixed fact and law — Expertise of umpires (judges, former judges) prevailing over that of board of referees on question of statutory interpretation —*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Contrôle judiciaire d’une décision par laquelle un juge-arbitre a accueilli l’appel interjeté contre une décision rendue par un conseil arbitral selon laquelle l’art. 36(4) du Règlement sur l’assurance-emploi s’appliquait à la prime à la signature — Le juge-arbitre a décidé que la «prime à la signature» constituait une rémunération résultant d’une opération en vertu de l’art. 36(19)(b) — Le juge-arbitre a commis des erreurs de droit, notamment en ce qui a trait à la norme de contrôle appliquée — L’expertise des conseils arbitraux et des juges-arbitres a été examinée — La*

*Procedure before board of referees, umpire informal — Unreasonableness simpliciter appropriate standard of review where board of referees applying statute to facts — Role of judicial appellate body to ensure correct law applied.*

This was an application for judicial review of an Umpire's decision allowing an appeal from a decision of a Board of Referees. The applicant was laid off on September 24, 1999 because of a shortage of work, and claimed employment insurance benefits. He was still laid off, and in receipt of benefits, when his employer and the union concluded a collective agreement, effective October 25, 1999. In a letter of agreement dated October 19, 1999, less than a week before ratification of the collective agreement, the employer agreed to pay a \$1,000 "signing bonus" to all active and inactive employees, including retirees, who had not been terminated at the date of the agreement and had worked hours between January 1 and October 19, 1999, only if the collective agreement was ratified. The Commission allocated the amount of the signing bonus paid to the applicant to the week beginning October 25, 1999. Allowing the appeal from that decision, the Board of Referees found that subsection 36(4) of the *Employment Insurance Regulations* could apply to earnings payable under a contract different from that under which the services had been performed, because it refers to earnings payable to a claimant under "a" contract of employment. Subsection 36(4) requires allocation of earnings under a contract of employment for the performance of services to the period in which services were performed. On appeal from the Board's decision, the Umpire cited decisions holding that a signing bonus constitutes earnings arising from a transaction, and concluded that paragraph 36(19)(b) of the Regulations applied. (Paragraph 36(19)(b) requires allocation of earnings to which none of subsections (1) to (18) apply to the week in which the transaction occurs if they are from a transaction.) Three main issues were raised herein: (1) the standard of review; (2) whether subsection 36(4) of the Regulations requires that an amount can be payable to an employee "for the performance of services" only if it is related to the number of hours worked, and (3) was the Board of Referees' conclusion that the "signing bonus" was payable "for the performance of services" unreasonable?

*principale question sur laquelle le conseil arbitral devait statuer était une question de fait et de droit — L'expertise des juges-arbitres (des juges en place et d'anciens juges) l'emporte sur celle d'un conseil arbitral pour ce qui est des questions d'interprétation législative — La procédure devant le conseil arbitral et devant le juge-arbitre est de nature informelle — C'est la norme de la décision déraisonnable simpliciter qu'il convient d'appliquer lorsque le conseil arbitral applique la loi aux faits — Il appartient à l'organisme d'appel judiciaire de veiller à ce que le droit pertinent soit appliqué.*

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un juge-arbitre a accueilli l'appel interjeté contre une décision rendue par un conseil arbitral. Ayant été mis en disponibilité le 24 septembre 1999 à cause d'une pénurie de travail, le demandeur a formulé une demande de prestations d'assurance-emploi. Il était encore en disponibilité et il touchait encore des prestations lorsque son employeur et le syndicat ont conclu une convention collective, qui est entrée en vigueur le 25 octobre 1999. Dans une lettre d'entente en date du 19 octobre 1999, soit moins d'une semaine avant la ratification de la convention collective, l'employeur s'engageait à verser une «prime à la signature» de 1 000 \$ à tous les employés actifs et inactifs, y compris les employés retraités, qui n'avaient pas fait l'objet d'une cessation d'emploi à la date de la convention et qui avaient effectué des heures de travail entre le 1<sup>er</sup> janvier et le 19 octobre 1999. Cette prime était payable uniquement si la convention collective était ratifiée. La Commission a réparti le montant de la prime à la signature versée au demandeur sur la semaine du 25 octobre 1999. Faisant droit à l'appel interjeté contre cette décision, le conseil arbitral a conclu que le paragraphe 36(4) du *Règlement sur l'assurance-emploi* pouvait s'appliquer à la rémunération payable en vertu d'un contrat différent de celui en vertu duquel les services avaient été rendus, parce qu'il est fait mention de la rémunération payable au prestataire aux termes d'un «un» contrat de travail. En vertu du paragraphe 36(4), la rémunération payable aux termes d'un contrat de travail en échange des services rendus est répartie sur la période pendant laquelle ces services ont été fournis. Dans l'appel interjeté contre la décision du conseil, le juge-arbitre a mentionné des décisions dans lesquelles il avait été statué que la prime à la signature constitue une rémunération résultant d'une opération, et il a conclu que l'alinéa 36(19)(b) du Règlement s'appliquait. (En vertu de l'alinéa 36(19)(b), la rémunération non visée aux paragraphes (1) à (18), si elle résulte d'une opération, est répartie sur la semaine où l'opération a eu lieu.) Trois questions principales ont été soulevées en l'espèce: 1) quelle est la norme de contrôle applicable? 2) le paragraphe 36(4) du Règlement prévoit-il qu'un montant peut être payé à un employé «en échange des services rendus» uniquement si ce montant a un rapport avec le nombre d'heures de travail effectuées? et 3) la

*Held*, the application should be allowed.

(1) The Court must determine on a standard of correctness whether the Umpire erred in his selection of the standard by which to review the Board's decision. The Umpire afforded no deference to the Board's decision: he allowed the appeal because he concluded that the signing bonus "arose from a transaction". In doing so, the Umpire committed three errors of law. First, he failed to consider whether the signing bonus constituted earnings "payable . . . for the performance of services" for the purpose of subsection 36(4). Only if it did not could the Umpire consider whether paragraph 36(19)(b) applied. Second, the Umpire erred in law to the extent that he inferred from the cases he cited that, as a matter of law, a signing bonus payable to employees who had worked hours for the employer cannot be payable "for the performance of services", but arises "from a transaction". The characterization of a signing bonus depends on the facts of each case. Third, the Umpire should have reviewed on a standard of unreasonableness the Board's characterization of the "signing bonus" as earnings payable "for the performance of services". The expertise of both boards of referees and umpires is circumscribed by the strictly adjudicative nature of their functions in the administration of the employment insurance scheme, and by the fact that they perform these functions *ad hoc* on a part-time basis. The principal issue decided by the Board of Referees was a question of mixed fact and law. The representative nature of boards of referees indicates that its area of expertise extends beyond mere fact-finding and can include the determination of questions of mixed fact and law involving the application of the employment insurance legislation to the facts of a given case. However, the general expertise of umpires (judges and former judges), as well as their knowledge of employment insurance legislation, indicate that their interpretation of the relevant statutory provisions should prevail over that of a board of referees. While there is a right of appeal from a board of referees to an umpire, the grounds of appeal contained in subsection 115(2) of the *Employment Insurance Act* are unusually narrow, indicating that Parliament did not intend umpires to review on a correctness standard matters that are not purely legal in nature. The procedure before the board of referees and the umpire is to be informal. Expedious decision-making is also important in the context of this scheme. Umpires ought to show restraint when determining whether a board of referees has erred in law in applying the statute to the facts on a matter within their expertise. However, based on the absence of a strong privative clause, the adjudicative nature of the board's functions and its lack of legal expertise, unreasonableness *simpliciter*, not patent unreasonableness, is the appropriate standard of review.

conclusion du conseil arbitral selon laquelle la «prime à la signature» était payable «en échange des services rendus» était-elle déraisonnable?

*Arrêt*: la demande est accueillie.

1) La Cour doit déterminer, selon la norme de la décision correcte, si le juge-arbitre a commis une erreur en choisissant la norme de contrôle à appliquer à la décision du conseil. Le juge-arbitre n'a pas fait preuve de réserve à l'égard de la décision du conseil: il a accueilli l'appel parce qu'il a conclu que la prime à la signature «résultait d'une opération». Ce faisant, le juge-arbitre a commis trois erreurs de droit. Premièrement, il a omis de se demander si la prime à la signature constituait une rémunération «payable [. . .] en échange des services rendus» pour l'application du paragraphe 36(4). Ce n'est que dans le cas où la prime ne constituait pas une rémunération que le juge-arbitre pouvait déterminer si l'alinéa 36(19)(b) s'appliquait. Deuxièmement, le juge-arbitre a commis une erreur de droit dans la mesure où il a inféré à partir des décisions qu'il a mentionnées qu'en droit, une prime à la signature payable aux employés qui avaient effectué des heures de travail pour l'employeur ne peut pas être payable «en échange des services rendus», mais résulte «d'une opération». La façon de qualifier une prime à la signature est fonction des faits propres à chaque affaire. Troisièmement, le juge-arbitre aurait dû examiner selon la norme de la décision déraisonnable la façon dont le conseil avait qualifié la «prime à la signature» de rémunération payable «en échange des services rendus». L'expertise des conseils arbitraux et des juges-arbitres est circonscrite par la nature strictement décisionnelle de leurs fonctions dans le cadre de l'administration du système de l'assurance-emploi et par le fait qu'ils exercent ces fonctions à temps partiel de façon ponctuelle. La principale question sur laquelle le conseil arbitral devait statuer était une question de fait et de droit. La nature représentative des conseils arbitraux indique que leur domaine d'expertise s'étend au-delà de la simple constatation des faits et peut inclure la détermination de questions de fait et de droit comportant l'application de la législation en matière d'assurance-emploi aux faits d'une affaire donnée. Toutefois, l'expertise générale des juges-arbitres (des juges en place et d'anciens juges) ainsi que leur connaissance de la législation en matière d'assurance-emploi indiquent que leur interprétation des dispositions législatives pertinentes devrait l'emporter sur celle d'un conseil arbitral. Toute décision d'un conseil arbitral peut être portée en appel devant un juge-arbitre, mais les moyens d'appel prévus au paragraphe 115(2) de la *Loi sur l'assurance-emploi* sont, contrairement à ce qui est habituellement le cas, fort stricts, ce qui indique que le législateur ne voulait pas que les juges-arbitres examinent selon la norme de la décision correcte les affaires qui ne sont pas purement de nature juridique. La procédure devant le conseil arbitral et le

It is the role of a judicial appellate body to ensure that the correct law has been applied.

(2) Under the letter of agreement, only employees who had worked hours between January 1 and October 19, 1999 qualified for the “signing bonus”. The extent to which an amount is related to the number of hours worked is relevant to whether it can be characterized as payable “for the performance of services”. Subsection 36(4) of the Regulations does not expressly require that an amount is payable “for the performance of services” only if an employee has worked a minimum number of hours. Implying such a restriction could cause serious practical problems. Moreover, it would be inconsistent with the direction of the Supreme Court of Canada to interpret employment insurance legislation in a liberal manner to read into subsection 36(4) such a vague and possibly variable condition in order to reduce or remove the employment insurance benefits to which an insured person would otherwise be entitled. A provision in a collective agreement should be given its intended effect, even though it was structured to enable employees both to receive a contractual payment and to retain their employment insurance benefits. Therefore, the Board did not err in law in assuming that subsection 36(4) does not require an agreement to specify how many hours an employee must have worked in order for the promised amount to be payable “for the performance of services”, or otherwise to relate the amount of the bonus to the number of hours worked by individual employees.

(3) The Umpire ought to have asked himself whether it was unreasonable for the Board to have concluded that the “signing bonus” provided under this particular agreement was payable “for the performance of services” earlier in the year. The unreasonableness standard of review requires a determination of whether the decision under review withstands a somewhat probing examination. The respondent did not meet the burden of establishing that it was unreasonable for the Board to conclude that the “signing bonus” was payable “for the performance of services”. The

juge-arbitre doit être de nature informelle. Une prise de décision rapide est également importante dans le contexte de ce système. Les juges-arbitres devraient faire preuve de réserve lorsqu'ils déterminent si un conseil arbitral a commis une erreur de droit en appliquant la loi aux faits d'une affaire relevant de leur expertise. Toutefois, compte tenu de l'absence d'une clause privative forte, de la nature décisionnelle des fonctions du conseil et de son manque d'expertise juridique, c'est la norme de contrôle de la décision déraisonnable *simpliciter* plutôt que celle de la décision manifestement déraisonnable qu'il convient d'appliquer. Il appartient à l'organisme d'appel judiciaire de veiller à ce que le droit pertinent soit appliqué.

2) Selon la lettre d'entente, seuls les employés qui avaient effectué des heures de travail entre le 1<sup>er</sup> janvier et le 19 octobre 1999 étaient admissibles à la «prime à la signature». La mesure dans laquelle un montant a un rapport avec le nombre d'heures de travail effectuées est pertinente lorsqu'il s'agit de savoir si ce montant peut être considéré comme étant payable «en échange des services rendus». Le paragraphe 36(4) du Règlement n'exige pas expressément qu'un montant soit payable «en échange des services rendus» uniquement si un employé a effectué un nombre minimum d'heures de travail. Laisser entendre que pareille restriction est imposée pourrait causer de graves problèmes pratiques. De plus, présumer l'existence, dans le paragraphe 36(4), d'une condition si vague et peut-être variable afin de réduire ou de supprimer les prestations d'assurance-emploi auxquelles l'assuré aurait par ailleurs droit irait à l'encontre de la directive de la Cour suprême du Canada voulant que la législation en matière d'assurance-emploi soit interprétée libéralement. Une disposition figurant dans une convention collective devrait avoir l'effet voulu, même si elle a été structurée en vue de permettre aux employés de toucher un paiement contractuel tout en conservant leurs prestations d'assurance-emploi. Par conséquent, le conseil n'a pas commis d'erreur de droit en émettant l'hypothèse selon laquelle le paragraphe 36(4) n'exige pas qu'une entente précise le nombre d'heures de travail qu'un employé doit avoir effectuées pour que le montant promis soit payable «en échange des services rendus» ou qu'elle établisse par ailleurs un lien entre le montant de la prime et le nombre d'heures de travail effectuées par des employés individuels.

3) Le juge-arbitre aurait dû se demander s'il était déraisonnable pour le conseil d'avoir conclu que la «prime à la signature» prévue par cette entente particulière était payable «en échange des services rendus» plus tôt cette année-là. La décision déraisonnable comme norme de contrôle exige que l'on détermine si la décision en cause résiste à un examen assez poussé. Le défendeur ne s'est pas acquitté de l'obligation qui lui incombait d'établir qu'il était déraisonnable pour le conseil de conclure que la «prime à la signature» était payable «en échange des services rendus». La

Board's conclusion was not based on either an invalid inference drawn from the evidence or inconsistent premises. The terms on which the "signing bonus" was payable suggested that it was intended to reward employees for work already done, and to induce those employees to vote for ratification of the new collective agreement. The presence of the latter intention does not necessarily remove the "signing bonus" from subsection 36(4) unless, perhaps, it may be inferred that this was the dominant intention, which is precisely the kind of issue that boards of referees are well suited to decide, subject only to review for unreasonableness.

conclusion du conseil n'était pas fondée sur une inférence incorrecte qui avait été faite à partir de la preuve ou sur des prémisses incohérentes. Les conditions auxquelles la «prime à la signature» était payable donnent à entendre qu'elle visait à récompenser les employés pour le travail déjà accompli et à induire ces employés-là à voter en faveur de la ratification de la nouvelle convention collective. La présence de cette dernière intention n'a pas nécessairement pour effet de soustraire la «prime à la signature» à l'application du paragraphe 36(4), à moins peut-être qu'il ne soit possible d'inférer que telle était l'intention dominante, et il s'agit là précisément du genre de question que les conseils arbitraux sont particulièrement aptes à trancher, sous réserve uniquement d'un examen visant à déterminer si la décision était déraisonnable.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 3(1).  
*Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, ss. 111(1),(2),(3),(4)(a),(b),(c), 112(1),(2) (as am. by S.C. 1998, c. 19, s. 270), (7),(8), 113, 114(3), 115(2)(a),(b),(c).  
*Employment Insurance Regulations*, SOR/96-332, ss. 36(4),(19)(b), 78(1), 79, 80, 83(1), 85, 86.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5), 28 (as am. *idem*, s. 8).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 50 Admin. L.R. (2d) 199; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *Housen v. Nikolaisen* (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 286 N.R. 1 (S.C.C.).

##### DISTINGUISHED:

*Ostonal v. Canada (Unemployment Insurance Commission)* (1991), 139 N.R. 75 (F.C.A.); *Unemployment Benefits Commission v. United Steelworkers of America* (1994), CUB 27135.

##### CONSIDERED:

*Gill* (1998), CUB 41845; *Pleau v. Canada (Employment and Immigration Commission)* (1996), 144 D.L.R. (4th) 473; 209 N.R. 243 (F.C.A.).

##### REFERRED TO:

*Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 13 Admin. L.R. (2d)

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 3(1).  
*Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, art. 111(1),(2),(3),(4)(a),(b),(c), 112(1),(2) (mod. par L.C. 1998, ch. 19, art. 270), (7) (mod. par L.C. 1999, ch. 31, art. 81), (8), 113, 114(3), 115(2)(a),(b),(c).  
*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 (mod., *idem*, art. 8).  
*Règlement sur l'assurance-emploi*, DORS/96-332, art. 36(4),(19)(b), 78(1), 79, 80, 83(1), 85, 86.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 50 Admin. L.R. (2d) 199; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *Housen c. Nikolaisen* (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 286 N.R. 1 (C.S.C.).

##### DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*Ostonal c. Canada (Commission d'assurance-chômage)* (1991), 139 N.R. 75 (C.A.F.); *Unemployment Benefits Commission c. United Steelworkers of America* (1994), CUB 27135.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Gill* (1998), CUB 41845; *Pleau c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)* (1996), 144 D.L.R. (4th) 473; 209 N.R. 243 (C.A.F.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 13 Admin. L.R. (2d)

1; 46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R.1; *Abrahams v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 2; (1983), 142 D.L.R. (3d) 1; 83 CLLC 14,010; 46 N.R. 185; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; (1988), 48 D.L.R. (4th) 193; 30 Admin. L.R. 187; 88 CLLC 14,011; 84 N.R. 86; *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298; (1998), 163 D.L.R. (4th) 385; [1998] 4 C.T.C. 119; 98 DTC 6505; 229 N.R. 58; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; (1999), 178 D.L.R. (4th) 26; 99 DTC 5669; 247 N.R. 19.

1; 46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R. 1; *Abrahams c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 2; (1983), 142 D.L.R. (3d) 1; 83 CLLC 14,010; 46 N.R. 185; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; (1988), 48 D.L.R. (4th) 193; 30 Admin. L.R. 187; 88 CLLC 14,011; 84 N.R. 86; *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298; (1998), 163 D.L.R. (4th) 385; [1998] 4 C.T.C. 119; 98 DTC 6505; 229 N.R. 58; *Shell Canada Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; (1999), 178 D.L.R. (4th) 26; 99 DTC 5669; 247 N.R. 19.

## AUTHORS CITED

Law Reform Commission of Canada. *Unemployment Insurance Benefits: A Study of Administrative Procedure in the Unemployment Insurance Commission*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1977.

APPLICATION for judicial review of an Umpire's decision (*Budhai* 2001, CUB 52055) dismissing a decision of a Board of Referees which had allowed an appeal from a determination by the Canada Employment Insurance Commission that a bonus for signing the collective agreement paid while the applicant was laid-off and in receipt of employment insurance benefits had to be included in earnings for the week in which the collective agreement was ratified. Application allowed.

## APPEARANCES:

*Lewis N. Gottheil* for applicants.  
*Derek Edwards* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*CAW — Canada Legal Department*, Toronto, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

EVANS J.A.:

## DOCTRINE

Commission de réforme du droit du Canada. *Les prestations d'assurance-chômage: une étude de la procédure administrative à la Commission d'assurance-chômage*. Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1977.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision d'un juge-arbitre (*Budhai* 2001, CUB 52055) rejetant la décision dans laquelle un conseil arbitral avait fait droit à l'appel interjeté contre une décision rendue par la Commission de l'assurance-emploi du Canada selon laquelle une prime à la signature d'une convention collective versée au demandeur alors qu'il était en disponibilité et qu'il touchait des prestations d'assurance-emploi devait être incluse dans la rémunération payable pour la semaine où la convention collective avait été ratifiée. Demande accueillie.

## ONT COMPARU:

*Lewis N. Gottheil* pour les demandeurs.  
*Derek Edwards* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Contentieux, TCA — Canada*, Toronto, pour les demandeurs.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

LE JUGE ÉVANS, J.C.A.:

## A. INTRODUCTION

[1] This is an application for judicial review by Ray Budhai to set aside a decision (CUB 52055), dated July 10, 2001, in which an Umpire allowed an appeal by the Canada Employment Insurance Commission against a decision of a Board of Referees, dated December 5, 2000. The Board had allowed an appeal by Mr. Budhai from a determination by the Commission that he had been overpaid employment insurance benefits during a period of lay-off.

[2] Mr. Budhai brings this application on behalf of himself and 150 others who are similarly situated and have agreed to be bound by the result. Another 110 employees will also benefit if Mr. Budhai's application is successful. As a result of a motion made at the hearing of the application, the style of cause was amended by naming the Attorney General of Canada as the respondent, instead of the Minister of Human Resources Development.

[3] The substantive issue in this application is the characterization of a \$1,000 "signing bonus" that Mr. Budhai's employer, General Motors of Canada Limited (GM), had agreed to pay to employees if they ratified the collective agreement that the Canadian Auto Workers (CAW) had negotiated with it on behalf of, among others, Mr. Budhai's bargaining agent, CAW, Local 222.

[4] If the "signing bonus" falls under subsection 36(4) of the *Employment Insurance Regulations*, SOR/96-332, (Regulations) as "[e]arnings . . . payable . . . under a contract of employment for the performance of services", as the Board of Referees found, it must be allocated to the period in which the services were performed. In this eventuality, Mr. Budhai did not receive an overpayment of benefits at the time that the collective agreement was ratified.

## A. INTRODUCTION

[1] Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire présentée par Ray Budhai en vue de l'annulation d'une décision (CUB 52055) en date du 10 juillet 2001 par laquelle un juge-arbitre avait accueilli l'appel interjeté par la Commission de l'assurance-emploi du Canada contre une décision rendue par un conseil arbitral le 5 décembre 2000. Le conseil avait accueilli l'appel interjeté par M. Budhai contre une décision de la Commission portant que celui-ci avait reçu des versements excédentaires de prestations au cours d'une période de disponibilité.

[2] M. Budhai présente cette demande en son nom personnel et au nom de 150 autres assurés qui sont dans la même situation que lui et qui ont convenu d'être liés par le résultat de l'instance. Cent dix autres assurés tireront également parti de toute décision rendue en faveur de M. Budhai. Par suite d'une requête qui a été présentée à l'audition de la demande, l'intitulé de la cause a été modifié et le procureur général du Canada a été désigné à titre de défendeur à la place du ministre du Développement des ressources humaines.

[3] La question fondamentale qui se pose dans cette demande se rapporte à la façon dont est qualifiée une [TRADUCTION] «prime à la signature» de 1 000 \$ que l'employeur de M. Budhai, General Motors du Canada Limitée (GM), s'était engagé à verser aux employés s'ils ratifiaient la convention collective que les Travailleurs et travailleuses canadien(ne)s de l'automobile (TCA) avaient négociée entre autres pour le compte de l'agent négociateur représentant M. Budhai, la section locale 222 de TCA.

[4] Si la «prime à la signature» est visée au paragraphe 36(4) du *Règlement sur l'assurance-emploi*, DORS/96-332 (le Règlement) à titre de «rémunération payable au prestataire aux termes d'un contrat de travail en échange des services rendus» comme l'a conclu le conseil arbitral, elle doit être répartie sur la période pendant laquelle les services ont été fournis. En pareil cas, M. Budhai n'a pas touché de versements excédentaires de prestations au moment où la convention collective a été ratifiée.

[5] However, if, as the Umpire held, paragraph 36(19)(b) applies, the \$1,000 “signing bonus” arose “from a transaction” (namely, the ratification of the collective agreement), in which case it is allocated to the period when the collective agreement was ratified, October 25, 1999, and Mr. Budhai must repay the overpayment of benefits that he was receiving at that time.

## B. FACTUAL BACKGROUND

[6] Mr. Budhai was laid off by GM on September 24, 1999, because of a shortage of work. He established a claim for employment insurance benefits on September 26, 1999. He was still laid off, and in receipt of benefits, when GM and CAW concluded a collective agreement, effective October 25, 1999. The “signing bonus” agreed to in the letter of agreement also became payable on that date, although it was not actually paid to inactive employees, such as Mr. Budhai, until February 24, 2000.

[7] In a letter dated March 21, 2000, the Commission advised Mr. Budhai that, on the basis of information received from GM, the total earnings allocated to him for the week beginning October 25, 1999, had been increased from \$0 to \$1,000, the amount of the signing bonus that he had received. Accordingly, Mr. Budhai was required to repay benefits that he should not have received following the ratification of the agreement. The Commission proposed to recover the overpayment by deducting 50% of his weekly benefit.

[8] Mr. Budhai’s appeal of this decision to the Board of Referees was allowed on December 5, 2000. In a unanimous decision, the Board found that subsection 36(4) could apply to earnings payable under a contract different from that under which the services had been performed, because it refers to earnings payable to a claimant under “a” contract of employment.

[9] The Board inferred from the fact that employees who had worked in the relevant period were eligible for

[5] Toutefois si, comme le juge-arbitre l’a conclu, c’est l’alinéa 36(19)b qui s’applique, la «prime à la signature» de 1 000 \$ résultait «d’une opération» (à savoir la ratification de la convention collective), auquel cas cette prime est répartie sur la période pendant laquelle la convention collective a été ratifiée, le 25 octobre 1999, et M. Budhai doit rembourser les versements excédentaires de prestations qu’il a reçus à ce moment-là.

## B. LE CONTEXTE FACTUEL

[6] GM a mis M. Budhai en disponibilité le 24 septembre 1999 à cause d’une pénurie de travail. M. Budhai a formulé une demande de prestations le 26 septembre 1999. Il était encore en disponibilité et il touchait encore des prestations lorsque GM et TCA ont conclu une convention collective, qui est entrée en vigueur le 25 octobre 1999. La «prime à la signature» dont il avait été convenu dans la lettre d’entente est également devenue payable à cette date, même si en fait elle n’a été versée aux employés inactifs, comme M. Budhai, que le 24 février 2000.

[7] Dans une lettre en date du 21 mars 2000, la Commission a informé M. Budhai que, compte tenu des renseignements reçus de GM, le total de la rémunération qui lui avait été attribuée pour la semaine du 25 octobre 1999 avait été porté de 0 \$ à 1 000 \$, soit le montant de la prime à la signature qu’il avait reçue. M. Budhai était donc tenu de rembourser les prestations qu’il n’aurait pas dû toucher à la suite de la ratification de la convention. La Commission a proposé de recouvrer le versement excédentaire en retenant un montant représentant 50 p. 100 de ses prestations hebdomadaires.

[8] L’appel que M. Budhai a interjeté contre cette décision devant le conseil arbitral a été accueilli le 5 décembre 2000. Dans une décision unanime, le conseil a conclu que le paragraphe 36(4) pouvait s’appliquer à la rémunération payable en vertu d’un contrat différent de celui en vertu duquel les services avaient été rendus, parce qu’il est fait mention de la rémunération payable au prestataire en vertu d’«un» contrat de travail.

[9] En se fondant sur le fait que les employés qui avaient travaillé pendant la période pertinente avaient



the “signing bonus”, while those who had not were ineligible, that the agreement was “a legitimate contract of employment” for the purpose of subsection 36(4). Further, since subsection 36(4) was applicable, and subsection 36(19) only applies “[w]here a claimant has earnings to which none of subsections (1) to (18) apply”, it was unnecessary to determine whether paragraph 36(19)(b) applied.

[10] Central to this dispute are the terms of the unpublished letter of agreement, dated October 19, 1999, that is, less than a week before ratification of the collective agreement. In that letter, GM agreed to pay a \$1,000 “signing bonus” to all active and inactive employees, including retirees, in the specified bargaining units (including Mr. Budhai’s), who had not been terminated at the date of the agreement and had worked hours between January 1 and October 19, 1999. The “signing bonus” only became payable if the collective agreement was ratified.

[11] In addition, a schedule to the master agreement between GM and CAW provided for “special payments” which, unlike the “signing bonus”, were only payable to employees who had worked a minimum of 1,000 hours that year and were prorated for every 50 hours less than 1,000 that an employee had worked. They were to be payable every year at a date to be agreed by the parties.

### C. THE UMPIRE’S DECISION

[12] On the Commission’s appeal of the Board’s decision, the Umpire cited decisions that had held that a signing bonus constitutes earnings arising from a transaction, including a decision of this Court, *Ostonal v. Canada (Unemployment Insurance Commission)* (1991), 139 N.R. 75 (F.C.A.). Apparently on the basis of these authorities, and of his review of the material, the Umpire concluded that paragraph 36(19)(b) applied.

droit à la «prime à la signature», alors que ceux qui n’avaient pas travaillé n’y avaient pas droit, le conseil a inféré que l’entente était [TRADUCTION] «un contrat de travail légitime» pour l’application du paragraphe 36(4). En outre, étant donné que le paragraphe 36(4) était applicable et puisque le paragraphe 36(19) du Règlement s’applique uniquement dans le cas de «[l]a rémunération non visée aux paragraphes (1) à (18)», il n’était pas nécessaire de déterminer si l’alinéa 36(19)(b) s’appliquait.

[10] Le libellé de la lettre d’entente non publiée en date du 19 octobre 1999, soit moins d’une semaine avant la ratification de la convention collective, a une importance cruciale dans le présent litige. Dans cette lettre, GM s’engageait à verser une «prime à la signature» de 1 000 \$ à tous les employés actifs et inactifs, y compris les employés retraités, membres des unités de négociation désignées (dont celle dont M. Budhai) qui n’avaient pas fait l’objet d’une cessation d’emploi à la date de la convention et qui avaient effectué des heures de travail entre le 1<sup>er</sup> janvier et le 19 octobre 1999. La «prime à la signature» était payable uniquement si la convention collective était ratifiée.

[11] De plus, une annexe jointe à la convention collective cadre conclue entre GM et TCA prévoyait des [TRADUCTION] «paiements spéciaux» qui, contrairement à la «prime à la signature», étaient payables uniquement aux employés qui avaient accompli au moins 1 000 heures de travail cette année-là et qui étaient effectués au prorata pour chaque période de 50 heures inférieure aux 1 000 heures travaillées par un employé. Ces paiements devaient être versés chaque année à la date dont les parties avaient convenu.

### C. LA DÉCISION DU JUGE-ARBITRE

[12] Dans l’appel que la Commission a interjeté contre la décision du conseil, le juge-arbitre a mentionné des décisions dans lesquelles il avait été statué que la prime à la signature constitue une rémunération résultant d’une opération, notamment un arrêt de la Cour, *Ostonal c. Canada (Commission de l’assurance-chômage)* (1991), 139 N.R. 75 (C.A.F.). En se fondant apparemment sur ces décisions et sur son examen de la

Consequently, he allowed the appeal and restored the decision of the insurance officer.

#### D. LEGISLATIVE FRAMEWORK

[13] The following statutory provisions are relevant to this application.

##### *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23

**111.** (1) There shall be boards of referees, consisting of a chairperson and one or more members chosen from employers or representatives of employers and an equal number of members chosen from insured persons or representatives of insured persons.

(2) The chairperson of a board of referees shall be appointed by the Governor in Council for a renewable term of three years and may be removed at any time by the Governor in Council for cause.

(3) Panels of employers and their representatives and insured persons and their representatives shall be established by the Commission, and the members of the boards of referees shall be selected from those panels in the prescribed manner.

(4) The following amounts, as approved by the Treasury Board, shall be paid:

(a) remuneration to the chairperson and members of a board of referees;

(b) travel, subsistence and other allowances, including compensation for loss of remunerative time, to the chairperson and members and to any other person required to attend before the board; and

(c) any other expenses in connection with the operation of the board.

...

**114.** . . .

(3) 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.

...

**115.** . . .

(2) The only grounds of appeal are that

(a) the board of referees failed to observe a principle of natural justice or otherwise acted beyond or refused to exercise its jurisdiction;

documentation, le juge-arbitre a conclu que l'alinéa 36(19)b) s'appliquait. Par conséquent, il a accueilli l'appel et a rétabli la décision de l'agent d'assurance.

#### D. LE CONTEXTE LÉGISLATIF

[13] Les dispositions législatives ci-après énoncées sont ici pertinentes:

##### *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23

**111.** (1) Sont créés des conseils arbitraux, composés d'un président ainsi que d'un ou plusieurs membres choisis parmi les employeurs ou leurs représentants et d'autant de membres choisis parmi les assurés ou leurs représentants.

(2) Les présidents des conseils arbitraux sont nommés par le gouverneur en conseil pour un mandat renouvelable de trois ans. Ils peuvent à tout moment faire l'objet d'une révocation motivée de la part du gouverneur en conseil.

(3) La Commission dresse des listes des employeurs et de leurs représentants, ainsi que des assurés et de leurs représentants. Les membres des conseils arbitraux sont choisis de la manière prévue par règlement parmi les personnes inscrites sur ces listes.

(4) La rémunération à verser au président et aux autres membres d'un conseil arbitral ainsi que les indemnités de déplacement, de séjour et autres, dont l'indemnité pour manque à gagner, à verser à un président, un membre de conseil arbitral ou toute autre personne requise de se présenter devant le conseil, et les autres dépenses à faire pour le fonctionnement d'un conseil arbitral sont celles qu'approuve le Conseil du Trésor.

[ . . . ]

**114.** [ . . . ]

(3) La décision d'un conseil arbitral doit être consignée. Elle comprend un exposé des conclusions du conseil sur les questions de fait essentielles.

[ . . . ]

**115.** [ . . . ]

(2) Les seuls moyens d'appel sont les suivants:

a) le conseil arbitral n'a pas observé un principe de justice naturelle ou a autrement excédé ou refusé d'exercer sa compétence;

(b) the board of referees erred in law in making its decision or order, whether or not the error appears on the face of the record; or

(c) the board of referees based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it.

*Employment Insurance Regulations, SOR/96-332*

36. . . .

(4) Earnings that are payable to a claimant under a contract of employment for the performance of services shall be allocated to the period in which the services were performed.

. . .

(19) Where a claimant has earnings to which none of subsections (1) to (18) apply, those earnings shall be allocated

(a) if they arise from the performance of services, to the period in which the services are performed; and

(b) if they arise from a transaction, to the week in which the transaction occurs.

E. ISSUES AND ANALYSIS

[14] I can identify at the outset what is not in dispute in this application. First, subsections 36(4) and 36(19) apply only to “earnings” and it is common ground that the “signing bonus” in the letter of agreement constitutes “earnings” for this purpose.

[15] Second, as a matter of statutory interpretation, subsection 36(4) is capable of applying to an agreement to pay an additional amount for services that a person had already rendered under another agreement. The authority for this proposition is *Ostonal, supra*, where Mahoney J.A. said (at page 76) that the predecessors of the provisions of the Regulations applicable to the case at bar “are cast in retrospective, not prospective terms; they refer to services already performed, not services to be performed”. As the Board of Referees pointed out, this conclusion is supported by the fact that subsection 36(4) speaks of earnings payable under “a contract of employment”, not the contract of employment under which the services had been performed.

b) le conseil arbitral a rendu une décision ou une ordonnance entachée d’une erreur de droit, que l’erreur ressorte ou non à la lecture du dossier;

c) le conseil arbitral a fondé sa décision ou son ordonnance sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance.

*Règlement sur l’assurance-emploi, DORS/96-332*

36. [ . . . ]

(4) La rémunération payable au prestataire aux termes d’un contrat de travail en échange des services rendus est répartie sur la période pendant laquelle ces services ont été fournis.

[ . . . ]

(19) La rémunération non visée aux paragraphes (1) à (18) est répartie:

a) si elle est reçue en échange de services, sur la période où ces services ont été fournis;

b) si elle résulte d’une opération, sur la semaine où l’opération a eu lieu.

E. POINTS LITIGIEUX ET ANALYSE

[14] J’indiquerai au départ ce qui n’est pas en litige dans cette demande. Premièrement, les paragraphes 36(4) et 36(19) s’appliquent uniquement à la «rémunération»; or, il est reconnu que la «prime à la signature» mentionnée dans la lettre d’entente constitue une «rémunération» à cette fin.

[15] Deuxièmement, sur le plan de l’interprétation de la loi, le paragraphe 36(4) peut s’appliquer à une entente visant le paiement d’un montant additionnel pour les services qu’un employé avait déjà fournis en vertu d’une autre entente. L’arrêt qui fait autorité à cet égard est l’arrêt *Ostonal*, précité, dans lequel M. le juge Mahoney, J.C.A. a dit (à la page 76) que les alinéas du Règlement qui étaient en vigueur avant ceux qui s’appliquent à la présente espèce «[étaient] formulés de telle sorte qu’ils visent le passé et non l’avenir; ils font référence à des services qui ont été fournis, non à des services à venir». Comme le conseil arbitral l’a signalé, cette conclusion est étayée par le fait que le paragraphe 36(4) fait mention de la rémunération payable aux termes d’«un contrat de travail» et non aux termes du contrat de travail en vertu duquel les services avaient été rendus.

[16] However, a different view seems to have been taken in *Gill* (1998), CUB 41845 by my colleague, Noël J. (as he then was), when sitting as an Umpire. In rejecting the employer's argument in that case that the bonus was payable for services that had been performed and, accordingly, should be allocated to that period, Noël J. said (at page 3):

While I agree that the payment was tied to the performance of past services, it is important to note that there was no entitlement to it when these services were actually performed. What created this entitlement is the subsequent agreement whereby Abitibi agreed to make the payment albeit by reference to prior services. It necessarily follows in my view that the payments "arise from" this agreement as it is the agreement that has created the entitlement.

[17] The decision in *Ostonal*, *supra*, was not discussed. If this passage means that a retroactive wage increase or any other kind of enhanced remuneration for work already done cannot be "for the performance of services" within the meaning of subsection 36(4), then, in my respectful opinion, it goes too far.

[18] Third, although the letter of agreement containing GM's promise to pay the \$1,000 was not included in the main body of the master agreement, the signing bonus was contained in a "contract of employment" for the purpose of subsection 36(4). Counsel for Mr. Budhai submitted that, as a written agreement between an employer and a bargaining agent containing provisions respecting terms and conditions of employment, the letter of agreement was a "collective agreement" as defined in subsection 3(1) of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2. A collective agreement is a contract of employment for the purpose of subsection 36(4).

Issue 1 Did the Board of Referees err in law in failing to provide a "statement of the findings of the board on questions of fact material to the decision"?

[19] In the memorandum of fact and law submitted on behalf of the respondent, it was argued that the Umpire

[16] Toutefois, un point de vue différent semble avoir été adopté dans la décision *Gill* (1998), CUB 41845 par mon collègue, M. le juge Noël (tel était alors son titre), siégeant à titre de juge-arbitre. En rejetant l'argument de l'employeur selon lequel la prime, dans ce cas-là, était payable pour les services qui avaient été rendus et qu'elle devait donc être répartie sur cette période, le juge Noël a dit ce qui suit (à la page 3):

Bien que je convienne que le paiement était relié à des services passés, il importe de noter qu'il n'existait aucun droit à ce paiement lorsque ces services ont été rendus réellement. Ce qui a créé ce droit, c'est la convention subséquente par laquelle Abitibi a convenu de verser le paiement en se référant à des services antérieurs. Il s'ensuit nécessairement, selon moi, que le paiement «découle» de cette convention, car c'est la convention qui a créé le droit.

[17] Il n'a pas été question de la décision rendue dans l'affaire *Ostonal*, précitée. Si ce passage signifie qu'une augmentation de salaire rétroactive ou un autre genre d'augmentation du traitement pour du travail déjà exécuté ne peut pas se rapporter aux «services rendus» au sens du paragraphe 36(4), cela va à mon avis trop loin.

[18] Troisièmement, même si la lettre d'entente renfermant la promesse de GM de payer les 1 000 \$ n'était pas incluse dans le corps de la convention collective cadre, la prime à la signature était mentionnée dans un «contrat de travail» pour l'application du paragraphe 36(4). L'avocat de M. Budhai a soutenu qu'en tant qu'entente écrite entre l'employeur et l'agent négociateur contenant les dispositions relatives aux conditions d'emploi, la lettre d'entente était une «convention collective» au sens du paragraphe 3(1) du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2. Or, une convention collective est un contrat de travail pour l'application du paragraphe 36(4).

Première question: Le conseil arbitral a-t-il commis une erreur de droit en ne donnant pas un «exposé des conclusions du conseil sur les questions de fait essentielles»?

[19] Dans l'exposé des faits et du droit qui a été soumis pour le compte du défendeur, il a été soutenu

was correct to allow the appeal because the Board had erred in law by failing to discharge its duty under subsection 114(3) of the *Employment Insurance Act*, to provide a “statement of the findings of the board on questions of fact material to the decision”. In particular, it was said, the Board did not make a finding that the bonus was paid for the performance of services.

[20] In oral argument, counsel did not press this point with much enthusiasm, and rightly so. Indeed, the Commission appears not to have raised it before the Umpire. The very issue considered by the Board was whether the “signing bonus” was payable for the performance of services for the purpose of subsection 36(4). After providing thoughtful reasons indicating a good grasp of the issues, the Board concluded that subsection 36(4) applied. In these circumstances, it was unnecessary for the Board to state expressly that it found that the bonus was paid for the performance of services.

[21] There is no merit in the respondent’s position on this issue and the Umpire’s decision cannot be supported on this ground.

## Issue 2 The Standard of Review

[22] The decision under review in this application is, of course, that of the Umpire. However, in order to determine whether the Umpire committed a reviewable error, it is necessary to decide what standard of review the Umpire should have applied to the decision of the Board of Referees. The parties agree that the Court must determine on a standard of correctness whether the Umpire erred in his selection of the standard by which to review the Board’s decision.

[23] Although the Umpire did not expressly advert to the applicable standard of review, it is clear that he afforded no deference to the Board’s decision: he allowed the appeal because he concluded that the signing bonus “arose from a transaction”. Inferentially, he seems to have decided that the Board had been wrong to characterize the signing bonus as payable “for the performance of services” and that the jurisprudence

que le juge-arbitre a eu raison d’accueillir l’appel parce que le conseil avait commis une erreur de droit en ne s’acquittant pas de l’obligation qui lui incombait en vertu du paragraphe 114(3) de la *Loi sur l’assurance-emploi*, de donner un «exposé des conclusions du conseil sur les questions de fait essentielles». En particulier, a-t-il été affirmé, le conseil n’a pas conclu que la prime était payée en échange des services rendus.

[20] Dans son argumentation orale, l’avocat n’a pas soulevé ce point avec beaucoup d’enthousiasme, et ce, avec raison. De fait, la Commission ne semble pas avoir soulevé la question devant le juge-arbitre. La question que le conseil a examinée était de savoir si la «prime à la signature» était payable en échange de services rendus pour l’application du paragraphe 36(4). Après avoir énoncé des motifs réfléchis indiquant qu’il comprenait bien les points litigieux, le conseil a conclu que le paragraphe 36(4) s’appliquait. Dans ces conditions, il n’était pas nécessaire que le conseil dise expressément qu’il avait conclu que la prime était payée en échange des services rendus.

[21] La position prise par le défendeur sur ce point est dénuée de fondement et la décision du juge-arbitre ne peut pas être fondée sur ce moyen.

## Deuxième question: La norme de contrôle

[22] Bien sûr, la décision visée par cette demande est celle du juge-arbitre. Toutefois, afin de déterminer si le juge-arbitre a commis une erreur susceptible de révision, il faut savoir quelle est la norme de contrôle que le juge-arbitre aurait dû appliquer à la décision du conseil arbitral. Les parties s’entendent pour dire que la Cour doit déterminer, selon la norme de la décision correcte, si le juge-arbitre a commis une erreur en choisissant la norme de contrôle à appliquer à la décision du conseil.

[23] Le juge-arbitre n’a pas expressément fait mention de la norme de contrôle applicable, mais il est clair qu’il n’a pas fait preuve de réserve à l’égard de la décision du conseil: il a accueilli l’appel parce qu’il a conclu que la prime à la signature «résultait d’une opération». Par déduction, il semble avoir décidé que le conseil avait eu tort de considérer la prime à la signature comme étant payable «en échange des services rendus» et que la

required the Board to reach a different result.

[24] In my respectful view, the Umpire committed three errors of law. First, he apparently failed to consider whether the signing bonus constituted earnings “payable . . . for the performance of services” for the purpose of subsection 36(4). Only if it did not could the Umpire consider whether paragraph 36(19)(b) applied. This was a methodological error in the approach to the application of the Act to the facts and as such is reviewable for correctness.

[25] Second, the Umpire erred in law to the extent that he inferred from the cases that he cited that, as a matter of law, a signing bonus payable to employees who had worked hours for the employer cannot be payable “for the performance of services”, but arises “from a transaction”. As counsel for the respondent conceded before us, the characterization of a signing bonus depends on the facts of each individual case.

[26] Third, on the basis of a pragmatic or functional analysis I have concluded that the Umpire should have reviewed on a standard of unreasonableness the Board’s characterization of the “signing bonus” as earnings payable “for the performance of services”. While normally applied to determine the standard of review to be applied by a generalist court to a specialist administrative agency, the pragmatic or functional approach seems to me to be equally apt for determining the proper decision-making roles of umpires and boards of referees, and, hence, the appropriate standard of review to be applied by the former to decisions of the latter. After all, the ultimate task in both situations is the same: to determine legislative intent by considering which body is better suited to decide the issue in dispute.

jurisprudence exigeait que le conseil arrive à un résultat différent.

[24] À mon avis, le juge-arbitre a commis trois erreurs de droit. Premièrement, il a apparemment omis de se demander si la prime à la signature constituait une rémunération «payable [. . .] en échange des services rendus» pour l’application du paragraphe 36(4). Ce n’est que dans le cas où la prime ne constituait pas une rémunération que le juge-arbitre pouvait déterminer si l’alinéa 36(19)b) s’appliquait. Il s’agissait d’une erreur de méthodologie dans l’approche adoptée à l’égard de l’application de la Loi aux faits de l’affaire et, partant, cette erreur est susceptible d’être examinée pour qu’il soit déterminé si la décision était correcte.

[25] Deuxièmement, le juge-arbitre a commis une erreur de droit dans la mesure où il a inféré à partir des décisions qu’il a mentionnées qu’en droit, une prime à la signature payable aux employés qui avaient effectué des heures de travail pour l’employeur ne peut pas être payable «en échange des services rendus», mais résulte «d’une opération». Comme l’avocat du défendeur l’a concédé devant nous, la façon de qualifier une prime à la signature est fonction des faits propres à chaque affaire individuelle.

[26] Troisièmement, en me fondant sur l’analyse pragmatique ou fonctionnelle, j’ai conclu que le juge-arbitre aurait dû examiner selon la norme de la décision déraisonnable la façon dont le conseil avait qualifié la «prime à la signature» de rémunération payable «en échange des services rendus». Même si l’approche pragmatique ou fonctionnelle s’applique habituellement lorsqu’il s’agit de déterminer la norme de contrôle qu’un tribunal judiciaire généraliste doit appliquer à un organisme administratif spécialisé, cette approche me semble être tout aussi valable lorsqu’il s’agit de déterminer les fonctions décisionnelles que les juges-arbitres et les conseils arbitraux peuvent à juste titre exercer et, partant, la norme de contrôle que les juges-arbitres doivent appliquer aux conseils. Somme toute, la tâche finale dans les deux cas est la même: déterminer l’intention du législateur en se demandant quel organisme est le mieux placé pour trancher la question en litige.

(i) expertise of boards of referees and umpires

[27] A useful, if somewhat dated, description of the roles of boards of referees and umpires in the employment insurance appeal process is given by the Law Reform Commission of Canada, *Unemployment Insurance Benefits: A Study of Administrative Procedure in the Unemployment Insurance Commission* (Ottawa: Supply and Services Canada, 1977), chapters 4 and 5.

[28] Like other tribunals in the area of labour relations and employment, boards of referees are tripartite. They comprise three members: a chairperson, a nominee of employers or their representatives, and a nominee of insured persons or their representatives. Chairpersons are appointed by the Governor in Council for a renewable term of three years, subject to removal at any time by the Governor in Council for misconduct: Act, subsection 111(2). The Commission is required to maintain panels of persons nominated by employers and insured persons, or their representatives, and to select board members from each panel, normally on a rotational basis: Act, subsection 111(3); Regulations, subsection 78(1).

[29] Chairpersons and board members sit on a part-time basis, generally in the area where they live. They are remunerated, and have their costs reimbursed, in accordance with a scale established by the Treasury Board: Act, subsection 111(4).

[30] Appeals from the Commission to a board of referees are in writing, unless a request is made for an oral hearing: Regulations, sections 79 and 80. Chairpersons establish the procedure to be followed at hearings (Regulations, subsection 80(7)), subject to a duty to give "each of the parties interested in an appeal a reasonable opportunity to make representations concerning any matter before the board" (Regulations, subsection 83(1)).

(i) L'expertise des conseils arbitraux et des juges-arbitres

[27] Une description utile, même si elle a été faite il y a un certain temps, des fonctions qui incombent aux conseils arbitraux et aux juges-arbitres dans une procédure d'appel en matière d'assurance-emploi figure dans le document de la Commission de réforme du droit du Canada, intitulé *Les prestations d'assurance-chômage: une étude de la procédure administrative à la Commission d'assurance-chômage* (Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1977), chapitres 4 et 5.

[28] Comme les autres tribunaux dans le domaine des relations de travail et de l'emploi, les conseils arbitraux sont des conseils tripartites. Ils sont composés de trois membres; un président, un membre choisi parmi les employeurs ou leurs représentants et un membre choisi parmi les assurés ou leurs représentants. Les présidents sont nommés par le gouverneur en conseil pour un mandat renouvelable de trois ans et peuvent à tout moment faire l'objet d'une révocation pour inconduite de la part du gouverneur en conseil: paragraphe 111(2) de la Loi. La Commission est tenue de dresser des listes des personnes désignées par les employeurs et par les assurés, ou par leurs représentants, et de choisir les membres des conseils arbitraux parmi les personnes inscrites sur chacune des listes établies, normalement à tour de rôle: paragraphe 111(3) de la Loi; paragraphe 78(1) du Règlement.

[29] Le président et les membres du conseil siègent à temps partiel, généralement dans la région où ils vivent. Ils sont rémunérés et dédommagés de leurs frais conformément à un barème fixé par le Conseil du Trésor: paragraphe 111(4) de la Loi.

[30] L'appel d'une décision de la Commission interjeté devant un conseil arbitral est formulé par écrit, à moins qu'une audience ne soit demandée: articles 79 et 80 du Règlement. Le président décide de la procédure à suivre à l'audience (paragraphe 80(7) du Règlement), sous réserve de l'obligation de donner «à chacune des parties en cause dans un appel la possibilité de présenter ses arguments au sujet de toute affaire dont il est saisi» (paragraphe 83(1) du Règlement).

[31] Umpires are judges or former judges and are assigned *ad hoc* to decide appeals from boards of referees: Act, subsections 112(1) and (2) [as am. by S.C. 1998, c. 19, s. 270]. The Governor in Council may appoint a chief umpire from among the umpires to supervise the work of the umpires: Act, subsections 112(7) and (8). Like boards of referees, umpires are part-time.

[32] Appeals to umpires from decisions of boards of referees are in writing, although an oral hearing is held when requested: Regulations, sections 85 and 86. The Act provides that the technical rules of evidence do not apply to these hearings, which must be conducted as informally and expeditiously as the circumstances and fairness permit: Act, section 113.

[33] In summary, the expertise of both boards of referees and umpires is circumscribed by the strictly adjudicative nature of their functions in the administration of the employment insurance scheme, and by the fact that they perform these functions *ad hoc* on a part-time basis: compare *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at pages 584-585. On the other hand, both are independent of the Commission and, when requested, must make their decisions on the basis of an informal but fully participatory oral hearing.

[34] However, differences in the composition of the two bodies point to different areas of expertise. Thus, because they are appointed from persons nominated by employers and insured persons, or their representatives, members of boards of referees may be expected to have a knowledge of employment and related matters which they are to use to assist them in making their decisions. The representative and local nature of boards is calculated to lend a degree of acceptability to their decisions. Umpires, however, can claim both the legal expertise that comes with their judicial experience, as well as a certain familiarity with this particular statutory scheme.

[31] Les juges-arbitres sont des juges en place ou d'anciens juges qui sont spécialement désignés pour statuer sur les appels interjetés à l'encontre des conseils arbitraux: paragraphes 112(1) et (2) [mod. par L.C. 1998, ch. 19, art. 270] de la Loi. Le gouverneur en conseil peut désigner l'un des juges-arbitres au poste de juge-arbitre en chef pour qu'il supervise l'activité de ces derniers: paragraphes 112(7) [mod. par L.C. 1999, ch. 31, art. 81] et (8) de la Loi. Comme les conseils arbitraux, les juges-arbitres siègent à temps partiel.

[32] L'appel interjeté contre la décision d'un conseil arbitral est formulé par écrit devant le juge-arbitre, mais une audience peut être tenue sur demande: articles 85 et 86 du Règlement. La Loi prévoit que les règles de forme relatives à la présentation de la preuve ne s'appliquent pas à ces audiences, qui doivent être tenues d'une façon aussi simple et rapide que le permettent les circonstances et l'équité: article 113 de la Loi.

[33] En résumé, l'expertise des conseils arbitraux et des juges-arbitres est circonscrite par la nature strictement décisionnelle de leurs fonctions dans le cadre de l'administration du système de l'assurance-emploi et par le fait que les conseils et les juges-arbitres exercent ces fonctions à temps partiel de façon ponctuelle: comparer *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, aux pages 584 et 585. D'autre part, les conseils et les juges-arbitres sont indépendants de la Commission et, sur demande, ils doivent rendre leurs décisions dans le cadre d'une audience tenue d'une façon simple mais avec la pleine participation des parties.

[34] Toutefois, la composition différente des deux organismes indique que les domaines d'expertise sont différents. Par conséquent, puisqu'ils sont nommés parmi les personnes désignées par les employeurs et par les assurés, ou par leurs représentants, les membres des conseils arbitraux devraient avoir en matière d'emploi et en ce qui concerne les questions connexes des connaissances qu'ils doivent utiliser lorsqu'ils rendent leurs décisions. La nature représentative et locale des conseils est destinée à conférer un certain degré d'acceptabilité à l'égard des décisions rendues par ceux-ci. Toutefois, les juges-arbitres peuvent combiner l'expertise juridique qu'ils ont acquise par suite de leur



expérience judiciaire ainsi qu'une certaine connaissance de ce système législatif particulier.

(ii) nature of the issues in dispute

[35] In my opinion, the principal issue decided by the Board of Referees in this case is properly characterized as a question of mixed fact and law because it involves the application of the words “payable . . . for the performance of services” to the facts of the case and, in particular, to the letter of agreement setting out the terms of the “signing bonus”. See *Canada (Director of Investigations & Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at paragraph 35; and *Housen v. Nikolaisen* (2002), 211 D.L.R. (4th) 577 (S.C.C.), at paragraph 26.

[36] In *Pleau v. Canada (Employment and Immigration Commission)* (1996), 144 D.L.R. (4th) 473 (F.C.A.), at pages 476-477, Marceau J.A. similarly described as a question of mixed fact and law whether a lump sum payment should be characterized as made “on account of or in lieu of a pension”. On the other hand, in *Ostonal*, *supra*, Mahoney J.A. said (at page 76) that the determination that a payment arose “from a transaction” was a question of fact. However, in my respectful opinion, this view has been overtaken by the analysis of the Supreme Court of Canada in *Southam*, *supra*, and *Housen*, *supra*.

[37] However, it is possible to disentangle two relatively general propositions of law from the application of the statute to the facts of this case. First, subsection 36(4) of the Regulations is capable of applying to a sum that is payable for services already rendered under an earlier contract, and is additional to the remuneration provided by that contract. However, as explained earlier in these reasons, counsel for the respondent does not take issue with the correctness of this general principle: see paragraphs 15-17.

[38] A second general principle that counsel for the respondent contends is implicated in the Board's decision is that money may be payable “for the performance of services”, even though an employee

(ii) La nature des points litigieux

[35] À mon avis, la principale question sur laquelle le conseil arbitral devait statuer en l'espèce est à juste titre définie comme étant une question de fait et de droit parce qu'elle comporte l'application des mots «payable en échange des services rendus» aux faits de l'affaire et, en particulier, à la lettre d'entente énonçant les conditions relatives à la «prime à la signature». Voir *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, au paragraphe 35; et *Housen c. Nikolaisen* (2002), 211 D.L.R. (4th) 577 (C.S.C.), au paragraphe 26.

[36] Dans l'arrêt *Pleau c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)* (1996), 144 D.L.R. (4th) 473 (C.A.F.), aux pages 476 et 477, M. le juge Marceau, J.C.A. a décrit de la même façon comme étant une question de fait et de droit la question de savoir si un paiement forfaitaire doit être considéré comme étant effectué «au titre ou au lieu d'une pension». D'autre part, dans l'arrêt *Ostonal*, précité, le juge Mahoney a dit (à la page 76) que la détermination d'un paiement résultant «d'une opération» était une question de fait. Toutefois, à mon avis, cet avis a été supplanté par l'analyse que la Cour suprême du Canada a effectuée dans les arrêts *Southam* et *Housen*, précités.

[37] Il est cependant possible de dégager deux propositions de droit relativement générales de l'application de la loi aux faits de la présente espèce. En premier lieu, le paragraphe 36(4) du Règlement peut s'appliquer à une somme qui est payable en échange des services déjà rendus en vertu d'un contrat antérieur et vient s'ajouter à la rémunération prévue par ce contrat. Toutefois, comme il en a déjà été fait mention dans ces motifs, l'avocat du défendeur ne conteste pas le bien-fondé de ce principe général: voir les paragraphes 15 à 17.

[38] Un deuxième principe général qui, selon l'avocat du défendeur, est en cause dans la décision du conseil est que l'argent peut être payable «en échange des services rendus», même s'il n'est pas nécessaire qu'un

need not have worked a minimum number of hours to be eligible for it. I agree that, even though not articulated in the Board's reasons, this proposition can fairly be said to be implicit in its decision.

(iii) relating the expertise of the tribunals to the issues decided

[39] In my opinion, the representative nature of boards of referees is an indication that its area of expertise extends beyond mere fact-finding and can include the determination of questions of mixed fact and law involving the application of the employment insurance legislation to the facts of a given case. Deciding on which side of a somewhat imprecise line the characterization of the the "signing bonus" falls engages the kind of industrial relations experience or knowledge that many board members can be expected to have.

[40] Boards of referees function, in effect, as the jury in the administrative structure of the employment insurance scheme, albeit one that renders its decisions without receiving instructions on the law from a judge. Their tripartite composition helps to make their decisions acceptable to the parties. While umpires are no doubt more familiar than most judges with employment insurance legislation, their principal expertise comes from their general judicial work and they should defer on those aspects of a decision that are properly the province of the specialist "jury".

[41] I should note that in *Pleau, supra*, the Court rejected the applicant's submission that the umpire ought not to have interfered with the board of referees' characterization of a payment because it involved an assessment of the evidence and was thus at the heart of the board's role. Having rightly concluded that the issue in dispute was not merely factual, but was a question of mixed fact and law, the Court appears to have assumed, without undertaking a pragmatic or functional analysis, that the umpire was entitled to review the board's conclusion on a correctness standard. In my respectful opinion, however, *Pleau, supra*, can no longer be

employé ait effectué un nombre minimum d'heures de travail pour y avoir droit. Je souscris à l'avis selon lequel, même si cette proposition n'est pas énoncée en toutes lettres dans les motifs du conseil, il est à juste titre possible de dire qu'elle en fait implicitement partie.

(iii) Rapport entre l'expertise des tribunaux et les questions à trancher

[39] À mon avis, la nature représentative des conseils arbitraux indique que leur domaine d'expertise s'étend au-delà de la simple constatation des faits et peut inclure la détermination de questions de fait et de droit comportant l'application de la législation en matière d'assurance-emploi aux faits d'une affaire donnée. Pour déterminer de quel côté d'une ligne plutôt floue se trouve la désignation de la «prime à la signature», il faut avoir en matière de relations industrielles le genre d'expérience ou de connaissances que de nombreux membres des conseils devraient avoir.

[40] Les conseils arbitraux agissent en fait comme un jury dans la structure administrative du système d'assurance-emploi, quoique comme un jury qui rend ses décisions sans recevoir d'instructions d'un juge sur le droit. La composition tripartite des conseils les aide à rendre leurs décisions acceptables aux parties. Les juges-arbitres connaissent sans doute mieux que la plupart des juges la législation en matière d'assurance-emploi, mais ils tirent leur expertise principale de leur travail judiciaire général et ils devraient faire preuve de réserve à l'égard des aspects d'une décision qui relèvent carrément du «jury» spécialisé.

[41] J'aimerais faire remarquer que dans l'arrêt *Pleau*, précité, la Cour a rejeté la prétention du demandeur selon laquelle le juge-arbitre n'aurait pas dû modifier la façon dont le conseil arbitral avait qualifié un paiement parce que cela comportait une appréciation de la preuve et qu'elle était donc au cœur des fonctions incombant au conseil. Après avoir conclu avec raison que la question en litige ne portait pas simplement sur les faits, mais qu'il s'agissait plutôt d'une question de fait et de droit, la Cour semble avoir supposé, sans procéder à une analyse pragmatique ou fonctionnelle, que le juge-arbitre pouvait à bon droit examiner la conclusion

regarded as authoritative on the standard of review in light of the analysis subsequently adopted by the Supreme Court of Canada in *Southam*, *supra*.

[42] While the factual element of the task of applying the law to the facts of a given case calls for deference to boards of referees, the general legal expertise of umpires, as well as their knowledge of employment insurance legislation, indicate that their interpretation of the relevant statutory provisions should prevail over that of a board of referees, an adjudicative body that does not necessarily include a lawyer and sits only part-time.

(iv) the statutory language

[43] A broad right of appeal from a specialist tribunal is normally regarded as an indicator that the legislature intended the appellate body to subject decisions of the first-level tribunal to closer scrutiny than might otherwise be the case. While there is a right of appeal from a board of referees to an umpire, the grounds of appeal are unusually narrow: Act, subsection 115(2). They are identical to the grounds on which this Court reviewed proceedings of federal administrative tribunals under the old section 28 [now am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8] of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7]. Indeed, as a result of the expansion of the grounds of judicial review now contained in section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5], and generally applicable to proceedings in both divisions of the Federal Court (subsection 28(2)), decisions of umpires are now subject to a broader scope of review by this Court than decisions of boards of referees are by umpires.

du conseil selon la norme de la décision correcte. Toutefois, à mon avis, l'arrêt *Pleau*, précité, ne peut plus être considéré comme faisant autorité en ce qui concerne la question de la norme de contrôle, à la lumière de l'analyse subséquente adoptée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Southam*, précité.

[42] L'élément factuel de la tâche qui consiste à appliquer le droit aux faits d'une affaire donnée exige que l'on fasse preuve de réserve à l'égard des conseils arbitraux, mais l'expertise juridique générale des juges-arbitres ainsi que leur connaissance de la législation en matière d'assurance-emploi indiquent que leur interprétation des dispositions législatives pertinentes devrait l'emporter sur celle d'un conseil arbitral, qui est un organisme décisionnel n'incluant pas nécessairement un avocat et siégeant uniquement à temps partiel.

(iv) Le libellé de la loi

[43] Un droit général d'appel des décisions d'un tribunal spécialisé est normalement considéré comme indiquant que le législateur voulait que l'organisme d'appel assujettisse les décisions du tribunal de première instance à un examen plus approfondi que ce ne serait autrement le cas. Toute décision d'un conseil arbitral peut être portée en appel devant un juge-arbitre, mais les moyens d'appel sont, contrairement à ce qui est habituellement le cas, fort stricts: paragraphe 115(2) de la Loi. Ces moyens sont identiques à ceux qu'il était possible d'invoquer pour que la Cour examine les procédures engagées devant les tribunaux administratifs fédéraux en vertu de l'ancien article 28 [maintenant mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8] de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7]. De fait, par suite de l'élargissement des moyens susceptibles de donner lieu à un contrôle judiciaire qui sont maintenant prévus à l'article 18.1 [édicé par L.C. 1990, ch. 8, art. 5], lesquels sont généralement applicables aux instances engagées devant les deux sections de la Cour fédérale (paragraphe 28(2)), l'étendue du pouvoir d'examen par la Cour des décisions rendues par les juges-arbitres est maintenant plus vaste que dans le cas des décisions des conseils arbitraux susceptibles d'être examinées par les juges-arbitres.

[44] In short, I take the narrow grounds of appeal contained in subsection 115(2) to be an indication that Parliament did not intend umpires to review on a correctness standard matters that are not purely legal in nature.

(v) purposes of the statutory scheme

[45] All the indications are that Parliament intended to create a decision-making regime for the employment insurance scheme that is easy for insured persons to access without incurring the expense of legal representation. The procedure before both the board of referees and the umpire is to be informal. Moreover, expeditious decision-making is also important in the context of this scheme. Those appealing an adverse benefits decision by the Commission will often have limited financial resources and need any mistakes to be rectified quickly, without the delays likely to result from *de novo* appeals on questions that are not purely legal. Moreover, Parliament cannot have intended resources to be wasted by umpires duplicating the work of boards of referees.

[46] I regard this element of the pragmatic or functional analysis as indicative of Parliament's intention that umpires should not reverse a board simply because they disagree with an aspect of its decision that involves a question of mixed fact and law on which they cannot claim superior expertise, unless, of course, the board's application of the statute to the facts is unreasonable.

(vi) conclusion

[47] On the basis of the factors considered above, I conclude that umpires ought to show restraint when determining whether a board of referees has erred in law in applying the statute to the facts on a matter within their expertise. However, the absence of a strong privative clause, the adjudicative nature of the board's functions, and its lack of legal expertise, lead me to conclude that unreasonableness *simpliciter*, and not patent unreasonableness, is the appropriate

[44] Bref, j'estime que les moyens stricts d'appel prévus au paragraphe 115(2) indiquent que le législateur ne voulait pas que les juges-arbitres examinent selon la norme de la décision correcte les affaires qui ne sont pas purement de nature juridique.

(v) Buts du système législatif

[45] Tout indique que le législateur voulait créer, pour le système de l'assurance-emploi, un régime décisionnel auquel les assurés peuvent facilement avoir accès sans engager les frais que comporte la représentation par un avocat. La procédure devant le conseil arbitral et le juge-arbitre doit être de nature informelle. En outre, une prise de décision rapide est également importante dans le contexte de ce système. Les employés qui en appellent d'une décision défavorable rendue par la Commission au sujet des prestations ont bien souvent des ressources financières restreintes et doivent faire corriger rapidement toute erreur, sans avoir à subir les retards auxquels peuvent donner lieu les nouveaux appels portant sur des questions qui ne sont pas purement de nature juridique. En outre, le législateur ne peut pas avoir voulu que des ressources soient gaspillées par des juges-arbitres qui reprennent le travail effectué par les conseils arbitraux.

[46] À mon avis, cet élément de l'analyse pragmatique ou fonctionnelle indique l'intention du législateur que les juges-arbitres n'infirmant pas la décision d'un conseil simplement parce qu'ils ne souscrivent pas à un aspect de la décision qui comporte une question de fait et de droit à l'égard de laquelle ils ne peuvent pas affirmer avoir une expertise supérieure, à moins bien sûr que le conseil n'ait appliqué la loi aux faits d'une façon déraisonnable.

(vi) Conclusion

[47] Compte tenu des facteurs ci-dessus examinés, je conclus que les juges-arbitres devraient faire preuve de réserve lorsqu'ils déterminent si un conseil arbitral a commis une erreur de droit en appliquant la loi aux faits d'une affaire relevant de leur expertise. Toutefois, l'absence d'une clause privative forte, la nature décisionnelle des fonctions du conseil et son manque d'expertise juridique m'amènent à conclure que c'est la norme de contrôle de la décision déraisonnable

standard of review.

[48] On the other hand, umpires should determine for themselves whether the board correctly decided questions of statutory interpretation that either arise on the face of a board of referees' decision, or can fairly be regarded as implicit in it. Apposite in this context is the observation of the Supreme Court of Canada in *Housen v. Nikolaisen*, *supra*, at paragraphs 8-10, that it is the role of a judicial appellate body to ensure that the correct law has been applied.

Issue 3 Correctly interpreted, does subsection 36(4) require that an amount can only be payable to an employee "for the performance of services" if it is related to the number of hours worked?

[49] It will be recalled that, under the letter of agreement, only GM employees who had worked hours between January 1 and October 19, 1999, qualified for the "signing bonus". However, counsel for the respondent submitted that, as a matter of law, this restriction could not bring the bonus within the words of subsection 36(4). In order to qualify as, in effect, a retroactive pay increase, the letter ought to have stipulated that only employees who had worked for a prescribed minimum number of hours were eligible for the \$1,000, and that, if entitled to receive anything, those who had worked fewer hours should have received a proportionately smaller amount.

[50] I disagree. In my opinion, the extent to which an amount is related to the number of hours worked is relevant to whether it can be characterized as payable "for the performance of services". However, this is no more than one of the factors to be considered in determining whether a particular contractual promise to pay a specified sum falls within subsection 36(4).

*simpliciter* plutôt que celle de la décision manifestement déraisonnable qu'il convient d'appliquer.

[48] D'autre part, les juges-arbitres devraient déterminer si le conseil a correctement tranché les questions d'interprétation de la loi qui se posent au vu de la décision que celui-ci a rendue, ou qui peuvent avec raison être considérées comme ayant implicitement été tranchées dans la décision. Dans ce contexte, il convient de mentionner la remarque que la Cour suprême du Canada a faite dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, précité, aux paragraphes 8 à 10, à savoir qu'il appartient à l'organisme d'appel judiciaire de veiller à ce que le droit pertinent soit appliqué.

Troisième question: S'il est correctement interprété, le paragraphe 36(4) exige-t-il qu'un montant peut uniquement être payé à un employé «en échange des services rendus» si ce montant a un rapport avec le nombre d'heures de travail effectuées?

[49] Il importe de se rappeler que, selon la lettre d'entente, seuls les employés de GM qui avaient effectué des heures de travail entre le 1<sup>er</sup> janvier et le 19 octobre 1999 étaient admissibles à la «prime à la signature». Toutefois, l'avocat du défendeur a soutenu qu'en droit, cette restriction ne pouvait pas avoir pour effet d'assujettir la prime au libellé du paragraphe 36(4). Pour que la prime soit considérée comme étant en fait une augmentation de traitement rétroactive, la lettre aurait dû stipuler que seuls les employés qui avaient effectué un nombre minimum prescrit d'heures de travail avaient droit au montant de 1 000 \$ et que, s'ils avaient droit à un montant quelconque, les employés qui avaient effectué un moins grand nombre d'heures de travail devaient toucher un montant proportionnellement moins élevé.

[50] Je ne suis pas d'accord. À mon avis, la mesure dans laquelle un montant a un rapport avec le nombre d'heures de travail effectuées est pertinente lorsqu'il s'agit de savoir si ce montant peut être considéré comme étant payable «en échange des services rendus». Toutefois, ce n'est que l'un des facteurs à prendre en considération pour déterminer si une promesse

[51] As counsel for Mr. Budhai pointed out in argument, subsection 36(4) does not expressly require that an amount can only be payable “for the performance of services” if an employee has worked a minimum number of hours. Moreover, it is not necessary to read in such a requirement in order to make the scheme efficacious. Indeed, there are good reasons for not doing so.

[52] First, implying such a restriction could cause serious practical problems. For example, what would be the minimum number of hours that an employee must have worked before a “signing bonus” can be characterized as paid “for the performance of services”? Would it vary according to the industry or employer concerned? If a “signing bonus” is available to those who have worked less than the minimum, how closely must the amount of the payment be related to the number of hours worked by an individual employee?

[53] Second, it would be inconsistent with the direction of the Supreme Court of Canada to interpret employment insurance legislation in a liberal manner to read into subsection 36(4) such a vague and possibly variable condition in order to reduce or remove the employment insurance benefits to which an insured person would otherwise be entitled: *Abrahams v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 2, at page 10; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513, at pages 536-537.

[54] Counsel for the respondent also submitted that a requirement that an employee must have worked a minimum number of hours should be implied into subsection 36(4) in order to prevent employers and employees from structuring agreements with a view to ensuring that employees in receipt of benefits could claim a bonus without jeopardizing their entitlement under the Act.

[55] This concern, while not necessarily fanciful, is not in my opinion sufficient to overcome the objections

contractuelle particulière de payer une somme précise est visée par le paragraphe 36(4).

[51] Comme l’avocat de M. Budhai l’a signalé dans son argumentation, le paragraphe 36(4) n’exige pas expressément qu’un montant soit payable «en échange des services rendus» uniquement si un employé a effectué un nombre minimum d’heures de travail. En outre, il n’est pas nécessaire d’y voir une telle exigence pour assurer l’efficacité du système. De fait, il existe des motifs valables de ne pas le faire.

[52] Premièrement, laisser entendre que pareille restriction est imposée pourrait causer de graves problèmes pratiques. Ainsi, quel serait le nombre minimum d’heures qu’un employé doit avoir effectuées pour qu’une «prime à la signature» puisse être considérée comme étant payée «en échange des services rendus»? Ce nombre varierait-il selon l’industrie ou l’employeur en cause? Si une «prime à la signature» est offerte aux employés qui ont effectué un moins grand nombre d’heures que le minimum nécessaire, jusqu’à quel point le montant du paiement doit-il être lié au nombre d’heures travaillées par un employé individuel?

[53] Deuxièmement, présumer l’existence, dans le paragraphe 36(4), d’une condition si vague et peut-être variable afin de réduire ou de supprimer les prestations d’emploi auxquelles l’assuré aurait par ailleurs droit irait à l’encontre de la directive de la Cour suprême du Canada voulant que la législation en matière d’assurance-emploi soit interprétée libéralement: *Abrahams c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 2, à la page 10; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513, aux pages 536 et 537.

[54] L’avocat du défendeur a également soutenu qu’il faut implicitement présumer, au paragraphe 36(4), qu’un employé doit avoir effectué un nombre minimum d’heures pour empêcher les employeurs et les employés de structurer les conventions de façon à s’assurer que les employés qui touchent des prestations puissent demander une prime sans compromettre le droit que leur reconnaît la Loi.

[55] À mon avis, cette question, bien qu’elle ne soit pas nécessairement farfelue, ne suffit pas pour répondre

outlined above to implying the kind of limitation in subsection 36(4) proposed by the respondent. It was not alleged that the terms of the signing bonus in this case had been structured with an eye to the employment insurance implications.

[56] In any event, since tax planning motives are normally irrelevant to determining the tax consequences of a transaction (see *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298, at paragraph 21; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, at paragraphs 38-39), I would have thought that a provision in a collective agreement should be given its intended effect, even though it was structured to enable employees both to receive a contractual payment and to retain their employment insurance benefits. Counsel for the respondent did not suggest that the letter of agreement under consideration in this case was a sham.

[57] Consequently, the Board did not err in law by proceeding on the assumption that subsection 36(4) does not require an agreement to specify how many hours an employee must have worked in order for the promised amount to be payable “for the performance of services”, or otherwise to relate the amount of the bonus to the number of hours worked by individual employees.

Issue 4 Was the Board of Referees’ conclusion that the “signing bonus” was payable “for the performance of services” unreasonable?

[58] The question that the Umpire ought to have asked himself, but apparently did not, was whether it was unreasonable for the Board to have concluded that the “signing bonus” provided under this particular agreement was payable “for the performance of services” earlier in the year. The unreasonableness standard of review requires a determination of whether the decision under review withstands, in the words of Iacobucci J. in *Southam Inc.*, *supra*, at paragraph 56,

aux objections susmentionnées lorsqu’il s’agit de présumer l’imposition, au paragraphe 36(4), du genre de restriction proposée par le défendeur. Il n’a pas été allégué que les conditions relatives à la prime à la signature avaient été structurées dans ce cas-ci en vue d’avoir des répercussions sur le plan de l’assurance-emploi.

[56] Quoi qu’il en soit, étant donné que les mobiles liés à la planification fiscale ne sont normalement pas pertinents lorsqu’il s’agit de déterminer les conséquences fiscales d’une opération (voir *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298, au paragraphe 21; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, aux paragraphes 38 et 39), j’estime qu’une disposition figurant dans une convention collective devrait avoir l’effet voulu, même si elle a été structurée en vue de permettre aux employés de toucher un paiement contractuel tout en conservant leurs prestations d’emploi. L’avocat du défendeur n’a pas soutenu que la lettre d’entente ici en cause était un trompe-l’œil.

[57] Par conséquent, le conseil n’a pas commis d’erreur de droit en émettant l’hypothèse selon laquelle le paragraphe 36(4) n’exige pas qu’une entente précise le nombre d’heures de travail qu’un employé doit avoir effectuées pour que le montant promis soit payable «en échange des services rendus» ou qu’elle établisse par ailleurs un lien entre le montant de la prime et le nombre d’heures de travail effectuées par des employés individuels.

Quatrième question: La conclusion du conseil arbitral selon laquelle la «prime à la signature» était payable «en échange des services rendus» était-elle déraisonnable?

[58] La question que le juge-arbitre aurait dû se poser, mais qu’il ne s’est apparemment pas posée, était de savoir s’il était déraisonnable pour le conseil d’avoir conclu que la «prime à la signature» prévue par cette entente particulière était payable «en échange des services rendus» plus tôt cette année-là. La décision déraisonnable comme norme de contrôle exige que l’on détermine si la décision en cause résiste à «un examen assez poussé», comme l’a dit M. le juge Iacobucci dans

“a somewhat probing examination.” Since this Court is in as good a position as the Umpire to answer this question, it should do so, rather than prolong the matter by sending it back.

[59] In concluding that the “signing bonus” was sufficiently related to past work to be payable “for the performance of services”, the Board noted that only employees who had worked hours in that year were eligible for the bonus, even if they were laid off or were on maternity or parental leave when the agreement was ratified, regardless of whether they ever resumed active employment. The Board also observed that, because an employee who had not worked in that year, but had voted to ratify the agreement, did not receive the “signing bonus”, it was not payable as future consideration.

[60] On the other hand, counsel for the respondent pointed to the fact that the “signing bonus” was not related to the number of hours that an employee had worked in the relevant period, with the result that a person who had worked only one eight-hour shift would receive the same bonus as an employee who had worked full-time from January to mid-October. In this and in some other respects, the “signing bonus” looked very different from the retroactive pay increase contained in the collective agreement.

[61] In addition, counsel argued, the “signing bonus” was not payable “for the performance of services” by GM employees because not all employees who had worked in 1999 were entitled to it, since the letter of agreement excluded employees who had been terminated prior to the ratification of the collective agreement. Finally, he submitted, it was relevant that the letter of agreement called the \$1,000 a “signing bonus”, not retroactive pay, and that an employee did not become entitled to it until the agreement was ratified.

[62] Counsel for Mr. Budhai responded by saying that it might be invidious for an employer to exclude from a

l’arrêt *Southam Inc.*, précité, au paragraphe 56. Puisque la Cour est aussi bien placée que le juge-arbitre pour répondre à cette question, elle devrait y répondre plutôt que de prolonger l’affaire en la renvoyant.

[59] En concluant que la «prime à la signature» avait un rapport suffisant avec le travail passé pour être payable «en échange des services rendus», le conseil a noté que seuls les employés qui avaient effectué des heures de travail au cours de cette année-là avaient droit à la prime, et ce, même s’ils étaient mis en disponibilité ou même s’ils étaient en congé de maternité ou avaient pris un congé parental au moment de la ratification de la convention, et ce, indépendamment de la question de savoir s’ils avaient repris leur emploi. Le conseil a également fait remarquer que, parce qu’un employé qui n’avait pas travaillé cette année-là, mais qui avait voté en faveur de la ratification de la convention, ne touchait pas la «prime à la signature», la prime n’était pas payable en tant que contrepartie future.

[60] D’autre part, l’avocat du défendeur a souligné que la «prime à la signature» n’avait aucun rapport avec le nombre d’heures qu’un employé avait effectuées pendant la période pertinente, de sorte qu’une personne qui avait effectué un seul poste de huit heures toucherait la même prime qu’un employé qui avait travaillé à plein temps du mois de janvier jusqu’à la mi-octobre. À cet égard et à certains autres égards, la «prime à la signature» semblait fort différente de l’augmentation de traitement rétroactive prévue dans la convention collective.

[61] De plus, l’avocat a soutenu que la «prime à la signature» n’était pas payable «en échange des services rendus» par les employés de GM parce que ce n’étaient pas tous les employés qui avaient travaillé en 1999 qui y avaient droit, étant donné que la lettre d’entente excluait les employés à l’emploi duquel il avait été mis fin avant la ratification de la convention collective. Enfin, l’avocat a affirmé qu’il importait de noter que la lettre d’entente désigne le montant de 1 000 \$ comme étant une «prime à la signature» et non comme un traitement rétroactif et qu’un employé n’y avait pas droit tant que la convention n’était pas ratifiée.

[62] L’avocat de M. Budhai a répondu en disant qu’il serait peut-être injuste qu’un employeur exclue du



“signing bonus” employees who, because of sickness, pregnancy, parental responsibilities or lay-off, had been able to work only relatively few hours in the relevant period. Further, a promise to pay a lump sum to all employees who had worked hours, and had not been terminated, was easier for the employer to administer than a scheme under which payments were related to the number of hours that individual employees actually worked. Hence, it could not be said that these features of the letter of agreement indicated that the “signing bonus” was not payable “for the performance of services”. Finally, he submitted that what the bonus was called was of much less significance than its terms, and that even the “special payments”, which clearly were payable “for the performance of services”, only became payable when the collective agreement was ratified.

[63] I do not pretend that the question before the Board of Referees was easy. The facts of this case are distinguishable from those in the other signing bonus cases to which we have been referred. In particular, in the cases relied on by the Umpire (in particular, *Ostonal, supra; Unemployment Benefits Commission v. United Steelworkers of America* (1994), CUB 27135) as authority for the proposition that the “signing bonus” arose from a transaction, the bonus was not restricted to employees who had worked hours in the relevant period. They are therefore of little assistance to the respondent on the facts of this case.

[64] There is considerable force in the positions advanced by both parties to this application. However, the respondent has the burden of establishing that it was unreasonable for the Board to conclude that the “signing bonus” was payable “for the performance of services”. That the facts could be found to have fallen on either side of the line is an indication that the decision is not unreasonable.

[65] In my view, for the reasons given by the Board and the arguments advanced on behalf of Mr. Budhai,

paiement de la «prime à la signature» les employés qui, à cause d’une maladie, d’une grossesse, d’obligations parentales ou d’une mise en disponibilité, avaient pu effectuer uniquement un nombre relativement peu élevé d’heures pendant la période pertinente. En outre, la promesse de verser un montant forfaitaire à tous les employés qui avaient effectué des heures de travail et à l’emploi desquels il n’avait pas été mis fin était plus facile à administrer pour l’employeur qu’un système dans lequel les paiements étaient liés aux nombres d’heures de travail que les employés individuels avaient de fait effectuées. Par conséquent, on ne pouvait pas dire que ces aspects de la lettre d’entente indiquaient que la «prime à la signature» n’était pas payable «en échange des services rendus». Enfin, l’avocat a soutenu que la façon de désigner la prime était beaucoup moins importante que les conditions y afférentes et que même les «paiements spéciaux», qui étaient clairement payables «en échange des services rendus», devenaient payables uniquement lorsque la convention collective était ratifiée.

[63] Je ne prétends pas que la question dont le conseil arbitral était saisi soit facile. Il est possible de faire une distinction entre les faits de la présente espèce et ceux qui existaient dans les autres affaires de prime à la signature qui nous ont été mentionnées. En particulier, dans les décisions sur lesquelles le juge-arbitre s’était fondé (notamment, la décision *Ostonal*, précitée; *Unemployment Benefits Commission c. United Steelworkers of America* (1994), CUB 27135) pour prétendre que la «prime à la signature» résultait d’une opération, la prime n’était pas limitée aux employés qui avaient effectué des heures de travail pendant la période pertinente. Ces décisions sont donc fort peu utiles au défendeur eu égard aux faits de la présente espèce.

[64] Les positions que les deux parties ont prises dans cette demande ont une force considérable. Toutefois, le défendeur a la charge d’établir qu’il était déraisonnable pour le conseil de conclure que la «prime à la signature» était payable «en échange des services rendus». Le fait qu’il est possible de conclure que les faits se situent d’un côté ou de l’autre de la ligne indique que la décision n’était pas déraisonnable.

[65] À mon avis, pour les motifs que le conseil a prononcés et compte tenu des arguments avancés au

the respondent has not satisfied me that the Board's conclusion that the "signing bonus" in this case came within subsection 36(4) was unreasonable. The Board's conclusion was not based on, for example, either an invalid inference that it had drawn from the evidence, or inconsistent premises: *Southam Inc.*, *supra*, at paragraph 56. That another board might have characterized the bonus differently does not demonstrate that this Board's decision was unreasonable.

[66] Counsel for Mr. Budhai observed that all provisions of a collective agreement are to induce its acceptance and are conditional on ratification. I would only add that the terms on which the "signing bonus" in this case was payable suggest that it was intended both to reward employees for work already done, and to induce those employees to vote for ratification of the new collective agreement. The presence of the latter intention does not necessarily remove the "signing bonus" from subsection 36(4), unless, perhaps, it may be inferred from the terms of an agreement and the surrounding circumstances that this was the dominant intention. In my opinion, this is precisely the kind of issue that boards of referees are well suited to decide, subject only to review for unreasonableness.

## F. CONCLUSIONS

[67] For these reasons, I would allow the application for judicial review with costs, set aside the Umpire's decision and restore the decision of the Board of Referees.

LINDEN J.A.: I agree.

MALONE J.A.: I agree.

nom de M. Budhai, le défendeur n'a pas réussi à me convaincre que la conclusion du conseil, à savoir qu'en l'espèce, la «prime à la signature» était visée par le paragraphe 36(4), était déraisonnable. La conclusion du conseil n'était pas fondée, par exemple, sur une inférence incorrecte qui avait été faite à partir de la preuve ou sur des prémisses incohérentes: *Southam Inc.*, précité, au paragraphe 56. Le fait qu'un autre conseil aurait peut-être considéré la prime d'une façon différente ne démontre pas que la décision du conseil ici en cause soit déraisonnable.

[66] L'avocat de M. Budhai a fait remarquer que toutes les dispositions d'une convention collective visent à encourager son acceptation et dépendent de sa ratification. J'aimerais uniquement ajouter que les conditions auxquelles la «prime à la signature» était payable en l'espèce donnent à entendre qu'elle visait à récompenser les employés pour le travail déjà accompli et à induire ces employés-là à voter en faveur de la ratification de la nouvelle convention collective. La présence de cette dernière intention n'a pas nécessairement pour effet de soustraire la «prime à la signature» à l'application du paragraphe 36(4), à moins peut-être qu'il ne soit possible d'inférer à l'aide des conditions d'une entente et des circonstances y afférentes que telle était l'intention dominante. À mon avis, c'est précisément le genre de question que les conseils arbitraux sont particulièrement aptes à trancher, sous réserve uniquement d'un examen visant à déterminer si la décision était déraisonnable.

## F. CONCLUSIONS

[67] Pour ces motifs, j'accueillerais la demande de contrôle judiciaire avec dépens, j'infirmerais la décision du juge-arbitre et je rétablirais la décision du conseil arbitral.

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE MALONE, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

T-2016-01  
2002 FCT 859

T-2016-01  
2002 CFPI 859

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(*Plaintiff*)

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

v.

c.

**Michael Seifert** (*Defendant*)

**Michael Seifert** (*défendeur*)

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

**RÉPERTORIÉ: CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) c. SEIFERT (1<sup>RE</sup> INST.)**

Trial Division, Hargrave P.—Vancouver, August 13, 2002.

Section de première instance, protonotaire Hargrave—Vancouver, le 13 août 2002.

*Administrative Law — In action concerning revocation of defendant's citizenship, motion under Federal Court Rules, 1998, r. 221 to strike defendant's counterclaim including plea based on bias on part of Minister — Whether statements by Minister, Jewish woman, in speeches, stating happy to revoke citizenship of two Nazi war criminals indicating bias — Standard applicable to government minister: somewhere on continuum between reasonable apprehension of bias (as decision will have serious consequences for defendant), open mind (as Minister, politician, elected at least in part by reason of views).*

*Droit administratif — Dans une action concernant la révocation de la citoyenneté du défendeur, on avait présenté une requête fondée sur la règle 221 des Règles de la Cour fédérale (1998) en vue de faire radier la demande reconventionnelle du défendeur, qui incluait des plaidoiries fondées sur la partialité du ministre — Question de savoir si les commentaires qui avaient été faits dans des discours par le ministre, une femme juive, à savoir qu'elle était heureuse de révoquer la citoyenneté de deux criminels de guerre nazis, indiquaient qu'il y avait partialité — La norme à appliquer à un ministre de l'État se situe entre l'extrémité du spectre où se trouve le critère de la crainte raisonnable de partialité (la décision ayant des conséquences sérieuses pour le défendeur) et celle où se trouve le critère de l'esprit ouvert (le ministre étant un politicien élu, du moins en partie, en raison de ses opinions).*

*Practice — Pleadings — Motion to Strike — In action concerning revocation of defendant's citizenship, motion to strike defendant's counterclaim including pleas based on Charter, misfeasance of public duty, defamation, bias on part of Minister, under Federal Court Rules, 1998, r. 221 — Part of counterclaim invoking Charter, ss. 7, 11 relied upon for attack on whole of legislative scheme, under Immigration Act, dealing with people in citizenship revocation proceedings not struck out — Parts of counterclaim referring to Charter, s. 11 not representing attack on legislation as whole struck out as containing no cause of action — Plaintiff failed to meet very high standard for striking out pleadings when arguing counterclaim proposing retroactive application of Charter — Part of counterclaim alleging bias ordered amended to allege Minister failed to meet appropriate standard midway between that of open mind, avoiding reasonable apprehension of bias — Allegation of defamation allowed to stand as no absolute privilege extending to Minister's statements.*

*Pratique — Actes de procédure — Requête en radiation — Dans une action concernant la révocation de la citoyenneté du défendeur, on avait présenté une requête fondée sur la règle 221 des Règles de la Cour fédérale (1998) en vue de faire radier la demande reconventionnelle du défendeur, qui incluait des plaidoiries fondées sur la Charte, sur l'abus d'autorité dans l'exercice d'une charge publique et sur la diffamation ainsi que sur la partialité dont avait fait preuve le ministre — La partie de la demande reconventionnelle dans laquelle les art. 7 et 11 de la Charte étaient invoqués et sur laquelle on s'était fondé pour contester l'ensemble du régime législatif prévu par la Loi sur l'immigration, à l'égard des gens qui sont en cause dans une procédure de révocation de la citoyenneté, n'a pas été radiée — Les parties de la demande reconventionnelle dans lesquelles il était fait mention de l'art. 11 de la Charte ne représentant pas une contestation de la législation dans son ensemble ont été radiées pour le motif qu'elles ne contenaient aucune cause d'action — Le demandeur n'a pas satisfait à la norme fort stricte qui s'applique à la radiation des actes de procédure en*

After the Minister of Citizenship and Immigration signed a notice of intention to revoke the citizenship of the defendant, the Federal Court was asked to determine whether the defendant was admitted to Canada on the basis of false representation, fraud or knowing concealment of material circumstances. In his counterclaim, the defendant included pleas based on the Charter, misfeasance of public duty and defamation, and bias on the part of the Minister. This was a motion to strike out the defendant's counterclaim on the basis of want of a reasonable cause of action, immateriality, scandalous, frivolous or vexatious content, prejudice or delay of a fair trial and abuse of the process of the Court.

*Held*, the motion should be dismissed in part and the pleading alleging bias should be amended.

It is well established that a court will not deny a party a day in court so long as there is any chance, however small, of the claim succeeding. The party challenging the pleading must meet the burden of establishing that it is plain, obvious and beyond doubt that the pleading will not succeed.

The delay attributable to the counterclaim was not serious enough to justify striking out the statement of claim. And while prejudice might be a ground for striking pleadings where its effect could not be compensated for in costs, the plaintiff did not meet the heavy burden of showing the whole of the counterclaim ought to be struck out as prejudicial. And the counterclaim, taken as a whole, alleged sufficient material facts so as to delineate causes of action, which the plaintiff may understand and answer. Nor did the plaintiff establish that the counterclaim was generally and overall immaterial.

*soutenant que la demande reconventionnelle prônait une application rétroactive de la Charte — Il a été ordonné que la partie de la demande reconventionnelle dans laquelle la partialité était alléguée soit modifiée de façon qu'il soit allégué que le ministre n'avait pas satisfait à la norme appropriée, se situant au milieu du spectre, entre le critère de l'esprit ouvert et le critère voulant que le ministre évite de susciter une crainte raisonnable de partialité — L'allégation de diffamation a été maintenue pour le motif qu'aucun privilège absolu ne s'appliquait aux déclarations du ministre.*

Après que le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration eut signé un avis d'intention de révoquer la citoyenneté du défendeur, on a demandé à la Cour fédérale de déterminer si le défendeur avait été admis au Canada à la suite d'une fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels. Dans sa demande reconventionnelle, le défendeur a inclus des plaidoiries fondées sur la Charte, sur l'abus d'autorité dans l'exercice d'une charge publique et sur la diffamation ainsi que sur la partialité dont avait fait preuve le ministre. Il s'agissait d'une requête en radiation de la demande reconventionnelle du défendeur fondée sur l'absence de cause d'action valable et sur le fait que la demande reconventionnelle n'était pas pertinente, qu'elle était scandaleuse, frivole ou vexatoire, qu'elle risquait de nuire à l'instruction équitable de l'action ou de la retarder et qu'elle constituait un abus de procédure.

*Jugement*: la requête devrait être rejetée en partie et la plaidoirie dans laquelle la partialité est alléguée devrait être modifiée.

Il est bien établi qu'un tribunal judiciaire ne devrait pas refuser d'entendre une partie s'il existe la moindre chance que la demande soit accueillie. Il incombe à la partie qui conteste l'acte de procédure de satisfaire à l'obligation qui lui incombe d'établir qu'il est évident et manifeste et au-delà de tout doute que l'acte de procédure n'a aucune chance de succès.

Le délai attribuable à la demande reconventionnelle n'était pas suffisamment sérieux pour exiger la radiation de la déclaration. Quant à la question du préjudice, cela pourrait constituer un motif de radiation s'il était impossible de le compenser par l'octroi de dépens, mais le demandeur n'a pas satisfait à la lourde obligation qui lui incombe de démontrer que la demande reconventionnelle dans son ensemble devrait être radiée parce qu'elle est préjudiciable. La demande reconventionnelle, considérée dans son ensemble, renfermait des allégations suffisantes relatives aux faits essentiels, de façon à définir des causes d'action que le demandeur pouvait comprendre et auxquelles il pouvait répondre. Le demandeur n'a pas non plus établi que, d'une façon générale et dans son ensemble, la demande reconventionnelle n'était pas pertinente.

A decision under section 18 of the *Citizenship Act* is not a final determination of any legal right, and, therefore, section 7 of the Charter (guaranteeing the right not to be deprived of life, liberty, security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice) was not engaged. So, specific challenges by way of section 7 of the Charter, as found in certain paragraphs of the counterclaim, were plainly, obviously and beyond doubt futile. However, the immigration legislative scheme as a whole may be subject to a challenge under section 7 of the Charter: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Dueck*; *Nguyen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*. It was not plain, obvious and beyond doubt that this argument, to the extent that it is advanced in the counterclaim, would not succeed.

*Dueck* also applied to arguments based on section 11 of the Charter (rights of accused in criminal proceedings): forfeiture of citizenship obtained by fraud is a neutral event, of a civil nature; there are no penal consequences which invoke section 11; moreover there is jurisdiction under *Federal Court Rules, 1998*, rule 169, which refers to section 18 of the *Citizenship Act*. In so far as they did not represent an attack on the legislation as a whole, the portions of the counterclaim that referred to section 11 of the Charter contained no cause of action of defence and were struck out. To the extent that they represented an attack on the legislation as a whole, the portions of the counterclaim employing section 11 of the Charter were allowed to remain. It was not plain, obvious and beyond doubt that they would not succeed.

The plaintiff argued that the defendant was invoking a retroactive application of the Charter. The defendant replied that it was merely a request for present-day application of the Charter to prohibit the effect of past discriminatory policy being brought into the present day. The Supreme Court of Canada has recognized the concept that while a discrete event may have occurred pre-Charter, there may be an ongoing effect which requires relief under the Charter: *R. v. Gamble*. Part of the counterclaim did not involve a retroactive application. Other parts of the counterclaim alleged a present-day discriminatory policy and process: it was alleged that the actions of the Minister were an attempt to legally apply in modern post-Charter times, policies and decisions which would not pass present constitutional muster. Since there are, in the case law, instances in which the Charter may have a retroactive aspect, the plaintiff failed on this point as he did not meet the very high standard for striking out pleadings.

Une décision fondée sur l'article 18 de la *Loi sur la citoyenneté* n'est nullement un jugement définitif sur des droits juridiques et l'article 7 de la Charte (garantissant le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, sauf en conformité avec les principes de justice naturelle) n'était donc pas en cause. Par conséquent, certaines contestations précises fondées sur l'article 7 de la Charte, telles qu'elles sont énoncées dans certains paragraphes de la demande reconventionnelle, étaient clairement et hors de tout doute futiles. Toutefois, l'ensemble du régime législatif en matière d'immigration peut faire l'objet d'une contestation en vertu de l'article 7 de la Charte: *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Dueck*; *Nguyen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*. Il n'était pas évident et manifeste et au-delà de tout doute que, dans la mesure où cet argument était avancé dans la demande reconventionnelle, cet argument n'avait aucune chance de succès.

La décision *Dueck* a également été appliquée aux arguments fondés sur l'article 11 de la Charte (droits de l'inculpé dans une affaire au criminel): la révocation de la citoyenneté obtenue par la fraude constitue une opération neutre de nature civile; il n'y a aucune conséquence pénale au regard de l'article 11; en outre, il y a compétence en vertu de la règle 169 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, dans lequel il est fait mention de l'article 18 de la *Loi sur la citoyenneté*. Dans la mesure où elles ne représentaient pas une contestation de la législation dans son ensemble, les mentions de l'article 11 de la Charte figurant dans la demande reconventionnelle ne révélaient aucune cause d'action ou aucune défense et elles ont été radiées. Dans la mesure où elles représentaient une contestation du régime législatif dans son ensemble, les parties de la demande reconventionnelle fondées sur l'article 11 de la Charte ont été maintenues. Il n'était pas évident et manifeste et au-delà de tout doute qu'elles n'avaient aucune chance de succès.

Le demandeur a soutenu que le défendeur invoquait une application rétroactive de la Charte. Le défendeur a répondu que l'on demandait simplement l'application actuelle de la Charte en vue d'empêcher une politique discriminatoire passée d'avoir des effets actuels. La Cour suprême du Canada a reconnu l'idée selon laquelle un événement isolé peut s'être produit avant l'adoption de la Charte, mais avoir un effet continu qui exige qu'une réparation soit accordée en vertu de la Charte: *R. c. Gamble*. Une partie de la demande reconventionnelle ne visait pas une application rétroactive. Dans d'autres parties de la demande reconventionnelle, une politique et une procédure discriminatoires applicables à l'heure actuelle étaient alléguées; il était allégué que par ses actions, le ministre tentait d'appliquer légalement, après l'entrée en vigueur de la Charte, des politiques et décisions qui ne seraient pas maintenant acceptables sur le plan constitutionnel. Étant donné que dans la jurisprudence, on

The defendant claimed reasonable apprehension of bias on the part of the Minister of Citizenship and Immigration, based on remarks she had made in speeches. Here the Minister, a Jewish woman, essentially said that she was really happy to revoke the citizenship of two Nazi war criminals, and that when she signed the papers to that effect, she silently said the Jewish prayer for the dead. The standard to be applied to a government minister must be somewhere on the continuum between a reasonable apprehension of bias, the standard applicable to judicial or quasi-judicial bodies, and an open mind because a minister is a politician, elected at least in part by reason of his or her views. The appropriate standard for the Minister herein was midway on the continuum because the Minister's decision went beyond the political, having serious consequences for the defendant. A Minister is not only a politician and a legislator, but a functionary making a decision which must be judicious, just and even juristic. The paragraph of the counterclaim should therefore be amended to allege that the Minister failed to meet the appropriate standard midway between that of an open mind and that of avoiding a reasonable apprehension of bias.

The plaintiff's submissions of absolute privilege, extending to the Minister's speeches in 1999 and 2000, were not considered serious. The Minister's procedure was not judicial or quasi-judicial in nature. An allowance must be made by reason of the fact that the Minister also acts in a political way and subject to much different and lower standard of conduct. The Minister was not acting as a tribunal or exercising functions equivalent to those of an established court of justice. Nor could the speeches be considered as communications taking place during, incidental to and in the processing and furtherance of judicial or quasi-judicial proceedings. Finally, the statements relied upon by the defendant were clearly not part of the Court's process, but part of the defendant's cause of action. Thus the allegations of defamation in the counterclaim were allowed to remain.

trouve certains cas dans lesquels la Charte peut avoir un aspect rétroactif, le demandeur n'a pas eu gain de cause sur ce point car il n'a pas été satisfait à la norme fort rigoureuse qui s'applique à la radiation des actes de procédure.

Le défendeur affirmait qu'il existait une crainte raisonnable de partialité de la part du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, compte tenu de certaines remarques qu'elle avait faites dans des discours. En effet, le ministre, qui était juive, a essentiellement dit qu'elle était réellement heureuse de révoquer la citoyenneté de deux criminels de guerre nazis et qu'en apposant sa signature, elle avait silencieusement récité la prière juive des morts. La norme à appliquer à un ministre de l'État doit se situer entre l'extrémité du spectre où se trouve le critère de la crainte raisonnable de partialité, soit la norme applicable aux organismes judiciaires ou quasi judiciaires, et celle où se trouve le critère de l'esprit ouvert parce que le ministre est un politicien élu, du moins en partie, en raison de ses opinions. La norme qu'il convenait d'appliquer au ministre en l'espèce se situait au milieu du spectre parce que la décision du ministre allait plus loin qu'une décision politique ayant des conséquences sérieuses pour le défendeur. Un ministre est non seulement un politicien et un législateur, mais aussi un fonctionnaire chargé de prendre une décision qui doit être judicieuse, juste et même juridique. Le paragraphe de la demande reconventionnelle devrait donc être modifié, de façon qu'il soit allégué que le ministre n'a pas satisfait à la norme appropriée se situant au milieu du spectre, entre le critère de l'esprit ouvert et le critère voulant qu'elle évite de susciter une crainte raisonnable de partialité.

Les prétentions que le demandeur a faites au sujet de l'existence d'un privilège absolu s'étendant aux discours que le ministre a prononcés en 1999 et en 2000 n'ont pas été prises au sérieux. Les mesures prises par le ministre n'étaient pas de nature judiciaire ou quasi judiciaire. Il faut considérer les mesures prises par le ministre comme étant de nature politique et comme étant des mesures assujetties à une norme de conduite fort différente et moins rigoureuse. Le ministre n'agissait pas en tant que tribunal ou dans l'exercice de fonctions analogues à celles d'une cour de justice établie. Les discours ne pouvaient pas non plus être considérés comme des communications qui sont effectuées pendant des procédures judiciaires ou quasi judiciaires ou qui sont faites d'une façon accessoire et aux fins de l'examen et de l'avancement de procédures judiciaires ou quasi judiciaires. Enfin, les déclarations sur lesquelles le défendeur se fondait ne faisaient clairement pas partie de la procédure de la Cour, mais faisaient partie de la cause d'action du défendeur. Les allégations de diffamation qui étaient faites dans la demande reconventionnelle ont donc été maintenues.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7, 11, 15.  
*Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 18(1),(2).  
*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, r. 221.  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

*Creaghan Estate v. The Queen*, [1972] F.C. 732; (1972), 72 DTC 6215 (T.D.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Dueck*, [1998] 2 F.C. 614; (1997), 139 F.T.R. 262; 41 Imm. L.R. (2d) 259 (T.D.); *Nguyen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 F.C. 696; (1993), 100 D.L.R. (4th) 151; 14 C.R.R. (2d) 146; 18 Imm. L.R. (2d) 165; 151 N.R. 69 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. denied [1993] 1 S.C.R. viii; (1993), 104 D.L.R. (4th) vii; 16 C.R.R. (2d) 383; 20 Imm. L.R. (2d) 245; 163 N.R. 80; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161; *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; (1988), 31 O.A.C. 81; 45 C.C.C. (3d) 204; 66 C.R. (3d) 193; 89 N.R. 161; *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623; (1992), 95 Nfld. & P.E.I.R. 271; 89 D.L.R. (4th) 289; 4 Admin. L.R. (2d) 121; 134 N.R. 241; *Zündel v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 2 F.C. 233; (1997), 154 D.L.R. (4th) 216; 7 Admin. L.R. (3d) 126; 221 N.R. 213 (C.A.).

CONSIDERED:

*R. v. James, Kirsten and Rosenthal* (1986), 55 O.R. (2d) 609; (1986), 27 C.C.C. (3d) 1; 33 C.R.R. 107; [1986] 2 C.T.C. 288; 86 DTC 6432; 15 O.A.C. 319 (C.A.); *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; (1959), 16 D.L.R. (2d) 689; *Chhabra (O.P.) v. Canada*, [1989] 2 C.T.C. 13; (1989), 89 DTC 5310; 26 F.T.R. 288 (F.C.T.D.); *Francoeur v. Canada* (1994), 78 F.T.R. 109 (F.C.T.D.); *Beno v. Canada (Commissioner and Chairperson, Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia)*, [1997] 1 F.C. 911; (1997), 144 D.L.R. (4th) 493; 126 F.T.R. 241 (T.D.), rev'd by *Beno v. Canada (Commissioner and Chairperson, Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian*

LOIS ET RÈGLEMENTS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 7, 11, 15.  
*Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 18(1),(2).  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2.  
*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règle 221.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Succession Creaghan c. La Reine*, [1972] C.F. 732; (1972), 72 DTC 6215 (1<sup>re</sup> inst.); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Dueck*, [1998] 2 C.F. 614; (1997), 139 F.T.R. 262; 41 Imm. L.R. (2d) 259 (1<sup>re</sup> inst.); *Nguyen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 C.F. 696; (1993), 100 D.L.R. (4th) 151; 14 C.R.R. (2d) 146; 18 Imm. L.R. (2d) 165; 151 N.R. 69 (C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [1993] 1 R.C.S. viii; (1993), 104 D.L.R. (4th) vii; 16 C.R.R. (2d) 383; 20 Imm. L.R. (2d) 245; 163 N.R. 80; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161; *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; (1988), 31 O.A.C. 81; 45 C.C.C. (3d) 204; 66 C.R. (3d) 193; 89 N.R. 161; *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623; (1992), 95 Nfld. & P.E.I.R. 271; 89 D.L.R. (4th) 289; 4 Admin. L.R. (2d) 121; 134 N.R. 241; *Zündel c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 2 C.F. 233; (1997), 154 D.L.R. (4th) 216; 7 Admin. L.R. (3d) 126; 221 N.R. 213 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

*R. v. James, Kirsten and Rosenthal* (1986), 55 O.R. (2d) 609; (1986), 27 C.C.C. (3d) 1; 33 C.R.R. 107; [1986] 2 C.T.C. 288; 86 DTC 6432; 15 O.A.C. 319 (C.A.); *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; (1959), 16 D.L.R. (2d) 689; *Chhabra (O.P.) c. Canada*, [1989] 2 C.T.C. 13; (1989), 89 DTC 5310; 26 F.T.R. 288 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Francoeur c. Canada* (1994), 78 F.T.R. 109 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Beno c. Canada (Commissaire et président de la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces armées canadiennes en Somalie)*, [1997] 1 C.F. 911; (1997), 144 D.L.R. (4th) 493; 126 F.T.R. 241 (1<sup>re</sup> inst.), inf. par *Beno c. Canada (Commissaire et président de la Commission d'enquête sur le déploiement*

*Forces to Somalia*), [1997] 2 F.C. 527; (1997), 146 D.L.R. (4th) 708; 47 Admin. L.R. (2d) 244; 212 N.R. 357 (C.A.); *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; (1990), 75 D.L.R. (4th) 385; [1991] 2 W.W.R. 145; 2 M.P.L.R. (2d) 217; 69 Man.R. (2d) 134; 46 Admin. L.R. 161; 116 N.R. 46; *Save Richmond Farmland Society v. Richmond (Township)*, [1990] 3 S.C.R. 1213; (1990), 75 D.L.R. (4th) 425; [1991] 2 W.W.R. 178; 52 B.C.L.R. (2d) 145; 46 Admin. L.R. 264; 2 M.P.L.R. (2d) 288; 116 N.R. 68; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Fast* (2001), 208 D.L.R. (4th) 729 (F.C.T.D.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Obodzinsky* (2000), 199 F.T.R. 1; 14 Imm. L.R. (3d) 184 (F.C.T.D.); affd by (2001), 278 N.R. 182 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. denied [2001] C.S.C.R. n° 363 (QL).

## REFERRED TO:

*Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; (1990), 74 D.L.R. (4th) 321; [1990] 6 W.W.R. 385; 49 B.C.L.R. (2d) 273; 4 C.C.L.T. (2d) 1; 43 C.P.C. (2d) 105; 117 N.R. 321; *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *Waterside Ocean Navigation Co., Inc. v. International Navigation Ltd.*, [1977] 2 F.C. 257 (T.D.); *Larden v. Canada* (1998), 145 F.T.R. 140 (F.C.T.D.); *Attorney General of the Duchy of Lancaster v. London & North Western Railway Company*, [1892] 3 Ch. 274 (C.A.); *Ashmore v. British Coal Corp.*, [1990] 2 Q.B. 338 (C.A.); *Willis v. Earl of Beauchamp* (1886), 11 P.D. 59 (C.A.); *Titan Linkabit Corp. v. S.E.E. See Electronic Engineering Inc.* (1992), 44 C.P.R. (3d) 469; 58 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); *Nabisco Brands Ltd. v. Procter & Gamble Co. et al.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 417; 62 N.R. 364 (F.C.A.); *Luitjens v. Canada (Secretary of State)* (1992), 142 N.R. 173 (F.C.A.); affd by (1992), 143 N.R. 316 (S.C.C.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Katriuk* (1999), 156 F.T.R. 161 (F.C.T.D.); affd by (1999), 11 Imm. L.R. (3d) 178; 252 N.R. 68 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. denied (2000), 256 N.R. 199 (S.C.C.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; (1997), 151 D.L.R. (4th) 119; 1 Admin. L.R. (3d) 1; 118 C.C.C. (3d) 443; 14 C.P.C. (4th) 1; 10 C.R. (5th) 163; 40 Imm. L.R. (2d) 23; 218 N.R. 81; *Kiely v. Canada* (1987), 10 F.T.R. 10 (F.C.T.D.).

*des Forces armées canadiennes en Somalie*), [1997] 2 C.F. 527; (1997), 146 D.L.R. (4th) 708; 47 Admin. L.R. (2d) 244; 212 N.R. 357 (C.A.); *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115; *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; (1990), 75 D.L.R. (4th) 385; [1991] 2 W.W.R. 145; 2 M.P.L.R. (2d) 217; 69 Man.R. (2d) 134; 46 Admin. L.R. 161; 116 N.R. 46; *Save Richmond Farmland Society c. Richmond (Canton)*, [1990] 3 R.C.S. 1213; (1990), 75 D.L.R. (4th) 425; [1991] 2 W.W.R. 178; 52 B.C.L.R. (2d) 145; 46 Admin. L.R. 264; 2 M.P.L.R. (2d) 288; 116 N.R. 68; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Fast* (2001), 208 D.L.R. (4th) 729 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Obodzinsky* (2000), 199 F.T.R. 1; 14 Imm. L.R. (3d) 184 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); conf. par (2001), 278 N.R. 182 (C.A.F.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [2001] C.S.C.R. n° 363 (QL).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; (1990), 74 D.L.R. (4th) 321; [1990] 6 W.W.R. 385; 49 B.C.L.R. (2d) 273; 4 C.C.L.T. (2d) 1; 43 C.P.C. (2d) 105; 117 N.R. 321; *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *Waterside Ocean Navigation Co., Inc. c. International Navigation Ltd.*, [1977] 2 C.F. 257 (1<sup>re</sup> inst.); *Larden c. Canada* (1998), 145 F.T.R. 140 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Attorney General of the Duchy of Lancaster v. London & North Western Railway Company*, [1892] 3 Ch. 274 (C.A.); *Ashmore v. British Coal Corp.*, [1990] 2 Q.B. 338 (C.A.); *Willis v. Earl of Beauchamp* (1886), 11 P.D. 59 (C.A.); *Titan Linkabit Corp. v. S.E.E. See Electronic Engineering Inc.* (1992), 44 C.P.R. (3d) 469; 58 F.T.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Nabisco Brands Ltée c. Procter & Gamble Co. et al.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 417; 62 N.R. 364 (C.A.F.); *Luitjens c. Canada (Secrétaire d'État)* (1992), 142 N.R. 173 (C.A.F.); conf. par (1992), 143 N.R. 316 (C.S.C.); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Katriuk* (1999), 156 F.T.R. 161 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); confirmé par (1999), 11 Imm. L.R. (3d) 178; 252 N.R. 68 (C.A.F.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée (2000), 256 N.R. 199 (C.S.C.); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; (1997), 151 D.L.R. (4th) 119; 1 Admin. L.R. (3d) 1; 118 C.C.C. (3d) 443; 14 C.P.C. (4th) 1; 10 C.R. (5th) 163; 40 Imm. L.R. (2d) 23; 218 N.R. 81; *Kiely c. Canada* (1987), 10 F.T.R. 10 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).



## AUTHORS CITED

- Black's Law Dictionary*, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990.
- Brown, Raymond. *The Law of Defamation in Canada*, 2nd ed. (looseleaf) Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.
- Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 7th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1997.
- Milmo, Patrick and W. V. H. Rogers. *Gatley on Libel and Slander*, 9th ed. London: Sweet & Maxwell, 1998.
- Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

MOTION to strike out the defendant's counterclaim alleging, *inter alia*, ministerial bias in an action to revoke the defendant's citizenship. Motion dismissed except with respect to the Charter challenges not attacking the legislative scheme as a whole, and the pleading alleging bias was ordered to be amended.

## APPEARANCES:

- Beverly J. Wilton* for plaintiff.  
*Douglas H. Christie* for defendant.

## SOLICITORS OF RECORD:

- Deputy Attorney General of Canada* for plaintiff.  
*Douglas H. Christie*, Victoria, for defendant.

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

[1] HARGRAVE P.: On 23 August 2001, pursuant to subsection 18(1) of *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, as amended (the Act), the Minister of Citizenship and Immigration (the Minister), the plaintiff, signed a notice of an intention to revoke the citizenship of the defendant, Mr. Seifert. The defendant apparently then made a request pursuant to subsection 18(2) of the Act, that the Minister refer the matter to the Federal Court.

[2] In this action the Federal Court is asked to determine whether the defendant was admitted to

## DOCTRINE

- Black's Law Dictionary*, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990.
- Brown, Raymond. *The Law of Defamation in Canada*, 2nd ed. (looseleaf) Scarborough (Ont.): Carswell, 1994.
- Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 7th ed. Markham (Ont.): Butterworths, 1997.
- Milmo, Patrick et W. V. H. Rogers. *Gatley on Libel and Slander*, 9th ed. London, Sweet & Maxwell, 1998.
- Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

REQUÊTE visant la radiation de la demande reconventionnelle du défendeur, dans laquelle il était entre autres allégué que le ministre avait agi d'une façon partielle en prenant des mesures en vue de révoquer la citoyenneté du défendeur. Requête rejetée sauf en ce qui concerne les contestations fondées sur la Charte ne visant pas le régime législatif dans son ensemble; la modification de l'acte de procédure dans lequel la partialité était alléguée a été ordonnée.

## ONT COMPARU:

- Beverly J. Wilton* pour le demandeur.  
*Douglas H. Christie* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

- Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.  
*Douglas H. Christie*, Victoria, pour le défendeur.

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

[1] LE PROTONOTAIRE HARGRAVE: Le 23 août 2001, conformément au paragraphe 18(1) de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, dans sa forme modifiée (la Loi), le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le ministre) demandeur a signé un avis d'intention de révoquer la citoyenneté du défendeur, M. Seifert. Le défendeur a apparemment ensuite présenté une demande en vertu du paragraphe 18(2) de la Loi pour que le ministre renvoie l'affaire devant la Cour fédérale.

[2] Dans cette action, on demande à la Cour fédérale de déterminer si le défendeur a été admis au Canada à

Canada on the basis of false representation, fraud or knowing concealment of material circumstances.

[3] The motion underlying these reasons arises out of the defendant's counterclaim. The plaintiff asks that it be struck out for various of the reasons set out in *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106], rule 221, including want of a reasonable cause of action in the counterclaim, immateriality, scandalous, frivolous or vexatious content, prejudice or delay of a fair trial and abuse of the process of the Court. In these reasons, I have disregarded the request in the motion for particulars of one of the pleas in the counterclaim. I am satisfied that, well before the filing of the plaintiff's amended written argument, the requested particulars were received by the Crown.

[4] The counterclaim covers a broad spectrum, including pleas based on 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]] through misfeasance of public duty and defamation, to bias on the part of the Minister. Some of the arguments submitted by the plaintiff as a basis for striking out may be dealt with fairly summarily. The more interesting aspect is the plea in the counterclaim of bias on the part of the Minister.

## ANALYSIS

### Striking Out a Pleading

[5] I will first set out the basic law as to striking out a pleading and will then consider various specific aspects of the counterclaim and any additional applicable law.

[6] At this stage in the proceeding, being a motion to strike out, the Court makes no hard and fast findings of

la suite d'une fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels.

[3] La requête sous-tendant ces motifs découle de la demande reconventionnelle présentée par le défendeur. Le demandeur sollicite la radiation de la demande reconventionnelle pour divers motifs prévus à la règle 221 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106], notamment que la demande reconventionnelle ne révèle aucune cause d'action valable, qu'elle n'est pas pertinente, qu'elle est scandaleuse, frivole ou vexatoire, qu'elle risque de nuire à l'instruction équitable de l'action ou de la retarder et qu'elle constitue un abus de procédure. Dans ces motifs, je n'ai pas tenu compte de la demande qui avait été faite dans la requête en vue de l'obtention de précisions au sujet d'une des plaidoiries invoquées dans la demande reconventionnelle. Je suis convaincu que la Couronne a obtenu les précisions demandées bien avant le dépôt de l'argumentation écrite modifiée du demandeur.

[4] La demande reconventionnelle couvre une vaste gamme de questions, notamment des plaidoiries fondées sur la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], sur l'abus d'autorité dans l'exercice d'une charge publique et sur la diffamation ainsi que sur la partialité dont a fait preuve le ministre. Certains des arguments soumis par le demandeur à l'appui de la radiation peuvent être examinés d'une façon passablement sommaire. L'aspect le plus intéressant se rapporte à la plaidoirie de partialité de la part du ministre qui est invoquée dans la demande reconventionnelle.

## ANALYSE

### Radiation d'un acte de procédure

[5] J'énoncerai d'abord le droit fondamental relatif à la radiation d'un acte de procédure et j'examinerai ensuite divers aspects précis de la demande reconventionnelle et toute autre règle de droit applicable.

[6] À ce stade de l'instance, soit au stade d'une requête en radiation, la Cour ne tire aucune conclusion

facts. For example, in deciding this motion the Court does not decide the issue of whether or not there was bias. Rather, the Court is to test the various pleas, here pleas in the counterclaim, in order to determine if they have any chance of success. Unless a pleading is so forlorn that it plainly, obviously and beyond doubt cannot succeed, the defendant must have the opportunity for a full hearing, at trial, on that pleading.

[7] The law is well established as to when a pleading should be struck out, thus depriving a party of a day in court, or of an opportunity to have a plea tested in court. However, it is too easy to overlook the actual stringency and the heavy burden on the moving party which is imposed by the test for striking out. The law on striking out a pleading, pursuant to rule 221 and to which I will now turn, is not trite: it bears repeating so that the reader and I have the correct principles firmly in mind.

[8] The test which the moving party, here the plaintiff, must satisfy in order to have a plea struck out has been set out in many cases, including by the Supreme Court of Canada in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, at page 740; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, at page 980; and *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441, at pages 449 and 446–447. To summarize these cases, a party should not be driven from the judgment seat if there is a chance that he or she might succeed, notwithstanding either the novelty of the cause of action or the length and complexity of issue. Rather, the pleading must contain a radical defect, to the extent that the moving party can demonstrate it to be plain, obvious and beyond doubt that the pleading must fail for want of cause of action, before a pleading may be struck out. If that is not enough of a burden, the facts which have been pleaded must, for the purposes of a motion based upon want of cause of action, be taken as proven: see for example, *Inuit Tapirisat, supra*, and *Operation Dismantle, supra*,

définitive au sujet des faits. Ainsi, en statuant sur la requête, la Cour ne détermine pas s'il y a eu partialité. Elle doit plutôt examiner les diverses plaidoiries, soit dans ce cas-ci celles qui ont été invoquées dans la demande reconventionnelle, afin de déterminer si elles ont quelque chance de succès. Le défendeur doit avoir la possibilité de se faire entendre à l'instruction au sujet d'un acte de procédure à moins que celui-ci ne soit si désespéré qu'il est évident et manifeste et au-delà de tout doute qu'il n'a aucune chance de succès.

[7] Le droit est bien établi pour ce qui est de la question de savoir dans quelles circonstances un acte de procédure doit être radié, de sorte qu'une partie est privée de la possibilité de se faire entendre devant la Cour ou de la possibilité de faire examiner une plaidoirie par la Cour. Toutefois, il est trop facile d'omettre de tenir compte du caractère rigoureux du critère applicable en matière de radiation et de la lourde charge que ce critère impose à la partie requérante. Conformément à la règle 221, que j'examinerai maintenant, le droit relatif à la radiation d'un acte de procédure n'est pas bien établi: il importe de le répéter de façon que l'on ait les principes applicables fermement à l'esprit.

[8] Le critère auquel la partie requérante, soit le demandeur dans ce cas-ci, doit satisfaire afin de faire radier une plaidoirie a été énoncé à maintes reprises, notamment par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735, à la page 740; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, à la page 980; et *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441, aux pages 449 ainsi que 446 et 447. En résumé, selon ces arrêts, une partie ne devrait pas être privée d'un jugement s'il y a une chance qu'elle ait gain de cause, et ce, malgré la nouveauté de la cause d'action ou la longueur et la complexité de la question. L'acte de procédure doit plutôt contenir un vice tel que la partie requérante peut démontrer au préalable qu'il est évident et manifeste et au-delà de tout doute qu'il doit être rejeté parce qu'il ne révèle aucune cause d'action. Indépendamment de cette lourde obligation, il faut tenir les faits allégués pour avérés, aux fins d'une requête fondée sur l'absence de cause d'action: voir par exemple

at page 449. Subsection 221(2) of the Rules provides that on a motion to strike out for want of a cause of action, under paragraph 221(1)(a), affidavit evidence is not to be heard.

[9] The standard for striking out a pleading under the remaining heads of rule 221 is at least as stringent as that for want of a cause of action: see for example, *Waterside Ocean Navigation Co., Inc. v. International Navigation Ltd.*, [1977] 2 F.C. 257 (T.D.), at page 259. I am further guided by the approach taken by Mr. Justice Pratte, as he then was, in *Creaghan Estate v. The Queen*, [1972] F.C. 732 (T.D.), at page 736:

(3) Finally, in my view, a statement of claim should not be ordered to be struck out on the ground that it is vexatious, frivolous or an abuse of the process of the Court, for the sole reason that in the opinion of the presiding judge, plaintiff's action should be dismissed. In my opinion, a presiding judge should not make such an order unless it be obvious that the plaintiff's action is so clearly futile that it has not the slightest chance of succeeding, whoever the judge may be before whom the case could be tried. It is only in such a situation that the plaintiff should be deprived of the opportunity of having "his day in Court".

[10] Among the concepts upon which the plaintiff relies are frivolousness, vexatiousness and abuse of process. Cases, defining those concepts, are set out in *Larden v. Canada* (1998), 145 F.T.R. 140 (F.C.T.D.), at page 150, which I shall paraphrase. A frivolous plea is one so palpably bad that the Court needs no real argument to be convinced of that fact. Indeed, a frivolous plea is indicative of bad faith. Frivolous and vexatious pleas include those brought or carried on by a party who is not acting *bona fide*. Indeed it is a proceeding which will lead to no practical result.

[11] The concepts of frivolousness and vexatiousness define the obviously unsustainable claim: see *Attorney General of the Duchy of Lancaster v. London & North Western Railway Company*, [1892] 3 Ch. 274 (C.A.), at page 277. The frivolous and vexatious pleading includes those which are an abuse of process: *Ashmore v. British*

*Inuit Tapirisat*, précité, et *Operation Dismantle*, précité, à la page 449. Le paragraphe 221(2) des Règles prévoit qu'aucune preuve n'est admissible dans le cadre d'une requête en radiation fondée sur l'absence de cause d'action.

[9] La norme applicable à la radiation d'un acte de procédure fondée sur les autres chefs prévus à la règle 221 est au moins aussi rigoureuse que celle qui s'applique à l'absence de cause d'action: voir par exemple *Waterside Ocean Navigation Co., Inc. c. International Navigation Ltd.*, [1977] 2 C.F. 257 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 259. Je m'inspire par ailleurs de l'approche adoptée par M. le juge Pratte (tel était alors son titre) dans la décision *Succession Creaghan c. La Reine*, [1972] C.F. 732 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 736:

(3) Enfin, une déclaration ne doit pas, à mon avis, être radiée pour le motif qu'elle est vexatoire ou futile, ou qu'elle constitue un emploi abusif des procédures de la Cour, pour la seule raison que, de l'avis du juge qui préside l'audience, l'action du demandeur devrait être rejetée. Je suis d'avis que le juge qui préside ne doit pas rendre une pareille ordonnance à moins qu'il ne soit évident que l'action du demandeur est tellement futile qu'elle n'a pas la moindre chance de réussir, quel que soit le juge devant lequel l'affaire sera plaidée au fond. C'est uniquement dans ce cas qu'il y a lieu d'enlever au demandeur l'occasion de plaider.

[10] Le demandeur se fonde entre autres sur le caractère frivole et vexatoire ainsi que sur l'abus de procédure. Les décisions dans lesquelles ces concepts sont définis sont énoncées dans la décision *Larden c. Canada* (1998), 145 F.T.R. 140 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 150, que je paraphraserai. Une plaidoirie frivole est une plaidoirie qui est si manifestement mal fondée qu'aucun débat véritable n'est nécessaire pour convaincre la Cour. En fait, c'est une plaidoirie qui dénote de la mauvaise foi. Les plaidoiries frivoles et vexatoires se rapportent notamment à une procédure engagée ou maintenue par une partie qui n'agit pas de bonne foi. De fait, c'est une procédure qui ne mènera à aucun résultat pratique.

[11] Les concepts de caractère frivole et vexatoire définissent la demande de toute évidence insoutenable: voir *Attorney General of the Duchy of Lancaster v. London & North Western Railway Company*, [1892] 3 Ch. 274 (C.A.), à la page 277. L'acte de procédure frivole et vexatoire comprend celui qui constitue un

*Coal Corp.*, [1990] 2 Q.B. 338 (C.A.), at page 347. To sort out the slightly circular definition, an abusive action is that which misuses or perverts the procedures of the court. An abusive action is one which can lead to no possible good, indeed an action in which a party is dragged through long and expensive litigation for no possible benefit: see *Willis v. Earl of Beauchamp* (1886), 11 P.D. 59 (C.A.), at page 63.

[12] Finally, if a pleading might possibly succeed if it were amended, such an amendment should be allowed. To deny an amendment, on a motion to strike out a pleading, there must not be a scintilla of a cause of action: for this concept see *Kiely v. Canada* (1987), 10 F.T.R. 10 (F.C.T.D.), at page 11; and *Larden, supra*, at pages 149–150.

[13] To sum up all of this, a court will not deny a party a day in court so long as there is any chance, however small, of the claim succeeding. Here it is for the party challenging the pleading to meet the heavy burden of establishing that it is plain, obvious and beyond doubt that the pleading will not succeed.

#### Prejudice and Delay Arising Out of Counterclaim

[14] The plaintiff submits that a counterclaim, as a whole, prejudices and delays the hearing of the Minister's case. Leaving aside that this is an unusual plea, for counterclaims are regular part of litigation, I do not see, given the time that has gone by, that any minor delay attributable to the counterclaim, and here the plaintiff merely charges delay, without any evidence, is of any consequence, let alone serious enough to call for striking out the statement of claim.

[15] As to prejudice, that might only be a ground on which to strike out where the effect of the prejudice could not be compensated for in costs. The plaintiff fails to elaborate on the prejudice theme. The plaintiff has not met the heavy burden of showing the whole of the

abus de procédure: *Ashmore v. British Coal Corp.*, [1990] 2 Q.B. 338 (C.A.), à la page 347. J'éclaircirai cette définition vaguement tautologique en disant que l'action abusive est celle qui fait un mauvais emploi des procédures judiciaires ou qui les dénature. L'action abusive est une action qui ne peut aboutir à aucun bon résultat; il s'agit en fait d'une action dans laquelle une partie est entraînée dans un litige long et coûteux sans qu'aucun avantage ne puisse en résulter: voir *Willis v. Earl of Beauchamp* (1886), 11 P.D. 59 (C.A.), à la page 63.

[12] Enfin, si la modification d'un acte de procédure permet à celui-ci d'avoir des chances de succès, la modification devrait être admise. Pour qu'une modification soit refusée dans le cadre d'une requête visant la radiation d'un acte de procédure, il ne doit pas y avoir la moindre cause d'action: voir, à ce sujet, *Kiely c. Canada* (1987), 10 F.T.R. 10 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 11; et *Larden*, précité, aux pages 149 et 150.

[13] En somme, un tribunal judiciaire ne devrait pas refuser d'entendre une partie s'il existe la moindre chance que la demande soit accueillie. Il incombe à la partie qui conteste l'acte de procédure de satisfaire à l'obligation lourde qui lui incombe d'établir qu'il est évident et manifeste et au-delà de tout doute que l'acte de procédure n'a aucune chance de succès.

#### Préjudice et retard découlant d'une demande reconventionnelle

[14] Le demandeur affirme qu'une demande reconventionnelle, dans son ensemble, nuit à l'audition de la cause du ministre et la retarde. Indépendamment du fait qu'il s'agit d'une plaidoirie inhabituelle, car les demandes reconventionnelles font régulièrement partie d'un litige, je ne crois pas, compte tenu du temps qui s'est écoulé, que le léger retard attribuable à la demande reconventionnelle, et ici le demandeur invoque simplement le retard sans fournir la moindre preuve, tire à conséquence ou qu'il soit suffisamment sérieux pour exiger la radiation de la déclaration.

[15] Quant à la question du préjudice, cela pourrait uniquement constituer un motif de radiation s'il était impossible de le compenser par l'octroi de dépens. Or, le demandeur ne donne pas de précisions au sujet du préjudice. Le demandeur n'a pas satisfait à la lourde

counterclaim ought to be struck out as prejudicial.

#### Material Facts

[16] The plaintiff submits that the counterclaim fails to contain a precise statement of material facts upon which the defendant relies, but rather sets out conclusions of law. I disagree. The counterclaim, taken as a whole, alleges sufficient material facts, in an intelligible form, so as to delineate causes of action which the plaintiff may understand and answer.

#### Materiality of Counterclaim

[17] Late in the written argument the Minister submits, in general terms, that the counterclaim is immaterial to the hearing of the plaintiff's action. Granted, the subject-matter of the Crown's action, while potentially massive, reduces to a very narrow point. This has no bearing on the right of a defendant to bring a counterclaim, moreover, while counterclaims are stand-alone pleadings, a counterclaim may also raise a valid defence to a claim in an incidental manner. I have in mind, by way of example, a counterclaim for an incidental breach of contract in an action for patent infringement, as was the situation in *Titan Linkabit Corp. v. S.E.E. See Electronic Engineering Inc.* (1992), 44 C.P.R. (3d) 469 (F.C.T.D.).

[18] The authorities offered by the plaintiff and said to bear on immateriality, substantial cases offered without any specific page references, do not assist the plaintiff as to immateriality. The concept of immateriality is that of a lack of substantial importance or consequence.

[19] Unfortunately a substantial portion of the plaintiff's written submissions on striking out depart

obligation qui lui incombe de démontrer que la demande reconventionnelle dans son ensemble devrait être radiée parce qu'elle est préjudiciable.

#### Faits essentiels

[16] Le demandeur affirme que la demande reconventionnelle ne renferme aucun énoncé précis des faits essentiels sur lesquels le défendeur se fonde, mais qu'elle énonce plutôt des conclusions de droit. Je ne suis pas d'accord. La demande reconventionnelle, considérée dans son ensemble, renferme des allégations suffisantes relatives aux faits essentiels, et ce, sous une forme intelligible, de façon à définir des causes d'action que le demandeur peut comprendre et auxquelles il peut répondre.

#### Pertinence de la demande reconventionnelle

[17] À la fin de son argumentation écrite, le ministre affirme, d'une façon générale, que la demande reconventionnelle n'est pas pertinente pour ce qui est de l'audition de l'action du demandeur. À vrai dire, l'objet de l'action de la Couronne, tout en pouvant être important, se réduit en une question fort stricte. Cela n'influe pas sur le droit d'un défendeur de présenter une demande reconventionnelle et, en outre, bien qu'elle constitue un acte de procédure autonome, une demande reconventionnelle peut également soulever d'une façon accessoire un moyen de défense valable. Je songe par exemple à une demande reconventionnelle relative à la violation accessoire d'un contrat dans une action en contrefaçon de brevet, telle que celle qui a été présentée dans l'affaire *Titan Linkabit Corp. c. S.E.E. See Electronic Engineering Inc.* (1992), 44 C.P.R. (3d) 469 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

[18] Les décisions invoquées par le demandeur qui porteraient sur la question de la pertinence, lesquelles sont fort longues et à l'égard desquelles les numéros de page ne sont pas expressément mentionnés, n'aident pas le demandeur pour ce qui est de la question de la pertinence. Le concept de manque de pertinence veut dire qu'une question n'est pas suffisamment importante ou ne tire pas à conséquence.

[19] Malheureusement, une bonne partie des arguments écrits du demandeur se rapportant à la

from the usual tested and accepted format. The submissions do not link specific numbered paragraphs of the counterclaim with specific heads for striking out under rule 221, but rather take a broad approach. In some instances the linkage made by the plaintiff is clear, with others less so and some puzzling. For example, paragraphs 7 and 17 fall into this latter category, leaving one wondering as to the nature of the plaintiff's attack. These two paragraphs allege that certain specific paragraphs of the statement of claim are, among other things, prejudicial, scandalous and vexatious and should be struck out. This plea, of course, does not have any effect at this point. Nor would a trial judge, short of a motion, strike out those portions of the statement of claim, but rather he or she would make a finding on the merits. However, whatever the plaintiff's line of attack, the defendant's plea has relevance: a court will not strike out a pleading, under rule 221, except for want of a cause of action, where the pleading has been unconditionally responded to by the other side: see for example *Nabisco Brands Ltd. v. Procter & Gamble Co. et al.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 417 (F.C.A.). The sort of reservation which the defendant makes in paragraphs 7 and 17 of the counterclaim effectively reserves that right to a party, to move to strike out, after he or she has responded to a pleading said to be vexatious, scandalous, prejudicial and the like. Notwithstanding that this sort of reservation is usually set out in a defence, I cannot say it is plain, obvious and beyond doubt that these two paragraphs must fail as a reservation of an opportunity to move to strike out portions of the statement of claim at some later date.

[20] In the present instance I am unable to agree with the plaintiff that the counterclaim is generally and overall immaterial. However, this observation does not mean that portions of the counterclaim may not be struck out for other more tangible reasons.

radiation ne sont pas soumis selon la présentation habituelle qui a été mise à l'épreuve et acceptée. Aucun lien n'est établi entre des paragraphes numérotés précis de la demande reconventionnelle et des chefs précis de radiation prévus à la règle 221, mais une approche générale est plutôt adoptée. Dans certains cas, le lien établi par le demandeur est clair, alors que dans d'autres cas, il l'est moins et il est même quelque peu embrouillé. Ainsi, les paragraphes 7 et 17 appartiennent à cette dernière catégorie, et l'on peut se demander quelle est la nature de la contestation du demandeur. En effet, il y est allégué que certains paragraphes précis de la déclaration sont, entre autres choses, préjudiciables, scandaleux et vexatoires et qu'ils devraient être radiés. Bien sûr, cette plaidoirie n'a aucun effet à ce stade. De plus, en l'absence d'une requête, le juge présidant l'instruction ne radierait pas ces parties de la déclaration, mais il tirerait plutôt une conclusion au fond. Toutefois, quel que soit le genre de contestation sur lequel le demandeur se fonde, la plaidoirie du défendeur est pertinente: un tribunal judiciaire ne radiera pas un acte de procédure en vertu de la règle 221 à moins qu'il ne révèle aucune cause d'action, si la partie adverse a répondu d'une façon inconditionnelle à cet acte de procédure: voir par exemple *Nabisco Brands Ltée c. Procter & Gamble Co. et al.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 417 (C.A.F.). Le genre de réserve que le défendeur fait aux paragraphes 7 et 17 de la demande reconventionnelle est en fait une réserve du droit de demander la radiation après avoir répondu à un acte de procédure qui serait censément vexatoire, scandaleux, préjudiciable et ainsi de suite. Même si les réserves de ce genre sont habituellement faites dans une défense, je ne puis dire qu'il est évident et manifeste et au-delà de tout doute que les deux paragraphes en question doivent être rejetés parce qu'ils réservent le droit de demander à une date ultérieure la radiation de certaines parties de la déclaration.

[20] En l'espèce, je ne puis souscrire à l'avis du demandeur selon lequel, d'une façon générale et dans son ensemble, la demande reconventionnelle n'est pas pertinente. Toutefois, cela ne veut pas pour autant dire que certaines parties de la demande reconventionnelle ne peuvent pas être radiées pour d'autres motifs plus évidents.

Sections 7 and 11 of the Charter

[21] The Crown submits that the Court has held that sections 7 and 11 of the Charter are not engaged in citizenship revocation proceedings. While counsel of the Crown refers to a number of cases bearing on section 7 of the Charter, many hundreds of pages in total, the pertinent portions of these authorities are neither specifically delineated in the written argument, nor marked in the cases themselves, as presented in the two large volumes of authorities. This departure from the norm indicates at least a certain degree of casualness which one would not expect on a motion of consequence in an important matter.

[22] The Crown first refers to *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Fast* (2001), 208 D.L.R. (4th) 729 (F.C.T.D.). There the defendant, against whom the Crown sought revocation of citizenship, sought a stay. In that case, by reason of an inability of Mr. Fast, who was suffering from an Alzheimer's type of dementia, to participate meaningfully in the trial, the Trial Judge would, if the matter were free from authority, have given Mr. Fast the benefit of section 7 of the Charter. However, the Trial Judge felt bound by authority that section 7 of the Charter did not apply to citizenship revocation proceedings in the Federal Court. This inapplicability of section 7 arises because the Court, in a revocation proceeding, apparently does not deprive the defendant of liberty, or security of the person, or of any legal right, but rather decides certain facts to form the basis of a report which might or might not subsequently result in revocation of citizenship and deportation by the Minister. This did not sit well with the judge in *Fast*, who, in a carefully reasoned opinion would, in the absence of binding authority, have found to the contrary.

[23] A case by which Mr. Justice Pelletier felt bound, in deciding *Fast*, was *Canada (Minister of Citizenship*

Articles 7 et 11 de la Charte

[21] La Couronne affirme que la Cour a statué que les articles 7 et 11 de la Charte n'entrent pas en ligne de compte dans les procédures de révocation de la citoyenneté. L'avocate de la Couronne mentionne un certain nombre de décisions portant sur l'article 7 de la Charte, qui comportent plusieurs centaines de pages en tout, mais les passages pertinents de ces décisions ne sont pas expressément indiqués dans l'argumentation écrite et ils ne sont pas soulignés dans les décisions elles-mêmes, telles qu'elles sont présentées dans les deux gros recueils de jurisprudence. Cette dérogation à la norme démontre, du moins dans une certaine mesure, un manque de méthode auquel on ne s'attendrait pas dans une requête tirant à conséquence dans une affaire importante.

[22] La Couronne mentionne d'abord la décision *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Fast* (2001), 208 D.L.R. (4th) 729 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). Dans cette affaire-là, le défendeur, à l'encontre duquel la Couronne avait engagé des procédures de révocation de la citoyenneté, avait demandé une suspension. Étant donné que M. Fast, qui était atteint d'une forme de démence de type Alzheimer, n'était pas en mesure de participer utilement à l'instruction, le juge président l'instruction lui aurait permis de se prévaloir de l'article 7 de la Charte, en l'absence de décision faisant autorité. Toutefois, le juge estimait être lié par les décisions faisant autorité selon lesquelles l'article 7 de la Charte ne s'appliquait pas aux procédures de révocation de la citoyenneté engagées devant la Cour fédérale. L'article 7 n'est pas applicable parce que, dans une procédure de révocation, la Cour ne prive apparemment pas le défendeur de son droit à la liberté ou à la sécurité de sa personne, ou encore d'un autre droit, mais statue plutôt sur certains faits sur lesquels est fondé un rapport susceptible d'entraîner subséquemment la révocation de la citoyenneté et la prise d'une mesure d'expulsion de la part du ministre. Dans l'affaire *Fast*, cet argument ne plaisait pas au juge, qui a dit dans un avis minutieusement motivé qu'en l'absence de décisions faisant autorité le liant, il serait arrivé à la conclusion contraire.

[23] Dans l'affaire *Fast*, M. le juge Pelletier estimait être lié par la décision *Canada (Ministre de la*



*and Immigration*) v. *Obodzinsky* (2000), 199 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); affirmed by the Federal Court of Appeal (2001), 278 N.R. 182, leave to appeal to S.C.C. denied 14 February 2002 [[2001] C.S.C.R. n° 363 (QL)], in which, in analogous proceedings, a stay based upon section 7 of the Charter was denied, by Mr. Justice Nadon, as he then was, at page 6 and following. To a similar result and effect are *Luitjens v. Canada (Secretary of State)* (1992), 142 N.R. 173 (F.C.A.), at page 175; affirmed by (1992), 143 N.R. 316 (S.C.C.) and *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Katriuk* (1999), 156 F.T.R. 161 (F.C.T.D.), affirmed by the Federal Court of Appeal (1999), 11 Imm. L.R. (3d) 178. In the latter the Federal Court of Appeal touched upon section 7 of the Charter, at page 181, leave to appeal dismissed by Supreme Court of Canada (2000), 256 N.R. 199. Counsel for the plaintiff also refers generally, in written argument, to *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, I assume for the concept, at page 412 and following, that the Federal Court is merely on a fact-finding expedition, an expedition which determines no legal rights.

[24] The defendant's response, to these cases involving section 7 of the Charter is that the challenge by Mr. Seifert is to the effect that, while most aspects of citizenship revocation proceedings do not engage section 7 of the Charter, there is a possible circumstance which will engage section 7 of the Charter, namely a challenge of the whole scheme provided for under the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2] for dealing with people in Mr. Seifert's situation. Here counsel for Mr. Seifert refers to *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Dueck*, [1998] 2 F.C. 614 (T.D.), a decision of Mr. Justice Noël, as he then was. At paragraph 32 and following, Mr. Justice Noël acknowledged that a decision under section 18 of the *Citizenship Act*, that is the proceeding which we have in the present instance, is not a final determination of any legal right and, therefore, section 7 of the Charter is not engaged. Mr. Justice Noël then went on to refer to *Nguyen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 F.C. 696 (C.A.), a decision which Mr. Justice Marceau rendered on behalf of the

*Citoyenneté et de l'Immigration*) c. *Obodzinsky* (2000), 199 F.T.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); confirmé par la Cour d'appel fédérale (2001), 278 N.R. 182, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 14 février 2002 [[2001] C.S.C.R. n° 363 (QL)], où, dans des procédures analogues, une suspension fondée sur l'article 7 de la Charte avait été refusée par M. le juge Nadon (tel était alors son titre), à la page 6 et suivantes. Le résultat et l'effet étaient les mêmes dans les décisions *Luitjens c. Canada (Secrétaire d'État)* (1992), 142 N.R. 173 (C.A.F.), à la page 175; confirmée par (1992), 143 N.R. 316 (C.S.C.); et *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Katriuk* (1999), 156 F.T.R. 161 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), confirmée par la Cour d'appel fédérale (1999), 11 Imm. L.R. (3d) 178. Dans cette dernière affaire, la Cour d'appel fédérale a traité de l'article 7 de la Charte, à la page 181, autorisation de pourvoi refusée par la Cour suprême du Canada (2000), 256 N.R. 199. Dans son argumentation écrite, l'avocate du demandeur mentionne également d'une façon générale l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, en ce qui concerne, si je comprends bien, la thèse mentionnée à la page 412 et suivantes, à savoir que la Cour fédérale cherche simplement à constater les faits, sans déterminer les droits juridiques.

[24] En réponse aux décisions se rapportant à l'article 7 de la Charte, le défendeur affirme que, même si la plupart des aspects d'une procédure de révocation de la citoyenneté ne mettent pas en cause l'article 7 de la Charte, cette disposition peut entrer en ligne de compte dans un cas, à savoir la contestation de l'ensemble du régime prévu par la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2] en ce qui concerne les personnes qui sont dans la même situation que lui. L'avocat de M. Seifert mentionne ici la décision *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Dueck*, [1998] 2 C.F. 614 (1<sup>re</sup> inst.), rendue par M. le juge Noël (tel était alors son titre). Au paragraphe 32 et suivants, le juge Noël a reconnu qu'une décision fondée sur l'article 18 de la *Loi sur la citoyenneté*, c'est-à-dire la disposition prévoyant la procédure ici en cause, n'est nullement un jugement définitif sur des droits juridiques et que l'article 7 de la Charte n'est donc pas en cause. Le juge Noël a ensuite mentionné l'arrêt *Nguyen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 C.F. 696 (C.A.)

Court of Appeal. A concept borrowed from *Nguyen* and referred to by Mr. Justice Noël, in *Dueck*, is that while the Charter is not engaged when a notice of revocation reaches a section 18 reference before the Court, section 7 of the Charter might be engaged and relied upon if there is an attack on the legislative scheme as a whole, that is against the whole scheme, under the *Immigration Act*, dealing with people involved in citizenship revocation proceedings. I will elaborate.

[25] In the *Nguyen, supra*, the Court of Appeal dealt with a deportation order, the question of whether Mr. Nguyen was eligible to have his claim for status determined by the Refugee Division and the engagement of various portions of the Charter, including sections 7 and 15 of the Charter. In *Nguyen* the Court of Appeal denied that any Charter rights had been violated by a denial of a request by Mr. Nguyen to have his claim for refugee status determined by the Refugee Division, on the basis that neither section 7 nor section 15 of the Charter had been violated. Mr. Justice Marceau, at pages 705-706, observed that neither of the decisions, that is under section 7 or section 15 of the Charter, was vulnerable to a constitutional attack, but left open whether the whole of the immigration scheme might be denounced, even though its individual parts were acceptable, there referring to *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711:

Thus, when considered independently of one another, neither of the two decisions made in implementing the impugned scheme is vulnerable to constitutional attack. This conclusion, however, is not determinative. A legislative scheme may be denounced even if its parts are in themselves acceptable. The interaction between the parts may create a completely new context and force a new approach. This, I believe, is the attitude that the Supreme Court adopted in *Chiarelli, supra*.

In the *Chiarelli* case, a permanent resident had been ordered deported after having been found to be a person described in section 27 of the Act, and his right to appeal on compassionate grounds under the then paragraph 72(1)(b) [S.C. 1976-77, c. 52] of the Act [*Immigration Act, 1976*] (now paragraph 70(1)(b) [as am. *idem*, s. 18]) had been removed due to the issuance of a security certificate by the

cette décision ayant été rendue par M. le juge Marceau pour le compte de la Cour d'appel. Selon une thèse avancée dans l'arrêt *Nguyen* et mentionnée par le juge Noël dans la décision *Dueck*, bien que la Charte ne soit pas en jeu lorsque l'avis de révocation parvient au stade du renvoi devant la Cour en vertu de l'article 18, l'article 7 de la Charte pourrait être en jeu et pourrait être invoqué si l'on conteste le régime législatif dans son ensemble, c'est-à-dire le régime prévu par la *Loi sur l'immigration* à l'égard des gens qui sont en cause dans une procédure de révocation de la citoyenneté. Je donnerai maintenant des précisions.

[25] Dans l'affaire *Nguyen*, précitée, la Cour d'appel était saisie d'une mesure d'expulsion; il s'agissait de savoir si M. Nguyen était admissible à faire juger sa revendication par la section du statut et si diverses dispositions de la Charte, notamment les articles 7 et 15, étaient en cause. Dans l'arrêt *Nguyen*, la Cour d'appel a dit qu'il n'avait pas été porté atteinte aux droits reconnus par la Charte par suite du rejet de la demande que M. Nguyen avait faite en vue de faire déterminer sa revendication par la section du statut, l'article 7 et l'article 15 de la Charte n'ayant pas été violés. Le juge Marceau, aux pages 705 et 706, a fait remarquer qu'aucune des deux décisions n'était vulnérable sur le plan constitutionnel en vertu de l'article 7 ou de l'article 15 de la Charte, mais qu'il restait encore à savoir si l'ensemble du régime en matière d'immigration pouvait être contesté même si ses parties individuelles étaient acceptables, et le juge a mentionné à ce sujet l'arrêt *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711:

Donc, lorsqu'elles sont considérées indépendamment l'une de l'autre, aucune des deux décisions rendues en application de la mesure législative contestée n'est vulnérable sur le plan constitutionnel. Cette conclusion n'est toutefois pas décisive. Une mesure législative peut être contestée même si ses parties sont en elles-mêmes acceptables. En effet, l'action réciproque de ses parties peut créer un contexte complètement nouveau et imposer une approche différente. C'est là, je crois, l'attitude qu'a adopté la Cour suprême dans l'arrêt *Chiarelli*, précité.

Dans l'affaire *Chiarelli*, on avait ordonné l'expulsion d'un résident permanent après avoir déterminé qu'il était visé par l'article 27 de la Loi, et il avait perdu son droit d'interjeter appel pour des raisons d'ordre humanitaire en vertu de ce qui était alors l'alinéa 72(1)(b) [S.C. 1976-77, ch. 52] de la Loi [*Loi sur l'immigration de 1976*] (aujourd'hui l'alinéa 70(1)(b) [mod., *idem*, art. 18]) suite à la délivrance de l'attestation du

Minister under sections 82.1 [as am. by S.C. 1984, c. 21, s. 84] and 83 [as am. *idem*] of the Act (now 81 and 82). The Supreme Court, following in that respect the approach of this Court, examined the constitutional challenge as being aimed at the scheme viewed as a whole. The removal of the special right to appeal was perceived as the removal of a means to oppose the deportation order and, as a result, might engage section 7 of the Charter. Similarly in our case, while a determination of ineligibility under subparagraph 46.01(1)(e)(ii) of the Act is only indirectly linked to the deportation order, nevertheless it has the effect of taking away the only possible barrier to the issuance of an unconditional deportation order, and as such participates in the deprivation of liberty and, possibly, the security of the individual which results from deportation. More generally, the deprivation of liberty involved in any forced deportation is given a new dimension by the fact that the individual to be deported claims to be a refugee. It is appropriate, therefore, to assume that section 7 of the Charter is brought into play with respect to the scheme as a whole, that is to say with respect not only to the issuance of the deportation order, but also to the ineligibility decision based on the public danger certificate. The question becomes whether the issuance of the public danger certificate, the central feature of the scheme as a whole, could be said to have violated a principle of fundamental justice.

A complete answer to the question requires that two aspects be examined: the substantive aspect, which is concerned with the contents or the substance of the legislative provision, and the procedural aspect, which looks at the manner in which the legislation is in fact implemented. Counsel made lengthy submissions on both aspects. None of these submissions, however, convince me that the legislation or its implementation in this case is constitutionally unacceptable.

The Supreme Court of Canada refused leave to appeal Mr. Justice Marceau's decision [1993] 1 S.C.R. viii. Thus this concept, that a legislative scheme as a whole may be denounced under the Charter, even though its parts are in themselves acceptable, stands.

[26] Defence counsel is experienced: I may safely conclude that he well knew, when he drafted the counterclaim, that section 7 of the Charter was not engaged by a specific section of the *Immigration Act*, a section 18 reference to the Court. While Mr. Seifert's

ministre en vertu des articles 82.1 [mod. par S.C. 1984, ch. 21, art. 84] et 83 [mod., *idem*] de la Loi (aujourd'hui les articles 81 et 82). La Cour suprême, suivant à cet égard la ligne de conduite de cette Cour, a étudié le défi constitutionnel comme s'il s'adressait au cadre législatif pris dans son ensemble. Le retrait du droit particulier d'interjeter appel a été perçu comme le retrait d'un recours permettant de s'opposer à la mesure d'expulsion et, en conséquence, comme une atteinte possible à l'article 7 de la Charte. De la même façon en l'espèce, bien que la décision concluant à l'irrecevabilité en vertu du sous-alinéa 46.01(1)e)(ii) de la Loi ne soit qu'indirectement liée à la mesure d'expulsion, elle n'en supprime pas moins le seul obstacle possible à la prise d'une mesure d'expulsion pure et simple, et comme telle elle contribue à la perte de la liberté et, il est possible, de la sécurité de la personne résultant de l'expulsion. De façon plus générale, la perte de la liberté en cause dans toute expulsion forcée revêt une nouvelle dimension du fait que la personne qui doit être expulsée revendique le statut de réfugié. Il convient donc, par conséquent, de tenir pour acquis que l'article 7 de la Charte entre en jeu à l'égard du cadre législatif dans son ensemble, c'est-à-dire non seulement en ce qui concerne la prise de la mesure d'expulsion, mais aussi relativement à la conclusion d'irrecevabilité fondée sur l'attestation selon laquelle le requérant constitue un danger pour le public. La question devient donc celle de savoir si la délivrance de cette attestation, qui est la caractéristique principale du régime législatif dans son ensemble, peut être considérée comme une atteinte aux principes de justice fondamentale.

Pour répondre complètement à cette question, il faut étudier deux aspects du problème: l'aspect matériel, qui porte sur le contenu ou le fond de la disposition législative, et l'aspect procédural, qui vise la façon dont la Loi est de fait appliquée. L'avocat du requérant a fait de longues observations sur ces deux aspects, mais aucune d'elles ne m'a convaincu que la Loi ou son application en l'espèce sont invalides sur le plan constitutionnel.

La Cour suprême du Canada a refusé l'autorisation de se pourvoir en appel contre la décision du juge Marceau, comme il en est fait mention à [1993] 1 R.C.S. viii. Par conséquent, cette thèse, à savoir qu'un régime législatif pris dans son ensemble peut être contesté en vertu de la Charte, même si ses parties sont en elles-mêmes acceptables, est maintenue.

[26] L'avocat de la défense est un avocat chevronné. À coup sûr, je puis conclure qu'il savait bien, lorsqu'il a rédigé la demande reconventionnelle, que l'application de l'article 7 de la Charte n'était pas déclenchée par une disposition précise de la *Loi sur l'immigration*, à savoir

counterclaim does mount specific challenges by way of section 7 of the Charter, in paragraphs 11, 12, 14 and 22, which are plainly, obviously and beyond doubt futile, the section 7 plea in paragraph 21 of the counterclaim stands on a different footing. In paragraph 21, the defendant seeks a declaration that the whole of the legislative scheme by which the Minister purports to act is in violation not only of section 7 of the Charter, but also paragraphs 11(b), (c), (d) and subsections 15(1) and (2) of the Charter, a violation which is said not to be saved by section 1 of the Charter. This is a clear plea which is designed to surmount the obvious line of cases limiting the use of section 7 of the Charter, including *Obodzinsky*, *Luitjens*, *Katriuk* and *Tobiass*, all referred to above.

[27] Counsel for the plaintiff may have overlooked this aspect of the counterclaim in urging that the reference to section 7 of the Charter ought to be struck out as demonstrably bad. Counsel for the defendant, in his written reply to the motion, clearly threw down the gauntlet: counsel for the plaintiff failed to respond. Of course, that failure to respond is not necessary an admission that the plea is in fact one on which the defendant will succeed.

[28] As matters now stand, the concept set out by Mr. Justice Marceau in *Nguyen*, *supra*, that the whole of the scheme employed may be subject to a challenge under section 7 of the Charter, remains a valid possibility for Mr. Seifert. While it may be a difficult argument for Mr. Seifert to succeed on, I cannot say that it is plain, obvious and beyond doubt that he will not succeed. The reference to section 7 of the Charter will remain in paragraph 21 of the counterclaim.

[29] I now turn to the pleas in the counterclaim which are based on section 11 of the Charter. Section 11 deals with proceedings in criminal matters, providing rights to “[a]ny person charged with an offence”. The plaintiff

un renvoi à la Cour fondé sur l’article 18. La demande reconventionnelle présentée par M. Seifert ne comporte pas, aux paragraphes 11, 12, 14 et 22, de contestations précises fondées sur l’article 7 de la Charte qui sont clairement et hors de tout doute futiles, mais la plaidoirie fondée sur l’article 7 qui figure au paragraphe 21 de la demande reconventionnelle repose sur un fondement différent. Au paragraphe 21, le défendeur sollicite un jugement déclaratoire portant que la mesure législative prise dans son ensemble par laquelle le ministre cherche à agir viole non seulement l’article 7 de la Charte, mais aussi les alinéas 11b), c), d) ainsi que les paragraphes 15(1) et (2) de la Charte, violation qui, est-il allégué, n’est pas protégée par l’article premier de la Charte. Il s’agit clairement d’une plaidoirie qui est destinée à répondre à la série de décisions ayant de toute évidence pour effet de limiter le recours à l’article 7 de la Charte, y compris les décisions *Obodzinsky*, *Luitjens*, *Katriuk* et *Tobiass*, précitées.

[27] L’avocate du demandeur a peut-être omis de tenir compte de cet aspect de la demande reconventionnelle en soutenant que la mention de l’article 7 de la Charte devrait être radiée pour le motif qu’elle est manifestement mauvaise. Dans la réponse écrite qu’il a déposée à l’égard de la requête, l’avocat du défendeur a clairement jeté le gant: l’avocate du demandeur n’a pas répondu. Bien sûr, cela ne veut pas nécessairement dire que l’avocate admet que le défendeur réussira à faire valoir cette plaidoirie.

[28] Compte tenu de la situation, M. Seifert peut encore faire valoir la thèse avancée par le juge Marceau dans l’arrêt *Nguyen*, précité, à savoir que l’ensemble du régime peut faire l’objet d’une contestation fondée sur l’article 7 de la Charte. Il lui sera peut-être difficile de réussir à faire valoir cet argument, mais je ne puis dire qu’il est évident et manifeste et au-delà de tout doute qu’il n’a aucune chance de succès. La mention de l’article 7 de la Charte, au paragraphe 21 de la demande reconventionnelle, sera donc maintenue.

[29] J’examinerai maintenant les plaidoiries figurant dans la demande reconventionnelle qui sont fondées sur l’article 11 de la Charte. L’article 11 traite des affaires au criminel, et reconnaît les droits à «tout inculpé». Le

now puts at issue the application of section 11 to Mr. Seifert.

[30] The counterclaim seeks declaratory relief both pursuant to various subheads of section 11 of the Charter, as applied to Mr. Seifert and, overall, claims that the entire legislative scheme under which the Minister moved against Mr. Seifert and pursuant to which the Court has asked to assume jurisdiction, constitutes a violation of section 11. This gives rise to two separate aspects: first, may Mr. Seifert have the protection of individual section bearing on his situation; and second, may he use section 11 as he intends to use section 7, to challenge the overall procedure, including the jurisdiction of the Court, as contrary to section 11 of the Charter? Unfortunately, the plaintiff's amended argument deals only with the first aspect.

[31] The Crown refers to *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Dueck*, [1998] 2 F.C. 614 (T.D.), to which I have already referred, being a decision of Mr. Justice Noël, for the concept that a revocation proceeding, such as the present, is not punitive in that forfeiture or the removing of the benefit of a fraud is a neutral event of a civil nature [at paragraph 39]:

The forfeiture of the fruits of fraud is not punishment *per se*. Looked upon on its own, the return of something obtained by fraud or deceit is a purely neutral event. [note 23] A proceeding, the sole purpose of which is to put an individual in the situation in which he would have been if no fraud had been committed is civil in nature; no retribution is involved.

In footnote 23, referred to in this quotation, Mr. Justice Noël acknowledges that the situation on which he bases his view differs from a situation in which forfeiture of the products of crime is an adjunct to a criminal conviction, in which it is treated as part of a sanction. Returning to the view that forfeiture of citizenship is a neutral event, of a civil nature, Mr. Justice Noël, on substantial authority, viewed even deportation as not having a punishment aspect: see paragraph 48. In the result he found there to be no penal consequence which

demandeur affirme maintenant que l'article 11 ne s'applique pas à M. Seifert.

[30] La demande reconventionnelle vise l'obtention d'un jugement déclaratoire conformément aux divers alinéas de l'article 11 de la Charte, tels qu'ils s'appliquent à M. Seifert, et d'une façon générale, il est allégué que tout le régime législatif en vertu duquel le ministre a présenté une requête à l'encontre de M. Seifert et sur lequel la Cour a cherché à fonder sa compétence contrevient à l'article 11. La chose comporte deux aspects distincts: il s'agit en premier lieu de savoir si M. Seifert peut se prévaloir d'une disposition individuelle se rapportant à son cas et, en second lieu, s'il peut invoquer l'article 11, comme il entend invoquer l'article 7, afin de contester la procédure générale, y compris la compétence de la Cour, et dire qu'elle va à l'encontre de l'article 11. Malheureusement, l'argument modifié du demandeur traite uniquement du premier aspect de la question.

[31] La Couronne mentionne la décision *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Dueck*, [1998] 2 C.F. 614 (1<sup>re</sup> inst.), dont j'ai déjà fait mention, à l'appui de la thèse selon laquelle une procédure de révocation telle que celle qui est ici en cause n'est pas de nature punitive en ce sens que la confiscation ou l'élimination de l'avantage résultant d'une fraude constitue une opération neutre de nature civile [au paragraphe 39]:

La perte par confiscation des fruits de la fraude n'est pas une punition en soi. Prise isolément, la restitution de quelque chose qui a été acquis par fraude ou escroquerie est une opération éminemment neutre. [note 23] Est de nature civile la procédure qui a pour seul but de remettre un individu dans la situation où il se serait trouvé si aucune fraude n'avait été commise; il n'y a aucune sanction en jeu.

Dans la note de bas de page n° 23 qui est mentionnée dans cette citation, le juge Noël reconnaît que le cas sur lequel il se fonde est différent de celui où la perte par confiscation des produits du crime est un élément accessoire du verdict de culpabilité, auquel cas cette perte constitue un élément de la sanction. En ce qui concerne la thèse selon laquelle la révocation de la citoyenneté constitue une opération neutre de nature civile, le juge Noël, en se fondant sur de nombreuses décisions faisant autorité, estimait que même l'expulsion

invoke section 11 of the Charter. Moreover, Mr. Justice Noël found jurisdiction by way of what is now rule 169 of the *Federal Court Rules, 1998*, which refers to section 18 of the *Citizenship Act*. The *Dueck* case is determinative so far as the references to section 11 of the Charter, in the counterclaim, do not represent an attack on the legislation as a whole. That is, section 11 is not invoked merely by the Court determining whether Mr. Seifert obtained his citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances. Thus, that portion of paragraph 14 of the counterclaim, referring to paragraph 11(c) of the Charter, contains no cause of action of defence and to the extent that it refers to paragraph 11, it is struck out, as is all of paragraph 22.

[32] Whether *Dueck* is determinative as to an attack on the legislative scheme as a whole, employing section 11 of the Charter, is a different matter. Again, while this inclusive approach is clearly pleaded in paragraph 21 of the counterclaim, the plaintiff has both ignored it in making written submission in support of the plaintiff's motion and has not responded to the defendant's written submission on this point.

[33] Mr. Justice Noël's comments and the case law to which he refers, at paragraphs 32-42 of *Dueck, supra*, and as commented upon in paragraphs 22 through 26, above, in these reasons, might possibly allow an attack on the legislative scheme, faced by Mr. Seifert, as a whole. Thus it is not plain, obvious, and beyond doubt that paragraph 21 of the counterclaim must fail. Paragraph 21 of the counterclaim shall remain.

#### Retroactive Effect of the Charter

[34] Without referring to any specific portion of the counterclaim, the plaintiff takes issue with what is said to be a suggestion that the Charter has a retrospective application. I will use the term retroactive, rather than

ne comporte aucun élément de punition: voir paragraphe 48. Le juge a en fin de compte conclu qu'il n'y avait aucune conséquence pénale au regard de l'article 11 de la Charte. En outre, compte tenu de la disposition qui figure maintenant à la règle 169 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, dans lequel il est fait mention de l'article 18 de la *Loi sur la citoyenneté*, le juge Noël a conclu qu'il avait compétence. La décision *Dueck* est déterminante dans la mesure où les mentions de l'article 11 de la Charte figurant dans la demande reconventionnelle ne représentent pas une contestation de la législation dans son ensemble, c'est-à-dire que l'article 11 n'est pas en jeu du simple fait que la Cour détermine si M. Seifert a obtenu sa citoyenneté à la suite d'une fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle d'un fait essentiel. La partie du paragraphe 14 de la demande reconventionnelle dans laquelle il est fait mention de l'alinéa 11c) de la Charte ne révèle donc aucune cause d'action et, dans la mesure où il est fait mention de l'article 11, cette partie est radiée ainsi que le paragraphe 22 dans son ensemble.

[32] La question de savoir si la décision *Dueck* est déterminante en tant que contestation du régime législatif dans son ensemble, compte tenu de l'article 11 de la Charte, est une question différente. Cette approche inclusive est clairement plaidée au paragraphe 21 de la demande reconventionnelle, mais le demandeur n'en a pas tenu compte en présentant ses arguments écrits à l'appui de sa requête et il n'a pas répondu aux arguments écrits que le défendeur avait soumis sur ce point.

[33] Il est possible que les remarques du juge Noël et la jurisprudence mentionnée aux paragraphes 32 à 42 de la décision *Dueck*, précitée, telle qu'elle est commentée dans ces motifs aux paragraphes 22 à 26, permettent de contester le régime législatif dans son ensemble. Il n'est donc pas évident et manifeste et au-delà de tout doute que le paragraphe 21 de la demande reconventionnelle doive être rejeté. Ce paragraphe sera donc maintenu.

#### Effet rétroactif de la Charte

[34] Sans mentionner une partie précise de la demande reconventionnelle, le demandeur conteste ce qui, a-t-il dit, constitue un argument selon lequel la Charte s'applique rétroactivement. J'emploie le mot

retrospective, for the reason set out in the 3rd edition of *Driedger on the Construction of Statutes*, Toronto: Butterworths, 1994, at page 511 and following.

[35] Counsel for the plaintiff submits, relying upon *R. v. James, Kirsten and Rosenthal* (1986), 55 O.R. (2d) 609 (C.A.), that the Charter cannot be applied to events which occur before the Charter came into effect (at page 629):

Thus, I would sum up the cases reviewed here as being consistent with a proposition that one applies the law in force at the time when the act that is alleged to be in contravention of a Charter right or freedom occurs. Therefore, s. 8 of the Charter cannot be applied to a search or seizure which occurred *before* the coming into effect of the Charter.

The plaintiff relies upon various other authorities in support of this general rule, including *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595 in which the Supreme Court sets out that Charter standards are not applicable to events which occur before the operation of the *Charter*, however the full quote leads to interesting discussion in the reported case (at page 626):

*Charter standards cannot be applied to events occurring before its proclamation but it would be folly, in my view, to exclude from the Court's consideration crucial pre-Charter history. Indeed, a review of such history will often be necessary when the Court exercises its broad discretion under s. 24(1) to formulate the remedy which is appropriate and just in the circumstances.*

From this point Madam Justice Wilson, who spoke for the three-judge majority, acknowledged that a constitutional remedy, to be appropriate and just, might have to take into account events which occurred pre-Charter. Going on, after referring to earlier case law, and principles, she observed (at page 628):

Some rights and freedoms in the *Charter* seem to me to be particularly susceptible of current application even although such application will of necessity take cognizance of pre-*Charter* events. Those *Charter* rights the purpose of which is to prohibit certain conditions or states of affairs would appear to fall into this category. Such rights are not designed to protect against discrete events but rather to protect against

«rétroactif» plutôt que le mot «rétrospectif» pour le motif énoncé dans la 3<sup>e</sup> édition de *Driedger on the Construction of Statutes*, Toronto: Butterworths, 1994, à la page 511 et suivantes.

[35] L'avocate du demandeur soutient, en se fondant sur l'arrêt *R. v. James, Kirsten and Rosenthal* (1986), 55 O.R. (2d) 609 (C.A.), que la Charte ne peut pas s'appliquer à des événements qui se sont produits avant son entrée en vigueur (à la page 629):

[TRADUCTION] Somme toute, les décisions qui sont ici examinées sont conformes à la thèse selon laquelle on applique la loi en vigueur au moment de l'acte qu'on allègue être en contravention avec un droit ou une liberté garantis par la Charte. L'article 8 de la Charte ne peut donc pas s'appliquer à une perquisition ou à une saisie qui a eu lieu *avant* la date à laquelle la Charte a pris effet.

Le demandeur se fonde sur diverses autres décisions faisant autorité à l'appui de cette règle générale, notamment l'arrêt *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595, dans lequel la Cour suprême dit que les normes de la Charte ne s'appliquent pas à des événements qui se sont produits avant l'entrée en vigueur de la Charte; la citation complète donne lieu à une discussion intéressante (à la page 626):

Les normes de la *Charte* ne peuvent s'appliquer à des événements qui se sont produits avant sa proclamation, mais ce serait folie, à mon avis, de soustraire à l'examen du tribunal des événements cruciaux antérieurs à la *Charte*. D'ailleurs, il est souvent nécessaire que le tribunal examine ces événements lorsqu'il exerce le pouvoir discrétionnaire général, que lui confère le par. 24(1), de formuler la réparation convenable et juste eu égard aux circonstances.

M<sup>me</sup> le juge Wilson, qui parlait pour la majorité de trois juges, a reconnu que, pour être convenable et juste, une réparation constitutionnelle devrait peut-être prendre en compte des événements antérieurs à la Charte. Puis, après avoir mentionné des décisions antérieures ainsi que certains principes, le juge a fait les remarques suivantes (à la page 628):

Certains droits et certaines libertés contenus dans la *Charte* me semblent particulièrement susceptibles d'être appliqués actuellement même si cette application oblige nécessairement à prendre connaissance d'événements antérieurs à la *Charte*. Les droits garantis par la *Charte* qui ont pour objet d'interdire certaines conditions ou situations sembleraient relever de cette catégorie. De tels droits visent à protéger non pas contre des

an ongoing condition of state of affairs. Pre-trial delay under s. 11(b) is a good example: *R. v. Antoine*. Section 15 may also fall into this category. Morden J.A. recognized in *Re McDonald and The Queen* (1985), 21 C.C.C. (3d) 330 (Ont. C.A.) that there was such a thing as a continuing discriminatory practice under s. 15 of the *Charter*.

[36] Important here is the concept that while a discrete event may have occurred pre-*Charter*, there may be an ongoing effect which requires relief under the *Charter*. Chief Justice Dickson, who wrote the minority reasons, agreed with Madam Justice Wilson, that the court must look at when the event had its effect (at pages 607-608):

... a court must ask whether the *Charter* is in force at the time at which the act or event which is alleged to infringe the *Charter* took place or had its effect.

Here the Chief Justice relied upon *R. v. James, Kirsten and Rosenthal*, *supra*. However, he then went on to point out [at page 608] that this is not inconsistent with the majority view, that if one were guided by the statement in *James*, to apply “the law in force at the time when the act that is alleged to be in contravention of a *Charter* right or freedom occurs”, the full quote which I have set out above, one still had to fix in time the relevant act. This seems to be the defendant’s position as to the application of the *Charter*, for counsel submits that “it is not a retrospective application of the *Charter* which is being sought, but a present-day application of it to prohibit the effect of a past discriminatory policy being brought to the present day” (page 8 of brief). This view of counsel for the defendant is at least parallel to the points made by both Madam Justice Wilson and Chief Justice Dickson, in *R. v. Gamble*, *supra*, to the effect that one may have to go back to pre-*Charter* events in order to craft an appropriate remedy and that “in every case as one still has to fix in time the relevant act.” (*Gamble*, *supra*, at page 608).

[37] Here I must, in order to resolve the conflicting views of counsel, on the one hand, that there “appears”

événements précis et isolés, mais plutôt contre des conditions ou une situation en cours. La question du délai avant le procès, aux termes de l’al. 11b), en est un bon exemple: *R. v. Antoine*. L’article 15 peut aussi relever de cette catégorie. Le juge Morden a reconnu, dans l’arrêt *Re McDonald and The Queen* (1985), 21 C.C.C. (3d) 330 (C.A. Ont.), qu’une pratique discriminatoire continue, cela existe et relève de l’art. 15 de la *Charte*.

[36] Ce qui importe ici, c’est l’idée selon laquelle un événement précis et isolé peut s’être produit avant l’adoption de la *Charte*, mais avoir un effet continu qui exige qu’une réparation soit accordée en vertu de la *Charte*. M. le juge en chef Dickson, qui a rédigé les motifs de la minorité, était d’accord avec le juge Wilson, à savoir que le tribunal doit tenir compte du moment où l’événement a produit son effet (aux pages 607 et 608):

[...] un tribunal doit se demander si la *Charte* était en vigueur au moment où l’acte ou l’événement qui l’aurait enfreinte a eu lieu ou a produit son effet.

Le juge en chef [à la page 608] s’est fondé sur l’arrêt *R. c. James, Kirsten and Rosenthal*, précité. Toutefois il a ensuite signalé que cela n’est pas conforme à l’avis de la majorité, c’est-à-dire que si l’on s’inspirait de la remarque qui a été faite dans l’arrêt *James*, pour appliquer «la loi en vigueur au moment de l’acte qu’on allègue être en contravention avec un droit ou une liberté garanties par la *Charte*» (le passage ci-dessus a été cité au complet), il reste néanmoins qu’il faut situer l’acte pertinent dans le temps. Telle semble être la position que le défendeur a prise au sujet de l’application de la *Charte*, car l’avocat soutient que [TRADUCTION] «ce n’est pas une application rétrospective de la *Charte* qui est invoquée, mais son application actuelle visant à empêcher une politique discriminatoire passée d’avoir des effets actuels» (page 8 de l’exposé). L’opinion exprimée par l’avocat du défendeur est du moins analogue à l’avis exprimé par le juge Wilson et le juge en chef Dickson dans l’arrêt *R. c. Gamble*, précité, à savoir qu’il faut peut-être se reporter aux événements antérieurs de la *Charte* afin d’élaborer une réparation appropriée et qu’il «reste [...] à situer l’acte pertinent dans le temps» (*Gamble*, précité, page 608).

[37] Afin de statuer sur les opinions contradictoires exprimées par les avocats, à savoir d’une part que la



to be a retroactive application of the Charter, and on the other hand, that there is merely a request for a present-day application of the Charter to prohibit the effect of past discriminatory policy being brought into the present day, examine portions of the counterclaim, which for the most part is a carefully worded pleading.

[38] To paraphrase paragraph 8 of the counterclaim, the defendant admits, for the sake of argument and contrary to its own evidence, that were he born in Ukraine, and says that if that was the basis of the present proceeding against him, such is discrimination and contrary to the Charter. I have some doubt that this is necessarily the appropriate characterization, however, since the test for want of action, here a counterclaim based on a non-retroactive application of the Charter, is to accept the pleading as drafted and then, in effect, to decide whether it is clearly forlorn, the plea in paragraph 8 does not involve a retroactive application. Thus, paragraph 8 of the counterclaim should remain. Paragraphs 13, 14 and 15 are of similar bent, for they alleged, as I read them, a present-day discriminatory policy and process for, as the defendant submits in paragraph 16 “the actions of the Minister are an attempt to legally apply in modern post *Charter* times, policies and decisions which would not pass present constitutional muster”.

[39] While the Charter does not, in most instances, apply retroactively, there are, on the case law, instances in which it may have a retroactive aspect. Thus, the plaintiff fails to strike out on this basis, for the very high standard has not been met.

#### Bias

[40] In paragraph 18 of the counterclaim the defendant claims a reasonable apprehension of bias on the part of the Minister of Citizenship and Immigration acting in an administrative capacity. The paragraph then

Charte [TRADUCTION] «semble» s’appliquer rétroactivement et, d’autre part, que l’on demande simplement l’application actuelle de la Charte en vue d’empêcher une politique discriminatoire passée d’avoir des effets actuels, je dois ici examiner certaines parties de la demande reconventionnelle qui, dans l’ensemble, est un acte de procédure minutieusement libellé.

[38] Je paraphraserai le paragraphe 8 de la demande reconventionnelle en disant que le défendeur admet, aux fins de l’argumentation et contrairement à son propre témoignage, que s’il était né en Ukraine et que si tel était le fondement de la présente procédure engagée contre lui, il s’agit d’une discrimination et que cela va à l’encontre de la Charte. Je doute que cette description soit nécessairement appropriée, mais puisque, selon le critère applicable à l’absence de cause d’action, soit dans ce cas-ci une demande reconventionnelle fondée sur l’application non rétroactive de la Charte, l’acte de procédure tel qu’il a été libellé doit être accepté, la question de savoir s’il est clairement désespéré devant en fait être ensuite tranchée, la plaidoirie figurant au paragraphe 8 ne vise pas une application rétroactive. Le paragraphe 8 de la demande reconventionnelle doit donc être maintenu. Les paragraphes 13, 14 et 15 sont du même genre, car selon l’interprétation que je leur donne, une politique et une procédure discriminatoires applicables à l’heure actuelle y sont alléguées, étant donné que le défendeur soutient, au paragraphe 16, que [TRADUCTION] «par ses actions, le ministre tente d’appliquer légalement, à l’époque actuelle, c’est-à-dire après l’entrée en vigueur de la *Charte*, des politiques et décisions qui ne seraient pas maintenant acceptables sur le plan constitutionnel».

[39] La plupart du temps, la Charte ne s’applique pas rétroactivement, mais dans la jurisprudence, on trouve certains cas qui comportent un aspect rétroactif. Par conséquent, le demandeur n’a pas gain de cause car il n’a pas été satisfait à la norme fort rigoureuse qui s’applique.

#### La partialité

[40] Au paragraphe 18 de la demande reconventionnelle, le défendeur affirme qu’il existe une crainte raisonnable de partialité de la part du ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration, agissant en sa

goes on to give particulars demonstrating the alleged animosity and bias said to be shown in speeches given by the Minister, to a specific constituency. I will in due course refer to the remarks which are said to demonstrate bias. Paragraphs 19 and 20 of the counterclaim then go on to allege that the Minister acted in a malicious manner, “motivated by oblique political and personal motives of hatred and animosity to the defendant and the associations which, in the Minister’s mind, he represents”. The defendant submits that “the Minister has a fiduciary duty to all citizen of every ethnic background to act fairly and impartially” and that the reasonable apprehension of bias arising from the Minister’s public expressions in public speeches is “so severe as to bring the administration of justice into disrepute to the minds of a reasonable person informed of the facts”. That all of this is also said to cause the defendant suffering as to his general reputation and self-esteem and to result in damage. The interesting issue is the effect of bias on this citizenship revocation proceeding.

[41] Counsel for the plaintiff submits that the various allegations of bias, conflict of interest, breach of fiduciary duty and misfeasance all come under the heading of misfeasance of public duty. Here counsel for the plaintiff refers to a passage from a trial decision in *Obodzinsky, supra*, at paragraph 17, to the effect that there is neither abuse of process nor reprehensible conduct on the part of the Minister merely because the Minister initiated proceedings similar to the present proceedings against Mr. Seifert. The fact that Mr. Obodzinsky’s health did not allow him to take part in the proceedings did not amount to unfair conduct or harassment for the Crown did not do anything out of the ordinary:

As far as an abuse of process is concerned, I consider there was no abuse of process in the case at bar. I agree with the plaintiff that the fact that she began the proceeding under s. 18 of the *Citizenship Act* cannot be regarded as an abuse of process or as reprehensible conduct. The fact of initiating this

qualité administrative. Ce paragraphe renferme ensuite des précisions démontrant l’animosité et la partialité alléguées qui se manifesteraient dans les discours prononcés par le ministre à l’intention d’un public précis. Je mentionnerai en temps et lieu les remarques qui démontreraient censément la partialité du ministre. Aux paragraphes 19 et 20 de la demande reconventionnelle, il est ensuite allégué que le ministre a agi d’une façon malveillante [TRADUCTION] «pour des motifs politiques et personnels obscurs indiquant la haine et l’animosité éprouvées envers le défendeur et envers les associations qui, de l’avis du ministre, sont représentées par celui-ci». Le défendeur soutient que [TRADUCTION] «le ministre a envers tous les citoyens, quelle que soit leur origine ethnique, l’obligation fiduciaire d’agir d’une façon équitable et impartiale» et que la crainte raisonnable de partialité découlant des commentaires que le ministre a faits dans des discours prononcés en public est [TRADUCTION] «si sérieuse qu’elle a pour effet de discréditer l’administration de la justice dans l’esprit d’une personne raisonnable qui est au courant des faits». Il est allégué que la chose porte gravement atteinte à la réputation générale et à l’estime personnelle du défendeur et que cela lui cause un préjudice. Ce qui est intéressant, c’est l’effet qu’a la partialité sur la présente procédure de révocation de la citoyenneté.

[41] L’avocate du demandeur soutient que les diverses allégations de partialité, de conflit d’intérêts, de manquement à une obligation fiduciaire et d’abus de pouvoir mettent toutes en cause un abus d’autorité dans l’exercice d’une charge publique. L’avocate du demandeur mentionne ici un passage tiré d’une décision rendue en première instance dans l’affaire *Obodzinsky*, précitée, au paragraphe 17, à savoir que le simple fait que le ministre a engagé des procédures telles que celle dont fait l’objet M. Seifert ne constitue pas un abus de procédure ou une conduite répréhensible de la part du ministre. Le fait que l’état de santé de M. Obodzinsky ne lui permettait pas de participer au procès ne constituait pas une conduite inéquitable ou du harcèlement car la Couronne n’a rien fait qui sorte de l’ordinaire:

En ce qui concerne la question d’abus de procédure, je suis d’avis qu’il n’y a pas d’abus de procédure en l’espèce. Je suis d’accord avec la demanderesse que le fait qu’elle ait entrepris la procédure sous l’article 18 de la *Loi sur la citoyenneté* ne peut être considéré comme un abus de procédure ou comme

proceeding does not amount to conducting an unfair or harassing action at law, even if the defendant has health problems. The fact that it was the government which initiated the proceeding does not necessarily make it harassment. The plaintiff did not do anything out of the ordinary that would justify describing her action as reprehensible. The fact that the defendant found himself in an unpleasant situation was due to circumstances beyond her control.

*Obodzinsky* is not of any assistance to the plaintiff, for the allegation in the present instance is that the Minister, in fact, did something out of the ordinary, to wit, behaviour indicating, in the view of the defendant, bias.

[42] Counsel for the plaintiff refers to *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at page 140. From that citation one learns that discretionary decisions, involving the discharge of public duty require, by implication, good faith and that such administration be accomplished with complete impartiality and integrity or, as put by Linden in *Canadian Tort Law*, 7th edition, Butterworths, 2001, there is “a clearly established duty to make discretionary decisions in good faith and for no improper purpose” (at page 32).

[43] Counsel for the plaintiff also refers to *Chhabra (O.P.) v. Canada*, [1989] 2 C.T.C. 13 (F.C.T.D.), at page 18 for an example of malice, that of ignoring the legitimate concern of a taxpayer. There Mr. Justice Cullen defines misfeasance in public office as an administrative act that is “unlawful because if it is actuated by malice and where the authority knows that it does not possess power which it is purported to exercise”. This specific passage is of interest, but not particularly helpful, for the test, as set out there by Mr. Justice Cullen, seems to be conjunctive, requiring both malice and lack of power. Mr. Justice Cullen then goes on to clarify the test: a litigant relying upon malice “must show that the persons involved were acting with malice or intent to injure, or that they were acting without authority”. In *Chhabra* both elements, malice and lack of power, were present. In the present instance we are concerned only with the first branch of the test, that of malice or of bias.

une conduite répréhensible. Le fait d’engager cette procédure n’équivaut pas à mener une poursuite de manière inéquitable ou vexatoire, même si le défendeur a des problèmes de santé. Ce n’est pas non plus parce que c’est l’État qui a entrepris la procédure qu’elle est nécessairement vexatoire. La demanderesse n’a posé aucun geste hors de l’ordinaire qui justifie que l’on qualifie sa poursuite de répréhensible. Ce sont des circonstances hors de son contrôle qui font que le défendeur se retrouve dans une situation désagréable.

La décision *Obodzinsky* n’aide pas le demandeur, car en l’espèce il est allégué que le ministre a fait quelque chose qui sort de l’ordinaire, c’est-à-dire qu’il a agi d’une façon qui, de l’avis du défendeur, constitue de la partialité.

[42] L’avocate du demandeur mentionne l’arrêt *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, à la page 140. Selon cet arrêt, les décisions discrétionnaires comportant l’accomplissement d’un devoir public exigent implicitement que l’on fasse preuve de bonne foi et que l’acte administratif soit accompli d’une façon complètement impartiale et avec intégrité ou, comme il est dit dans *Canadian Tort Law*, 7<sup>e</sup> éd. par A. Linden, Butterworths, 2001 qu’il existe [TRADUCTION] «une obligation clairement établie voulant qu’en prenant une décision discrétionnaire, on fasse preuve de bonne foi, sans avoir de motif illégitime» (à la page 32).

[43] L’avocate du demandeur mentionne également la décision *Chhabra (O.P.) c. Canada*, [1989] 2 C.T.C. 13 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 18, comme exemple d’un cas dans lequel on a agi par malveillance en ne tenant pas compte des préoccupations légitimes du contribuable. Dans cette décision, M. le juge Cullen définit les cas d’abus d’autorité dans l’exercice d’une charge publique comme étant ceux dans lesquels l’acte administratif est «illégal parce qu’il est inspiré par la malveillance et ceux dans lesquels l’autorité sait qu’elle ne possède pas le pouvoir qu’elle prétend exercer». Ce passage précis est intéressant, mais il n’est pas particulièrement utile, car le critère, tel qu’il a été énoncé par le juge Cullen, semble être conjonctif, c’est-à-dire qu’il doit y avoir malveillance et absence de pouvoir. Le juge Cullen donne ensuite des précisions au sujet du critère: un plaideur qui invoque la malveillance «doit démontrer que les personnes en cause ont agi avec malveillance ou avec l’intention de causer un dommage

ou qu'elles ont agi sans pouvoir». Dans l'affaire *Chhabra*, les deux éléments, c'est-à-dire la malveillance et l'absence de pouvoir, étaient présents. En l'espèce, seul le premier volet du critère, à savoir la malveillance ou la partialité, nous intéresse.

[44] Mr. Justice Wetston, in *Francoeur v. Canada* (1994), 78 F.T.R. 109 (F.C.T.D.), at page 126 elaborates on the first approach:

First, if one can show that the public officer acted with malice or an intent to injure, then the act of the public officer which is purported to be undertaken pursuant to a power conferred by statute becomes unlawful and the plaintiff who suffers damages as a direct result of that act will be entitled to damages.

This concept, damages flowing from malicious use of a statutory power has some bearing, taking the statement of claim as drafted, however, the concept of malice is only on point to some degree, for what we are concerned with here, in essence, is an allegation of bias. This is something which the plaintiff, in the written material, does not touch upon directly. I would first turn to a consideration of what constitutes bias.

[45] As Mr. Justice Campbell observed in *Beno v. Canada (Commissioner and Chairperson, Commissioner of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia)*, [1997] 1 F.C. 911 (T.D.), reversed on another aspect [1997] 2 F.C. 527 (C.A.), there is little case law defining the term bias. I would add that much of what exists focuses on the definition in terms of bias on the part of those acting in a judicial capacity.

[46] In *Beno* Mr. Justice Campbell [at paragraph 10] looked to the 6th edition of *Black's Law Dictionary* for a definition of bias, which is as follows:

Inclination; bent; prepossession; a preconceived opinion; a predisposition to decide a cause or an issue in a certain way, which does not leave the mind perfectly open to conviction. To incline to one side. Condition of mind, which sways judgment and renders judge unable to exercise his functions impartially in particular case.

[44] Dans la décision *Francoeur c. Canada* (1994), 78 F.T.R. 109 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 126, M. le juge Wetston donne des précisions au sujet de la première approche:

D'abord, lorsqu'on peut démontrer que le fonctionnaire a agi avec malveillance ou avec l'intention de nuire, l'acte du fonctionnaire qui est censé avoir été fait conformément à un pouvoir conféré par une loi devient illégal et le demandeur qui subit un préjudice direct par suite de cet acte aura droit à des dommages-intérêts.

Cette idée d'un préjudice découlant du recours malveillant à un pouvoir conféré par la loi est pertinente si la déclaration est considérée telle qu'elle est libellée, mais la notion de malveillance est pertinente jusqu'à un certain point seulement, car en l'espèce c'est essentiellement une allégation de partialité qui est en cause. Or, dans ses arguments écrits, le demandeur ne traite pas directement de la question. Je me demanderai d'abord ce qui constitue de la partialité.

[45] Comme M. le juge Campbell l'a fait remarquer dans la décision *Beno c. Canada (Commissaire et président de la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces armées canadiennes en Somalie)*, [1997] 1 C.F. 911 (1<sup>re</sup> inst.), infirmée sur un autre point [1997] 2 C.F. 527 (C.A.), il existe peu de jugements dans lesquels la partialité est définie. J'ajouterai que la plupart des décisions existantes mettent l'accent sur la définition de la partialité de la part de personnes qui agissent à titre judiciaire.

[46] Dans la décision *Beno*, le juge Campbell [au paragraphe 10] a consulté la 6<sup>e</sup> édition de *Black's Law Dictionary* pour trouver une définition, laquelle est ainsi libellée:

[TRADUCTION] Inclination; tendance; prévention; opinion préconçue; prédisposition à trancher une cause ou une question d'une manière donnée, qui ne laisse pas l'esprit parfaitement ouvert à la persuasion. Pencher d'un côté. État d'esprit qui influence le jugement et qui fait que le juge n'est pas capable, dans une affaire donnée, d'exercer avec impartialité sa fonction judiciaire.

This entry in *Black's* goes on to touch on the bias of a judge, however, the portion which I have set out above leads to the precise understanding that bias is an inclination to decide an issue, not on its merits, but rather by any other considerations.

[47] To apply this definition of bias I turn to *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623, in which the Supreme Court considered a spectrum of levels of bias, spread between the extremes of adjudicators and legislators. *Newfoundland Telephone* was a case involving an administrative board or tribunal, however the basic principles apply in the present case.

[48] In *Newfoundland Telephone Co.* the Supreme Court looked at the functions of the Newfoundland Public Utilities Board and then commented that (at page 636):

Although the duty of fairness applies to all administrative bodies, the extent of that duty will depend upon the nature and the function of the particular tribunal. See *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602. The duty to act fairly includes the duty to provide procedural fairness to the parties. That simply cannot exist if an adjudicator is biased. It is, of course, impossible to determine the precise state of mind of an adjudicator who has made an administrative board decision. As a result, the courts have taken the position that an unbiased appearance is, in itself, an essential component of procedural fairness. To ensure fairness the conduct of members of administrative tribunals has been measured against a standard of reasonable apprehension of bias. The test is whether a reasonably informed bystander could reasonably perceive bias on the part of an adjudicator.

Here we have an application of the well-known test, that of an apprehension of bias on the part of a reasonable and right-minded person who has thought the matter through, a test derived from *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, at page 394:

The proper test to be applied in a matter of this type was correctly expressed by the Court of Appeal. As already seen by the quotation above, the apprehension of bias must be a

La définition donnée dans *Black* traite ensuite de la partialité d'un juge, mais le passage précité nous amène à conclure que la partialité est une tendance à trancher une question, non au fond, mais en se fondant sur d'autres considérations.

[47] Pour appliquer cette définition de la partialité, j'examinerai l'arrêt *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623, dans lequel la Cour suprême a examiné divers degrés de partialité, allant de la partialité de la part d'un arbitre à la partialité de la part du législateur. Un office ou un tribunal administratif était en cause dans cette affaire, mais les principes fondamentaux s'appliquent dans ce cas-ci.

[48] Dans l'arrêt *Newfoundland Telephone Co.*, la Cour suprême a examiné les fonctions de la Newfoundland Public Utilities Board; elle a ensuite fait les remarques suivantes (à la page 636):

Bien que tous les corps administratifs soient soumis à l'obligation d'agir équitablement, l'étendue de cette obligation tient à la nature et à la fonction du tribunal en question. Voir *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602. L'obligation d'agir équitablement comprend celle d'assurer aux parties l'équité procédurale, qui ne peut tout simplement pas exister s'il y a partialité de la part d'un décideur. Il est évidemment impossible de déterminer exactement l'état d'esprit d'une personne qui a rendu une décision d'une commission administrative. C'est pourquoi les cours de justice ont adopté le point de vue que l'apparence d'impartialité constitue en soi un élément essentiel de l'équité procédurale. Pour assurer l'équité, la conduite des membres des tribunaux administratifs est appréciée par rapport au critère de la crainte raisonnable de partialité. Ce critère consiste à se demander si un observateur relativement bien renseigné pourrait raisonnablement percevoir de la partialité chez un décideur.

Nous avons ici une application du critère bien connu, à savoir la crainte de partialité de la part d'une personne sensée et raisonnable qui étudierait la question en profondeur, ce critère étant tiré de l'arrêt *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la page 394:

La Cour d'appel a défini avec justesse le critère applicable dans une affaire de ce genre. Selon le passage précité, la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une

reasonable one, held by reasonable and right minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. In the words of the Court of Appeal, that test is “what would a informed person, viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—conclude. Would he think that it is mor likely than not that Mr. Crowe, whether consciously or unconsciously, would not decide fairly.”

This formulation, a reasonable apprehension of bias test, is the route to take in the case of a judicial body, or a quasi-judicial body and is at the onerous end of the scale.

[49] In *Newfoundland Telephone Co.*, Mr. Justice Cory [at pages 637-638], who delivered the judgment of the Supreme Court, looked also at the less onerous end of the scale, as typified by the situation in *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170:

Bias was considered in a different setting in *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170. That case concerned a planning decision which was made by elected municipal councillors. The governing legislation for municipalities was designed so that councillors would become involved in planning issues before taking part in their final determination. The decision of the Court recognized that city councillors are political actors who have been elected by the voters to represent particular points of view. Considering the spectrum of administrative bodies whose functions vary from being almost purely adjudicative to being political or policy-making in nature, the Court held that municipal councils fall in the legislative end. Sopinka J., at p. 1197, set forth the “open mind” test for this type of situation:

The party alleging disqualifying bias must establish that there is a prejudgment of the matter, in fact, to the extent that any representations at variance with the view, which has been adopted, would be futile. Statements by individual members of Council while they may very well give rise to an appearance of bias will not satisfy the test unless the court concludes that they are the expression of a final opinion on the matter, which cannot be dislodged.

The concept here is that since politicians are elected by reason of their points of view and legislated, rather than

personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. Selon les termes de la Cour d’appel, ce critère consiste à se demander «à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, M. Crowe, consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste?»

Cet énoncé du critère de la crainte raisonnable de partialité est celui qui doit être invoqué dans le cas d’un organisme judiciaire ou d’un organisme quasi judiciaire et il se situe à l’extrémité du spectre où l’obligation est rigoureuse.

[49] Dans l’arrêt *Newfoundland Telephone Co.*, M. le juge Cory [aux pages 637 et 638], qui a rendu jugement au nom de la Cour, a également examiné l’obligation moins rigoureuse qui se situe à l’autre extrémité du spectre, telle que celle qui existait dans l’affaire *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170:

La question de la partialité a été étudiée dans un contexte différent dans *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170. Cette affaire traitait d’une décision d’urbanisme prise par des conseillers municipaux élus. La législation régissant les municipalités était conçue de manière que les conseillers participaient activement aux questions d’urbanisme avant de prendre part aux décisions définitives les concernant. L’arrêt de la Cour reconnaissait l’aspect politique du rôle des conseillers municipaux, qui sont élus pour représenter des points de vue particuliers. Prenant en considération toute la gamme des corps administratifs, dont les fonctions varient entre celles de caractère presque purement juridictionnel et celles ayant un caractère politique ou consistant dans l’élaboration des décisions, la Cour a statué que les conseils municipaux sont de ceux qui remplissent des fonctions législatives. Le juge Sopinka a énoncé pour cette catégorie le critère de l’«esprit ouvert», à la p. 1197:

La partie qui allègue la partialité entraînant l’inhabilité doit établir que l’affaire a en fait été préjugée, de sorte qu’il ne servirait à rien de présenter des arguments contredisant le point de vue adopté. Les déclarations de conseillers individuels, bien qu’elles puissent fort bien créer une apparence de partialité, ne satisfont au critère que si la cour conclut qu’elles sont l’expression d’une opinion finale et irrévocable sur la question.

Selon l’idée qui est exprimée, étant donné que les politiciens sont élus en raison de leurs points de vue et

adjudicated, the reasonable apprehension of bias test does not apply: such legislators needed only have open minds.

[50] As an illustration of the application of this concept and the low standard expected, Mr. Justice Cory referred to *Save Richmond Farmland Society v. Richmond (Township)*, [1990] 3 S.C.R. 1213, a companion case to *Old St. Boniface*. In *Richmond* a councillor, elected on a campaign favouring residential development, said he would not change his mind as to his position. There the Supreme Court held the councillor ought not to be disqualified for bias, for he did not have a completely closed mind and to determine otherwise would distort the democratic process and discourage open expression of views by politicians.

[51] Mr. Justice Cory went on to confirm, in *Newfoundland Telephone Co.* [at pages 638-639], that where the function of a board was political or policy-making, the test was not that of a reasonable apprehension of bias, but rather that of an open mind:

It can be seen that there is a great diversity of administrative boards. Those that are primarily adjudicative in their functions will be expected to comply with the standard applicable to courts. That is to say that the conduct of the members of the board should be such that there could be no reasonable apprehension of bias with regard to their decision. At the other end of the scale are boards with popularly elected members such as those dealing with planning and development whose members are municipal councillors. With those boards, the standard will be much more lenient. In order to disqualify the members a challenging party must establish that there has been a pre-judgment of the matter to such an extent that any representations to the contrary would be futile. Administrative boards that deal with matters of policy will be closely comparable to the boards composed of municipal councillors. For those boards, a strict application of a reasonable apprehension of bias as a test might undermine the very role which has been entrusted to them by the legislature.

qu'ils remplissent des fonctions législatives plutôt que juridictionnelles, le critère relatif à la crainte raisonnable de partialité ne s'applique pas: il suffit que le législateur ait l'esprit ouvert.

[50] Pour illustrer l'application de ce concept et la norme peu rigoureuse qui s'applique, le juge Cory a mentionné l'arrêt *Save Richmond Farmland Society c. Richmond (Canton)*, [1990] 3 R.C.S. 1213, qui va de pair avec l'arrêt *Vieux St-Boniface*. Dans l'affaire *Richmond*, un conseiller municipal, qui avait été élu parce que, dans sa campagne, il s'était prononcé en faveur d'un certain aménagement résidentiel, avait déclaré qu'il n'abandonnerait pas cette position. La Cour suprême a conclu qu'il n'y avait pas lieu de déclarer le conseiller inhabile pour cause de partialité parce qu'il n'avait pas l'esprit complètement fermé et que toute autre conclusion provoquerait la distorsion du processus démocratique en dissuadant les politiciens d'exprimer ouvertement leur avis.

[51] Dans l'arrêt *Newfoundland Telephone Co.*, le juge Cory [aux pages 638 et 639] a ensuite confirmé que lorsque la fonction d'un office est de nature politique ou se rapporte à l'élaboration de politiques, le critère n'est pas celui de la crainte raisonnable de partialité, mais plutôt le critère de l'esprit ouvert:

De toute évidence, il existe une grande diversité de commissions administratives. Celles qui remplissent des fonctions essentiellement juridictionnelles devront respecter la norme applicable aux cours de justice. C'est-à-dire que la conduite des membres de la commission ne doit susciter aucune crainte raisonnable de partialité relativement à leur décision. À l'autre extrémité se trouvent les commissions dont les membres sont élus par le public. C'est le cas notamment de celles qui s'occupent de questions d'urbanisme et d'aménagement, dont les membres sont des conseillers municipaux. Pour ces commissions, la norme est nettement moins sévère. La partie qui conteste l'habilité des membres ne peut en obtenir la récusation que si elle établit que l'affaire a été préjugée au point de rendre vain tout argument contraire. Les commissions administratives qui s'occupent de questions de principe sont dans une large mesure assimilables à celles composées de conseillers municipaux en ce sens que l'application stricte du critère de la crainte raisonnable de partialité risquerait de miner le rôle que leur a précisément confié le législateur.

[52] The lower standard, the open mind test, may be applied even to statements made during the investigation stage, but once a hearing date has been set, the standard of the board becomes that of a reasonable apprehension of bias: at page 643 of *Newfoundland Telephone Co.*

[53] Madam Justice Desjardins dealt with a situation which was part way along the continuum, between a reasonable apprehension of bias and an open mind, in *Zündel v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 2 F.C. 233 (C.A.). There she recognized the difference between boards which were primarily adjudicative and which were expected to comply with the same standard as applied to courts and boards with primarily legislative functions, the members of which were answerable to the test of an open mind, the latter type of boards being generally those composed of popularly elected members who dealt with planning and development. In considering the position of the Security Intelligence Review Committee, which was investigating Mr. Zündel, and which had made an earlier report on Mr. Zündel, Madam Justice Desjardins decided that the Committee functioned somewhere between the two ends of the scale, the purely adjudicative function and the legislative function. Thus the correct test could not be that of an apprehension of bias held by a reasonable right-minded bystander. She concluded that the standard, in that instance, lay somewhat closer to the open mind end of the spectrum. While I recognize that *Zündel* is not on point, it illustrates an example of flexibility and the application of a standard which suits the function of the board or tribunal involved.

[54] Returning to the present instance, I am of the view that the standard to be applied to a government minister must be somewhere on the continuum between a reasonable apprehension of bias and an open mind. Here I keep in mind, as pointed out by Mr. Justice Cory, at page 639 of *Newfoundland Telephone Co.*, *supra*, that I must take a flexible approach to the standard. I have reached the conclusion that the appropriate standard for

[52] La norme moins stricte, à savoir le critère de l'esprit ouvert, peut s'appliquer même aux déclarations qui sont faites au stade de l'enquête, mais une fois fixée la date de l'audience, la norme à laquelle l'office est assujéti devient celle de la crainte raisonnable de partialité: arrêt *Newfoundland Telephone Co.*, à la page 643.

[53] Dans l'arrêt *Zündel c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 2 C.F. 233 (C.A.), M<sup>me</sup> le juge Desjardins a examiné un cas qui se situait au milieu du spectre, entre la crainte raisonnable de partialité et l'esprit ouvert. Le juge a reconnu la différence qui existe entre les offices qui remplissent principalement des fonctions adjudicatives et ceux qui doivent se conformer à la même norme que les cours de justice et les offices qui remplissent principalement des fonctions législatives et dont les membres doivent satisfaire au critère de l'esprit ouvert, ce dernier type d'office étant généralement composé de membres élus par le public qui s'occupent de planification et d'aménagement. En examinant la position prise par le Comité de surveillance des activités du renseignement de sécurité, qui enquêtait sur M. Zündel, et qui avait antérieurement rédigé un rapport à son sujet, le juge Desjardins a statué que le Comité se situait entre les deux extrémités du spectre, soit entre la fonction purement adjudicative et la fonction législative. Par conséquent, le critère à appliquer ne pouvait pas être celui de la crainte raisonnable de partialité éprouvée par un observateur sensé et raisonnable. Le juge a conclu que la norme, dans ce cas-là, se rapprochait davantage de l'extrémité du spectre où est situé le critère de l'esprit ouvert. Je reconnais que l'arrêt *Zündel* ne porte pas sur la question, mais il s'agit néanmoins d'un exemple de la souplesse et de l'application d'une norme qui se prête à la fonction de l'office ou du tribunal en cause.

[54] Pour en revenir au cas qui nous occupe, je suis d'avis que la norme à appliquer à un ministre de l'État doit se situer entre l'extrémité où se trouve le critère de la crainte raisonnable de partialité et celle où se trouve le critère de l'esprit ouvert. Comme l'a signalé le juge Cory dans l'arrêt *Newfoundland Telephone Co.*, précité, à la page 639, je tiens compte du fait que je dois adopter une attitude souple à l'égard de la norme. J'ai



the Minister in the present instance is midway on the continuum because on the one hand, the Minister is a politician, elected at least in part by reason of her views. On the other hand, the Minister's decision goes beyond the political or that of policy-making, as referred to in *Newfoundland Telephone Co.*, at page 637, but rather is a decision which must be judicious, just and even juristic, for that also is to be expected of the Minister of the Crown who is here involved in a decision which will, regardless of the outcome, have serious consequences for Mr. Seifert. Here I recognized that all of us have our personal views, but unless they become biases or prejudices, or emotions, which prevent us from the proper exercise of our functions, do not disqualify a person from decision-making. However, I have also kept in mind that all citizens expect that any minister of the Crown will act in a fair and impartial manner.

[55] I now turn to an application of all of this to the facts in the present instance. I have considered what the Minister is alleged to have said. Here I would add that these unfortunate statements, made in the course of three speeches, first, to the Canadian Society for Yad Vashem at Toronto on 8 November 1999, second, to the Canadian Council for Refugees at Niagara Falls on 3 December 1999, and the third, to a group honouring Holocaust survivors at Ottawa on 27 September 2000, are confirmed from printouts obtained from the website controlled by the Minister. To be fair, each of the speeches is marked "checked against delivery", however the plaintiff has presented neither evidence nor argument that the Minister has been misquoted.

[56] To the Canadian Society for Yad Vashem the Minister acknowledged that the community represented by the audience was her home and her community. Indeed, she dedicated an award that she was given that day to her family, a family with roots in a destroyed Jewish community in Poland. The Minister emphasized that the concept of persecution ought not to be taken lightly, nor should the Holocaust be forgotten. The

conclu que la norme qu'il convient d'appliquer au ministre en l'espèce se situe au milieu du spectre parce que, d'une part, le ministre est un politicien élu du moins en partie en raison de ses opinions et que, d'autre part, la décision du ministre va plus loin qu'une décision politique ou que l'élaboration d'une politique, comme il en est fait mention dans l'arrêt *Newfoundland Telephone Co.*, à la page 637, cette décision devant plutôt être judiciaire, juste et même juridique, car c'est également ce à quoi on doit s'attendre du ministre de l'État qui est ici en cause dans une décision qui, indépendamment du résultat, aura des conséquences sérieuses pour M. Seifert. Je reconnais que nous avons tous des opinions personnelles, mais à moins que ces opinions ne deviennent des partis pris ou des préjugés, nos sentiments, qui nous empêchent d'exercer nos fonctions d'une façon appropriée, ne nous rendent pas inhabiles à prendre des décisions. Toutefois, j'ai également tenu compte du fait que tous les citoyens s'attendent à ce qu'un ministre de l'État agisse d'une façon équitable et impartiale.

[55] Je traiterai maintenant de l'application de toutes ces idées aux faits de la présente espèce. J'ai tenu compte de ce que le ministre aurait censément dit. J'ajouterai ici que ces malencontreuses déclarations, qui ont été faites dans trois discours, le premier prononcé devant la Canadian Society for Yad Vashem, à Toronto, le 8 novembre 1999, le deuxième, devant le Conseil canadien pour les réfugiés, à Niagara Falls, le 3 décembre 1999, et le troisième, devant un groupe rendant honneur aux survivants de l'holocauste, à Ottawa, le 27 septembre 2000, sont confirmées par des imprimés obtenus du site Web contrôlé par le ministre. À vrai dire, il est mentionné que chaque discours doit être [TRADUCTION] «vérifié par rapport à son prononcé», mais le demandeur n'a pas présenté de preuves ou d'arguments en vue de montrer que les propos du ministre avaient été déformés.

[56] Devant la Canadian Society for Yad Vashem, le ministre a reconnu que la collectivité représentée par l'auditoire était la sienne. De fait, elle a dédié une distinction qui lui avait été décernée ce jour-là à sa famille, qui venait d'une collectivité juive qui avait été exterminée en Pologne. Le ministre a souligné que la notion de persécution ne devrait pas être considérée à la légère et qu'il ne fallait pas oublier l'holocauste. Elle a

Minister then turned to the topic of “war criminals living in Canada today”:

Who isn't frustrated by the fact that there are those living nearby who have done us, as an international family, great harm and injustice?

People living blocks away from us who brought horror and indignities to our people and others?

I am of course talking about war criminals living in Canada today.

I can say to you, as Minister of Citizenship and Immigration, our government is committed to bringing to justice those suspected of committing war crimes or reprehensible acts during the war.

We will use every legal means, including existing citizenship and immigration legislation now in place, to pursue them and deport them.

This includes a provision allowing for revocation of citizenship where entry and later citizenship are obtained by false representation of fraud or by knowingly concealing material circumstances.

None of this provide any particular grist for the defendant. However the Minister then made an unfortunate remark whereby what may have been political rhetoric on an innocent predilection, and we all have preferences or partialities, may have become a bias, a prejudice or an emotion which interfered with her function:

I can tell you that while I was happy to be named Minister of Citizenship and Immigration—I was really happy when some of my first official duties included revoking the citizenship of two Nazi war criminals. As I signed I silently said the Kaddish—the prayer for the dead.

[57] During the second of the three speeches, at the annual meeting of the Canadian Council for Refugees, in Niagara Falls on 3 December 1999, the Minister spoke of policy, gave specific examples and talked of her experience. She concluded with a remark to which

ensuite parlé des [TRADUCTION] «criminels de guerre qui vivent maintenant au Canada»:

[TRADUCTION] Qui ne se sent pas frustré par le fait qu'il y a des gens qui vivent dans nos parages et qui nous ont causé, en tant que famille internationale, beaucoup de tort et qui ont commis de graves injustices envers nous?

Il y a des gens qui vivent parmi nous qui ont commis des atrocités et des actes indignes à l'endroit de notre peuple et d'autres personnes.

Je parle, bien sûr, des criminels de guerre qui vivent maintenant au Canada.

Je puis vous dire, en ma qualité de ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, que notre gouvernement s'est engagé à traduire en justice les gens qui sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des actes répréhensibles pendant la guerre.

Nous utiliserons tous les moyens juridiques à notre disposition, notamment la législation existante en matière de citoyenneté et d'immigration, pour les poursuivre et les expulser.

Cela comprend une disposition autorisant la révocation de la citoyenneté lorsque l'entrée et, plus tard, la citoyenneté sont obtenues à la suite d'une fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels.

Aucune de ces déclarations n'est particulièrement utile au défendeur. Toutefois, le ministre a ensuite malheureusement fait des remarques qui constituaient peut-être un discours politique fondé sur un innocent penchant, et nous avons tous des préférences ou des partis pris, mais qui sont des remarques manifestant peut-être un parti pris, un préjugé ou un sentiment nuisant à sa fonction:

[TRADUCTION] Je puis vous dire que j'étais heureuse d'être nommée ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration—j'étais réellement heureuse que certaines de mes premières fonctions officielles comprennent la révocation de la citoyenneté de deux criminels de guerre nazis. En apposant ma signature, j'ai silencieusement récité le Kaddish—la prière des morts.

[57] Dans le deuxième discours, qui a été prononcé lors de l'assemblée annuelle du Conseil canadien pour les réfugiés, à Niagara Falls, le 3 décembre 1999, le ministre a parlé de la politique; elle a donné des exemples précis et a parlé de son expérience. Elle a

the defendant objects, submitting that it is an indication of bias:

In hearing these stories, I could not help but recalled [*sic*] the wisdom of the Talmud, which simply expresses something that many Canadians have come to know directly.

To save one life is to save the world.

This remark offers no advantage to the defendant.

[58] The third speech, that honouring Holocaust survivors, 27 September 2000 in Ottawa, contains several passages to which the defendant objects:

As a Jewish woman, my strength and sense of duty come from my past, from my parents and grandparents and from my faith. As a people, we have endured great hardship.

The greatest of these in our own time has been the Holocaust. You have been our living link to that monumental human tragedy.

This passage sets out a perspective of the Minister and perhaps a predilection, but gives one no reason to believe that the viewpoint is damaging to the extent that it might prevent the Minister from doing her job properly. More damaging to the plaintiff is the Minister's comment subsequent that:

One of my first official duties in becoming Minister was to revoke the citizenship of two Nazi war criminals. And as I signed, I silently said the Kaddish.

Here the Minister perhaps carries a factual statement much farther than needed, casting some doubts on her ability to undertake the difficult tasks of moving toward a revocation of Mr. Seifert's citizenship in a detached and objective way.

[59] In deciding whether, as contended by the plaintiff, the pleas set out in the statement of claim will plainly, obviously and beyond doubt not succeed, I do not, in order to allow those pleas to proceed, need to decide that they will succeed, but rather need only

conclu son discours en faisant une remarque à laquelle le défendeur s'oppose pour le motif que cette remarque indique la partialité:

[TRADUCTION] En entendant ces histoires, je n'ai pas pu m'empêcher de songer à la sagesse du Talmud, qui dit simplement quelque chose que de nombreux Canadiens savent maintenant directement.

Sauver une vie, c'est sauver le monde.

Cette remarque n'est pas utile au défendeur.

[58] Le troisième discours, rendu en l'honneur des survivants de l'holocauste, qui a été prononcé à Ottawa le 27 septembre 2000, renferme plusieurs passages auxquels le défendeur s'oppose:

[TRADUCTION] En tant que femme juive, je tire ma force et mon sentiment du devoir de mon passé, de mes parents et de mes grands-parents ainsi que de ma foi. En tant que peuple, nous avons été durement éprouvés.

L'holocauste est l'épreuve la plus dure que nous ayons connue à notre époque. Vous êtes le lien vivant qui nous unit à cette tragédie humaine monumentale.

Ce passage indique le point de vue du ministre et peut-être un penchant, mais il n'y a pas lieu de croire que le point de vue exprimé est dommageable au point d'empêcher le ministre d'accomplir convenablement sa tâche. Le commentaire subséquent que le ministre a fait est plus dommageable au demandeur:

[TRADUCTION] L'une de mes premières fonctions officielles, lorsque j'ai été nommée ministre, a été de révoquer la citoyenneté de deux criminels de guerre nazis. En apposant ma signature, j'ai silencieusement récité le Kaddish.

Le ministre fait peut-être ici une déclaration factuelle qui va beaucoup plus loin que ce qui est nécessaire et qui laisse planer un doute sur sa capacité d'accomplir d'une façon détachée et objective les tâches difficiles que comporte la révocation de la citoyenneté de M. Seifert.

[59] En déterminant si, comme le demandeur l'a soutenu, il est évident et manifeste et au-delà de tout doute que les plaidoiries figurant dans la déclaration n'ont aucune chance de succès, je n'ai pas à déterminer, afin de les permettre, si elles doivent être retenues, mais

conclude that they stand some chance, however small, of success. Similarly, while I believe a test midway between a reasonable apprehension of bias and an open mind applies, I do not need to decide where on that continuum the Minister falls in order to allow this aspect of the claim to proceed or to foreclose the claim now.

[60] The defendant does not say that the Minister is in fact biased, but pleads that:

The actions of the Minister against an ethnic German are an indication of reasonable apprehension of bias, are scandalous and vexatious, arising out of a conflict of interest originating in the Jewish animosity by the plaintiff to the defendant's ethnic background, and of alleged war time associates of the defendants.

The defendant then continues, characterizing the Minister's actions as a conflict of interest creating a reasonable apprehension of bias and separate abuse:

This conflict of interest creates a reasonable apprehension of bias which creates a separate abuse of process which should result in a Judicial Stay of Proceeding. This is so because the public announcements of the Minister create a reasonable apprehension of bias in an administrative capacity, i.e. in issuing a Notice of Intention dated August 23, 2001.

The defendant continues in paragraph 19 of the counterclaim alleging malice on the part of the Minister:

. . . motivated by oblique political and personal motives of hatred and animosity to the defendant and the associations which, in the Minister's mind, he represents. Wherefore the Minister has acted with said malice in a manner beyond the scope of any qualified privilege her communications might otherwise have enjoyed. Wherefore the defendant says the Minister has, by the use of superfluous, false, malicious and scandalous allegations, defamed the defendant and caused the defendant to suffer grievously in his general reputation and self esteem . . . .

The defendant concludes, in paragraph 20 of the statement of claim, that what was involved in the Minister's actions was not justice, but a pursuit of vengeance giving rise to a severe reasonable apprehension of bias:

il suffit plutôt de conclure qu'elles ont des chances de succès, ne serait-ce que légères. De même, je crois qu'il faut appliquer un critère se situant au milieu du spectre, entre le critère de la crainte raisonnable de partialité et le critère de l'esprit ouvert, mais je n'ai pas à déterminer à quel endroit, le long du spectre, se situe la décision du ministre afin de laisser se poursuivre cet aspect de la demande ou d'exclure dès maintenant la demande.

[60] Le défendeur ne dit pas que le ministre est de fait partial; il plaide plutôt ce qui suit:

[TRADUCTION] Les mesures que le ministre a prises à l'encontre d'une personne d'origine allemande constituent une indication de crainte raisonnable de partialité; ces mesures sont scandaleuses et vexatoires et elles résultent d'un conflit d'intérêts qui a pris naissance par suite de l'animosité éprouvée par la demanderesse en sa qualité de Juive à l'égard des antécédents ethniques du défendeur et des présumés compagnons de guerre du défendeur.

Le défendeur qualifie ensuite les mesures prises par le ministre de conflit d'intérêts créant une crainte raisonnable de partialité et constituant un abus distinct:

[TRADUCTION] Ce conflit d'intérêts crée une crainte raisonnable de partialité constituant un abus distinct de procédure qui devrait entraîner la suspension judiciaire de la procédure, et ce, parce que les déclarations publiques du ministre créent une crainte raisonnable de partialité de sa part en sa qualité administrative à l'égard de la délivrance d'un avis d'intention en date du 23 août 2001.

Le défendeur ajoute ce qui suit, au paragraphe 19 de la demande reconventionnelle, où la malveillance du ministre est alléguée:

[TRADUCTION] [. . .] pour des motifs politiques et personnels obscurs indiquant la haine et l'animosité éprouvées envers le défendeur et envers les associations qui, de l'avis du ministre, sont représentées par celui-ci. Le ministre a agi avec malveillance et a excédé tout privilège dont ses communications auraient par ailleurs pu faire l'objet. Il est allégué qu'en faisant des allégations superflues, fausses, malveillantes et scandaleuses, le ministre a terni la réputation du défendeur et a gravement porté atteinte à sa réputation générale et à son estime personnelle [. . .]

Le défendeur conclut, au paragraphe 20 de la déclaration, que les mesures prises par le ministre n'avaient rien à voir avec la justice, mais que le ministre a agi dans un esprit de vengeance donnant fortement lieu à une crainte raisonnable de partialité:

It is alleged that the Minister has a fiduciary duty to all citizens of every ethnic background to act fairly and impartially. It is alleged the Minister acted in breach of this fiduciary duty and in pursuit of vengeance, not justice. It is alleged this reasonable apprehension of bias is so severe as to bring the administration of justice into disrepute to the minds of reasonable persons informed of the facts. The particulars of the Minister's public expressions are in her numerous public speeches.

To be fair, the defendant does raise breach of fiduciary duty and a failure to act fairly and impartially. However I would be more comfortable with this portion of the pleading had the defendant alleged that the speeches of the Minister indicate not necessarily a reasonable apprehension of bias, but a failure to meet some less onerous but still applicable standard, for it is clearly not the reasonable apprehension bias test in itself that applies to the Minister. A Minister, as I have said, is not only a politician and legislator, but also a functionary making a decision which must be judicious, just and even juristic. Thus, the proper plea, which could be established on the facts alleged, would be that the Minister failed to meet a given appropriate standard midway between that of an open mind and that of avoiding a reasonable apprehension of bias. The defendant may well be able to amend to rectify what is a clear and factual defect in the pleading, that of alleging a standard which clearly does not apply to a minister. There is certainly still a cause of action evident in the pleading. Moreover, it is not a plea which is clearly frivolous, vexatious, prejudicial or abusive. Thus the order will allow for amendment.

[61] In amending the defendant may leave in paragraph 19 of the counterclaim, for there are sufficient particulars of the defamatory words in the amendment to paragraph 18. Any lack of the particular defamatory words in paragraph 19 of the counterclaim is more than rectified by the amendment to paragraph 18, referring to the Minister's speeches. Moreover, should the plaintiff feel the need for further particulars for trial, they would

[TRADUCTION] Il est allégué que le ministre a envers tous les citoyens, quelle que soit leur origine ethnique, l'obligation fiduciaire d'agir d'une façon équitable et impartiale. Il est allégué que le ministre a agi en violation de cette obligation fiduciaire et dans un esprit de vengeance plutôt que dans un esprit de justice. Il est allégué que cette crainte raisonnable de partialité est si sérieuse qu'elle a pour effet de discréditer l'administration de la justice dans l'esprit d'une personne raisonnable qui est au courant des faits. Des exemples d'opinions exprimées en public par le ministre figurent dans les nombreux discours qu'elle a prononcés en public.

À vrai dire, le défendeur invoque le manquement à une obligation fiduciaire et l'omission d'agir d'une façon équitable et impartiale. Toutefois, cette partie de l'acte de procédure me réconforterait davantage si le défendeur avait allégué que les discours du ministre n'indiquent pas nécessairement une crainte raisonnable de partialité, mais l'omission de satisfaire à une norme moins rigoureuse, mais néanmoins applicable, car à coup sûr, ce n'est pas le critère de la crainte raisonnable de partialité en soi qui s'applique au ministre. Comme il en a été fait mention, un ministre est non seulement un politicien et un législateur, mais aussi un fonctionnaire chargé de prendre des décisions qui doivent être judicieuses, justes et même juridiques. Par conséquent, la plaidoirie appropriée, qui pourrait être établie eu égard aux faits allégués, serait que le ministre n'a pas satisfait à une norme donnée appropriée se situant au milieu du spectre, entre le critère de l'esprit ouvert et le critère voulant qu'elle évite de susciter une crainte raisonnable de partialité. Le défendeur est peut-être bien en mesure de modifier l'acte de procédure de façon à corriger ce qui est un défaut factuel clair, à savoir la mention d'une norme qui ne s'applique clairement pas au ministre. L'acte de plaidoirie révèle certes encore une cause d'action évidente. En outre, il ne s'agit pas d'une plaidoirie clairement frivole, vexatoire, préjudiciable ou abusive. L'ordonnance autorisera donc la modification.

[61] En effectuant la modification en question, le défendeur peut laisser le paragraphe 19 dans la demande reconventionnelle, car des précisions suffisantes sont données au sujet des propos diffamatoires dans la modification apportée au paragraphe 18. L'omission de faire état des propos diffamatoires en question au paragraphe 19 de la demande reconventionnelle est certes corrigée par la modification apportée au

certainly seem to be available, given the 30 January 2002 affidavit of Mr. Seifert.

### Absolute Privilege

[62] I do not take the plaintiff's submissions of absolute privilege, extending to the Minister's speeches in 1999 and 2000, as being advanced seriously.

[63] First, the plaintiff refers to the Minister's procedure, leading up to the Minister's proceeding against Mr. Seifert, as being judicial and quasi-judicial: if that were the case a plea of a reasonable apprehension of bias would almost automatically withstand the attempt to strike out. As I have pointed out, the position and obligation of the Minister is not that of someone acting in a judicial or in a quasi-judicial manner, but rather an allowance must be made by reason of the fact that the Minister is also acting in a political way and subject to a much different and lower standard of conduct.

[64] Second, to qualify as privileged, a defamatory statement must be made before a court of justice or a tribunal exercising equivalent functions and here I refer to the plaintiff's authority *Gatley on Libel and Slander*, 9th ed., London, Sweet & Maxwell, 1998, at page 282-283:

**General Rule.** No action will lie for defamatory statements, whether oral or written, made in the course of judicial proceedings before a court of justice or a tribunal exercising functions equivalent to those of an established court of justice.

As I have already said, there is no indication that the Minister is acting as a tribunal or exercising functions equivalent to those of an established court of justice.

[65] Third, the plaintiff refers to a dozen unmarked pages in *The Law of Defamation in Canada*, by R.

paragraphe 18, dans lequel il est fait mention de discours prononcés par le ministre. En outre, si le demandeur estime que des précisions additionnelles doivent être fournies aux fins de l'instruction, ces précisions sembleraient certes être données, compte tenu de l'affidavit établi par M. Seifert le 30 janvier 2002.

### Privilège absolu

[62] Je ne prends pas au sérieux les prétentions que le demandeur a faites au sujet de l'existence d'un privilège absolu s'étendant aux discours que le ministre a prononcés en 1999 et en 2000.

[63] Premièrement, le demandeur affirme que les mesures prises par le ministre, qui ont abouti à l'introduction de procédures contre M. Seifert, sont de nature judiciaire et quasi judiciaire: si c'était le cas, une plaidoirie fondée sur l'existence d'une crainte raisonnable de partialité résisterait presque nécessairement à la tentative de radiation. Comme il a été signalé, la position et l'obligation du ministre ne sont pas celles d'une personne agissant à titre judiciaire ou quasi judiciaire, mais il faut plutôt considérer les mesures prises par le ministre comme étant de nature politique et comme étant des mesures assujetties à une norme de conduite fort différente et moins rigoureuse.

[64] Deuxièmement, pour être considérée comme privilégiée, une déclaration diffamatoire doit être faite devant une cour de justice ou devant un tribunal exerçant des fonctions analogues et je citerai ici l'ouvrage intitulé *Gatley on Libel and Slander*, 9<sup>e</sup> édition, Londres, Sweet & Maxwell, 1998, aux pages 282 et 283, auquel le demandeur s'est reporté:

[TRADUCTION] **Règle générale.** Aucune action ne peut être intentée par suite de déclarations diffamatoires faites oralement ou par écrit dans le cadre d'une procédure judiciaire devant une cour de justice ou devant un tribunal exerçant des fonctions analogues à celles d'une cour de justice établie.

Comme il en a déjà été fait mention, rien n'indique que le ministre ait agi en tant que tribunal ou dans l'exercice de fonctions analogues à celles d'une cour de justice établie.

[65] Troisièmement, le demandeur mentionne une douzaine de pages, sans donner plus de précisions, tirées

Brown, 2nd ed., Scarborough: Carswell, 1994. Brown, at pages 12-31 and 12-32 sets out the same proposition as Gatley as to privilege attaching to communications taking place during, incidental to and in the processing and furtherance of judicial or quasi-judicial proceedings. This is clearly not applicable both in that the Minister is not operating in a judicial or quasi-judicial level and the statements were made many months before initiation of the present procedure against Mr. Seifert.

[66] The passages to which the plaintiff refers in Brown also deal with documents and material filed with the Court, or prepared for but not filed with the Court, with documents issued by the Court and with witnesses who have been interviewed: see pages 12-129 to 12-139. None of this is applicable for the statements upon which Mr. Seifert relies are clearly not a part of the Court's process, but a part of the defendant's cause of action. Thus the allegations of defamation in the counterclaim shall remain.

#### Conclusion

[67] For the most part the counterclaim should not have been challenged on a motion to strike out, but rather, since it raises important issue and sets out substantial pleas which are not plainly, obviously and beyond doubt forlorn, ought to be allowed to proceed with, as I have indicated, amendment in one instance.

[68] In that the defendant has been, in the overall, somewhat more successful than plaintiff on this motion, the defendant shall have his costs in any event, payable at the end of the day.

de l'ouvrage intitulé *The Law of Defamation in Canada*, par R. Brown, 2<sup>e</sup> éd., Scarborough: Carswell, 1994. Brown, aux pages 12-31 et 12-32, énonce la même proposition que Gatley au sujet du privilège applicable aux communications qui sont effectuées pendant des procédures judiciaires ou quasi judiciaires ou qui sont faites d'une façon accessoire et aux fins de l'examen et de l'avancement de procédures judiciaires ou quasi judiciaires. Cela n'est clairement pas applicable en ce sens que le ministre n'agit pas à titre judiciaire ou quasi judiciaire et que les déclarations ont été faites bien avant que la procédure ici en cause ait été engagée contre M. Seifert.

[66] Les passages de Brown auxquels le demandeur se reporte traitent également de pièces et de documents déposés devant la Cour, ou préparés mais non déposés devant la Cour, de documents délivrés par la Cour et de témoins qui n'ont pas été interrogés: voir pages 12-129 à 12-139. Rien de tout cela ne s'applique car les déclarations sur lesquelles M. Seifert se fonde ne font clairement pas partie de la procédure de la Cour, mais font partie de la cause d'action du défendeur. Les allégations de diffamation qui sont faites dans la demande reconventionnelle seront donc maintenues.

#### Conclusion

[67] Dans l'ensemble, la demande reconventionnelle n'aurait pas dû être contestée dans le cadre d'une requête en radiation, mais puisqu'elle soulève une question importante et qu'elle énonce des plaidoiries importantes qui ne sont pas clairement et hors de tout doute désespérées, elle doit être maintenue et, comme il en a été fait mention, elle doit dans un cas être modifiée.

[68] Étant donné que, dans l'ensemble, le défendeur a dans une certaine mesure su mieux faire valoir sa cause que le demandeur dans la requête ici en cause, les dépens lui sont adjugés, et ce, quelle que soit l'issue de la cause, et ils seront en fin de compte payables.

2002 FCT 918  
T-551-99

2002 CFPI 918  
T-551-99

**Ragdoll Productions (UK) Limited and The Itsy Bitsy Entertainment Company and The Itsy Bitsy Entertainment Company (Canada), Inc. (Plaintiffs)**

**Ragdoll Productions (UK) Limited et The Itsy Bitsy Entertainment Company et The Itsy Bitsy Entertainment Company (Canada), Inc. (demandereses)**

v.

c.

**Jane Doe and John Doe and Other Persons, Names Unknown, who Offer for Sale, Sell, Import, Manufacture, Distribute, Advertise, or Deal in Unauthorized or Counterfeit Teletubbies Merchandise, and Those Persons Listed in Schedule "A" hereto (Defendants)**

**M. Untel et M<sup>me</sup> Unetelle et les autres personnes dont le nom est inconnu qui offrent en vente, vendent, importent, fabriquent, distribuent, annoncent ou font le commerce de marchandises Teletubbies non autorisées ou contrefaites, ainsi que les personnes énumérées à l'annexe «A» des présentes (défendeurs)**

T-823-99

T-823-99

**Nintendo of America Inc. and Nintendo of Canada Ltd. (Plaintiffs)**

**Nintendo of America Inc. et Nintendo of Canada Ltd. (demandereses)**

v.

c.

**Jane Doe and John Doe and Other Persons, Names Unknown, who Offer for Sale, Sell, Import, Manufacture, Distribute, Advertise, or Deal in Unauthorized or Counterfeit Pokémon Merchandise, and those Persons Listed in Schedule "A" to the Statement of Claim (Defendants)**

**M. Untel et M<sup>me</sup> Unetelle et les autres personnes dont le nom est inconnu qui offrent en vente, vendent, importent, fabriquent, distribuent, annoncent ou font le commerce de marchandises Pokémon non autorisées ou contrefaites, ainsi que les personnes énumérées à l'annexe «A» de la déclaration (défendeurs)**

T-1058-98

T-1058-98

**The Walt Disney Company (Canada) Limited and Disney Enterprises, Inc. (Plaintiffs)**

**The Walt Disney Company (Canada) Limited et Disney Enterprises, Inc. (demandereses)**

v.

c.

**Jane Doe and John Doe and Other Persons, Names Unknown, who Offer for Sale, Sell, Import, Manufacture, Distribute, Advertise, or Deal in Unauthorized or Counterfeit Disney Merchandise, and those Persons Listed in Schedule "A" to the Statement of Claim (Defendants)**

**M. Untel et M<sup>me</sup> Unetelle et les autres personnes dont le nom est inconnu qui offrent en vente, vendent, importent, fabriquent, distribuent, annoncent ou font le commerce de marchandises Disney non autorisées ou contrefaites, ainsi que les personnes énumérées à l'annexe «A» de la déclaration (défendeurs)**

**INDEXED AS: RAGDOLL PRODUCTIONS (UK) LTD. v. JANE DOE (T.D.)**

**RÉPERTORIÉ: RAGDOLL PRODUCTIONS (UK) LTD. c. PERSONNES INCONNUES (1<sup>RE</sup> INST.)**



Trial Division, Pelletier J.—Toronto, June 25, 2001; Ottawa, August 28, 2002.

*Practice — Judgments and Orders — Default Judgment — In motions for default judgment, plaintiffs relying on failure to defend claim as admission of liability — Statement to that effect in Viacom Ha! v. Jane Doe based on misunderstanding of Federal Court Rules, 1998 — R. 184 providing allegations of facts in pleading not admitted deemed denied — Plaintiffs unable to rely on bare fact of failure to defend claim — Must satisfy judge on balance of probabilities infringement occurred — Plaintiffs entitled to rely on order resulting from review of execution of Anton Piller orders to establish infringement — As defendants not filing materials in defence, motions allowed.*

*Trade-Marks — Infringement — Motions for default judgment — Defendants' goods seized under rolling Anton Piller orders, said to infringe plaintiffs' trade-marks, copyrights — Defendants opposing motion on ground of insufficiency of plaintiffs' materials, but filing no material themselves — Evidence of infringement found in plaintiffs' solicitor's affidavit, affidavit of employee of plaintiffs' solicitors — As to adequacy of proof of infringement, must persuade Court on balance of probabilities infringement occurred — Application of standard as to nature of evidence required to establish infringement on return of review motion set out by F.C.T.D. in Tommy Hilfiger Licensing, Inc. v. Jane Doe — As plaintiffs entitled to rely upon review order, onus on defendants to make out positive defence — Infringement of trade-marks proved — Absent evidence upon which to set aside conclusion as to infringement inherent in review order, defendants bound by conclusion — Plaintiffs entitled to relief sought.*

*Damages — Non-Compensatory — Nominal — (1) Whether plaintiffs' seizure of defendants' goods pursuant to rolling Anton Piller orders, issuance of injunction restraining latter from dealing in counterfeit goods inconsistent with claim for damages, amounting to election of remedies — Legislation governing copyright, trade-marks providing for availability of both remedies — No authority preventing plaintiffs from claiming both — (2) Plaintiffs seeking damages in accordance with scale applied in Court — Where damage occurred but proof of amount damages lacking, nominal damages sometimes awarded — Once infringement*

Section de première instance, juge Pelletier—Toronto, 25 juin 2001; Ottawa, 28 août 2002.

*Pratique — Jugements et ordonnances — Jugement par défaut — Dans des requêtes en jugement par défaut, les demanderesse ont invoqué l'omission de contester la réclamation comme s'il s'agissait d'un aveu de responsabilité — La déclaration en ce sens faite dans Viacom Ha! c. Jane Doe était fondée sur une mauvaise compréhension des Règles de la Cour fédérale (1998) — Selon la règle 184, les allégations de fait contenues dans un acte de procédure qui ne sont pas admises sont réputées être niées — Les demanderesse ne pouvait s'appuyer sur la seule existence d'un défaut pour contester une réclamation — Elles devaient convaincre le juge selon la probabilité la plus forte qu'il y a eu contrefaçon — Elles étaient autorisées à se fonder sur une ordonnance résultant d'un examen touchant l'exécution d'ordonnances Anton Piller pour établir la contrefaçon — Les défendeurs n'ayant pas produit d'éléments de preuve en défense, les requêtes ont été accueillies.*

*Marques de commerce — Contrefaçon — Requêtes en jugement par défaut — Les marchandises des défendeurs, saisies en vertu d'ordonnances Anton Piller renouvelables, porteraient atteinte aux marques de commerce et aux droits d'auteur des demanderesse — Les défendeurs ont contesté la requête pour cause d'insuffisance de la preuve des demanderesse, mais n'ont eux-mêmes produit aucune preuve — La preuve de la contrefaçon se trouvait dans l'affidavit de l'avocat des demanderesse et l'affidavit d'un employé des avocats des demanderesse — Pour prouver la contrefaçon de façon adéquate, il faut convaincre la Cour de l'existence de la contrefaçon selon la probabilité la plus forte — L'application de la norme relative à la nature de la preuve exigée pour établir la contrefaçon lors de l'audition de la requête en révision a été énoncée dans la décision Tommy Hilfiger Licensing, Inc. c. Jane Doe (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) — Les demanderesse ayant le droit d'invoquer l'ordonnance de révision, il appartenait aux défendeurs d'établir une défense sur le fond — La contrefaçon des marques de commerce a été prouvée — En l'absence d'une preuve permettant de rejeter la conclusion de contrefaçon inhérente à l'ordonnance de révision, les défendeurs étaient liés par cette conclusion — Les demanderesse avaient droit à la réparation demandée.*

*Domages-intérêts — Non-compensatoires — Symboliques — 1) La saisie, par les demanderesse, des marchandises des défendeurs en application d'ordonnances Anton Piller renouvelables et le prononcé d'une injonction interdisant le commerce de marchandises contrefaites étaient-ils incompatibles avec la demande de dommages-intérêts et emportaient-ils le choix d'une réparation? — Les dispositions législatives touchant les droits d'auteur et marques de commerce prévoient la possibilité d'obtenir les deux réparations — Rien dans la jurisprudence n'empêche les demanderesse de demander les deux réparations — 2) Les*

*proven, damages occurred, plaintiffs entitled to Court's best estimate of damages without being limited to nominal damages — Use of phrase "minimum nominal damages" unfortunate, misleading — Amount of awards, when stacked, not "nominal" damages, "minimum nominal" damages.*

*Practice — Discovery — Anton Piller Orders — Rolling Anton Piller orders executed in favour of plaintiffs — Defendants not contesting lawfulness of execution of orders at review hearing — Plaintiffs seeking default judgments — Review order judicial determination infringement occurred — In absence of evidence to contrary, conclusive — Onus on defendants to make out positive defence — As defendants not filing any material, motions allowed.*

These were motions for default judgment made on behalf of three different groups of plaintiffs. In October 1999, three rolling Anton Piller orders were executed in favour of the plaintiffs. The latter's agents identified and seized a number of goods claiming that they infringed the plaintiffs' trademarks and copyrights. At the review of the execution of the orders, the interim injunction enjoining the defendants from dealing in counterfeit goods was converted to an interlocutory injunction. The defendants did not appear at the review motion. A motion for default judgment was made on behalf of each of the plaintiffs. The defendants challenged the plaintiffs' entitlement to such relief by filing a responding record but neither an affidavit as to the merits nor a statement of defence nor an application for an extension of time to file a statement of defence was filed. The issues were: (1) whether the plaintiffs provided satisfactory evidence of infringement; (2) whether the plaintiffs could claim damages after having seized the defendants' goods pursuant to an Anton Piller order; and (3) whether the plaintiffs could claim damages in an arbitrary amount without proof of actual damage by calling them minimal nominal damages.

*Held*, the motions should be allowed.

(1) The evidence of infringement consisted of the affidavit of service of one of the plaintiffs' solicitors, to which were

*demandereses ont réclamé des dommages-intérêts conformément au barème appliqué par la Cour — Lorsqu'un dommage est subi, mais que rien n'établit le montant de la perte, il arrive que des dommages-intérêts symboliques soient accordés — Une fois la contrefaçon et le préjudice établis, les demandereses avaient droit à une évaluation optimale des dommages-intérêts par la Cour sans devoir se contenter de dommages-intérêts symboliques — L'emploi de l'expression «dommages-intérêts symboliques minimums» est malheureux et trompeur — Le montant des dommages-intérêts, lorsqu'il y a cumul, n'est ni «symbolique» ni «minimum».*

*Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Ordonnances Anton Piller — Ordonnances Anton Piller renouvelables exécutées en faveur des demandereses — Les défendeurs n'ont pas contesté la légalité de l'exécution des ordonnances lors de l'audience en révision — Les demandereses ont demandé des jugements par défaut — L'ordonnance de révision est une décision judiciaire constatant la contrefaçon — Faute de preuve contraire, ce constat est probant — Il appartenait aux défendeurs d'établir une défense sur le fond — Comme les défendeurs n'ont produit aucune preuve, les requêtes ont été accueillies.*

Il s'agit de requêtes en jugement par défaut présentées pour le compte de trois groupes distincts de demandereses. En octobre 1999, trois ordonnances Anton Piller renouvelables ont été exécutées en faveur des demandereses. Les représentants de ces dernières ont identifié et saisi un certain nombre de biens qui, selon eux, portaient atteinte aux marques de commerce et aux droits d'auteur des demandereses. Lors de la révision de l'exécution des ordonnances, la Cour a rendu interlocutoire l'injonction provisoire interdisant aux défendeurs de faire le commerce de biens contrefaits. Les défendeurs n'ont pas comparu lors de la requête en révision. Une requête en jugement par défaut a été présentée pour le compte de chacune des demandereses. Les défendeurs ont contesté le droit des demandereses à la réparation demandée en produisant un dossier en réponse au dossier de la requête, mais ils n'ont ni produit un affidavit quant au fond, ni présenté une défense ni demandé un délai supplémentaire pour présenter une défense. Voici les questions en litige: 1) les demandereses ont-elles présenté une preuve satisfaisante de la contrefaçon? 2) les demandereses pouvaient-elles réclamer des dommages-intérêts après avoir saisi les biens des défendeurs conformément à une ordonnance Anton Piller? et 3) les demandereses pouvaient-elles, sans prouver l'existence d'un véritable préjudice, demander des dommages-intérêts d'un montant arbitraire en les qualifiant de dommages-intérêts symboliques minimums?

*Jugement*: les requêtes doivent être accueillies.

1) La preuve de la contrefaçon consistait en l'affidavit de signification de l'un des avocats des demandereses, auquel

attached a Solicitor's Report listing the goods seized and Solicitor's Comments, and the affidavit of an employee of the plaintiffs' solicitors. The plaintiffs argued that the onus of proof was largely satisfied by the admission of liability which could be inferred from the failure to defend the claim. This argument was based on a statement in *Viacom Ha! v. Jane Doe* which was premised on a misunderstanding of the *Federal Court Rules, 1998*. Under rule 184(1), all allegations of fact in a pleading that are not admitted are deemed to be denied. Therefore the absence of a statement of defence means that all allegations are denied. As a result, a plaintiff is required to establish its entitlement to the relief claimed by affidavit evidence. The plaintiffs could not succeed upon the bare fact of the defendants' failure to defend the claim. The proof required must persuade a judge on a balance of probabilities that the plaintiff is entitled to the relief which it seeks. Anton Piller orders are granted to ensure that documents and materials that are subject of an action are safeguarded where there is a strong *prima facie* evidence of infringement. Persons executing these orders have the expertise to identify counterfeit goods. But the Court cannot rely solely on their assertion that the goods are counterfeit. For this reason the nature of the evidence required to establish infringement on the return of the review motion was set out by this Court in *Tommy Hilfiger Licensing, Inc. v. Jane Doe*. The standard of proof on applications for judgment in default should not be lower than it is on review motions where verifiable evidence of infringement is required. The test is whether the judge, having considered the evidence before the Court, is satisfied that, on a balance of probabilities, infringement has occurred. The review order is a judicial determination that infringement has occurred and, in the absence of evidence to the contrary, is conclusive on that issue. This motion for default was opposed, which was unusual. The defendants filed no material, but simply argued the insufficiency of the plaintiffs' materials. Since the plaintiffs were entitled to rely upon the review order, the onus was on the defendants to make out a positive defence. In the absence of evidence upon which to set aside the conclusion as to infringement inherent in the review order, the defendants were bound by that conclusion.

(2) The legislation governing copyright and trade-marks expressly provides for the availability of both injunctions and damages. There is no authority which would support the conclusion that a plaintiff could claim either remedy but not both. Moreover, there are no instances where damages were refused because an injunction had been awarded. To the extent that the granting of an injunction deals with prospective damages, it does not preclude recovery of past damages. The plaintiffs' position was neither unfair nor bad policy.

étaient joints le rapport de l'avocat énumérant les biens saisis, les observations de celui-ci ainsi que l'affidavit d'un employé des avocats des demandresses. Ces dernières ont soutenu que l'aveu de responsabilité pouvant être déduit de l'omission de produire une défense leur permettait de s'acquitter du fardeau de la preuve. Cet argument se fondait sur une assertion tirée de la décision *Viacom Ha! c. Unetelle*, laquelle s'appuyait sur une interprétation erronée des *Règles de la Cour fédérale (1998)*. Selon la règle 184(1), les allégations de fait contenues dans un acte de procédure qui ne sont pas admises sont réputées être niées. Par conséquent, en l'absence d'une défense, les allégations doivent toutes être tenues pour niées. Ainsi, le demandeur doit prouver par affidavit qu'il a droit à la réparation demandée. Les demandresses ne peuvent avoir gain de cause du simple fait que les défendeurs ont omis de produire une défense. Le demandeur doit convaincre le juge, selon la probabilité la plus forte, qu'il a droit à la réparation demandée. Les ordonnances Anton Piller visent à protéger les documents et les éléments qui font l'objet d'une poursuite lorsqu'il y a une solide preuve *prima facie* de contrefaçon. Les personnes chargées de l'exécution de ces ordonnances ont l'expertise nécessaire pour identifier la marchandise contrefaite. Mais la Cour ne saurait s'en remettre à leurs seules assertions en ce qui concerne la contrefaçon. C'est pour cette raison que la Cour a précisé la nature de la preuve exigée pour établir la contrefaçon lors de la présentation de la requête en révision dans l'affaire *Tommy Hilfiger Licensing, Inc. c. Jane Doe*. Une norme de preuve ne devrait pas être moins stricte dans le cas d'une demande de jugement par défaut que dans celui d'une requête en révision où une preuve de contrefaçon vérifiable s'impose. Le critère est le suivant: après avoir examiné la preuve, le juge est-il convaincu, selon la probabilité la plus forte, qu'il y a eu contrefaçon? L'ordonnance de révision est une décision judiciaire constatant la contrefaçon et, faute de preuve contraire, ce constat est probant. La requête en jugement par défaut a été contestée, ce qui était inhabituel. Les défendeurs n'ont présenté aucun élément de preuve, mais se sont contentés de faire valoir l'insuffisance de la preuve des demandresses. Comme ces dernières pouvaient invoquer l'ordonnance de révision, il appartenait aux défendeurs de présenter une défense sur le fond. En l'absence d'une preuve permettant de rejeter la conclusion de contrefaçon inhérente à l'ordonnance de révision, les défendeurs étaient liés par cette conclusion.

2) Les dispositions législatives en matière de droits d'auteur et de marques de commerce prévoient expressément la possibilité d'obtenir à la fois une injonction et des dommages-intérêts. Rien dans la jurisprudence citée n'étayait la conclusion voulant que le demandeur puisse demander soit une injonction, soit des dommages-intérêts, mais pas les deux. De plus, il n'existe aucune décision dans laquelle des dommages-intérêts ont été refusés parce qu'une injonction avait été accordée. Dans la mesure où l'octroi de l'injonction

(3) The plaintiffs sought damages in accordance with the scale applied in this Court (minimal nominal damages). The defendants argued that the amounts awarded had nothing to do with the quantity or value of the goods seized. In the absence of business records, the quantity of goods seized is an unreliable indicator of the level of a defendant's business activity. The evidence supported a finding of trade-mark infringement. Once the plaintiffs proved infringement and that damages occurred, they were entitled to the Court's best estimate of those damages without necessarily being limited to nominal damages. The use of the scale of damage awards by this Court for the past number of years was said to be unfair because it fails to distinguish between the activities of individual defendants and the damages assessed against them. Without access to detailed accounting records, plaintiffs cannot be expected to show their losses with mathematical precision. Where a defendant's business methods and failure to defend a claim have made the calculation of damages impossible, the use of conventional awards is fairer to that defendant than would be a system in which each case was treated as *sui generis* and damages assessed without reference to like cases. The use of the phrase "minimum nominal damages" in this context was unfortunate and misleading. The amount of the awards, particularly when they are stacked as in this case, exceeds any reasonable notion of "nominal" damages, let alone "minimum nominal" damages. The plaintiffs demonstrated that they were entitled to the relief sought.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, s. 34(1) (as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 20).  
*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, rr. 184, 363.  
 Saskatchewan, *Queen's Bench Rules (The)*, R. 156.  
*Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 53.2 (as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 234).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Tommy Hilftger Licensing, Inc. v. Jane Doe* (2000), 8 C.P.R. (4th) 194; 188 F.T.R. 68 (F.C.T.D.).

vis le préjudice ultérieur, rien n'empêche la réparation du préjudice antérieur. La thèse des demandesses n'était ni injuste ni mal fondée.

3) Les demandesses ont réclamé des dommages-intérêts en fonction du barème appliqué par la Cour (dommages-intérêts symboliques minimums). Les défendeurs ont soutenu que les sommes accordées n'avaient aucun lien avec la quantité ou la valeur des biens saisis. En l'absence de registres comptables, on ne peut se fier à la quantité de biens saisis pour établir l'ampleur de l'activité commerciale du défendeur. Les éléments de preuve justifiaient la conclusion de contrefaçon d'une marque de commerce. Une fois la contrefaçon et le préjudice établis, les demandesses avaient droit à une évaluation optimale des dommages-intérêts par la Cour sans devoir nécessairement se contenter de dommages-intérêts symboliques. Le recours au barème des dommages-intérêts appliqué par la Cour au cours des dernières années serait injuste parce que le montant des dommages-intérêts adjugés contre les défendeurs ne tient pas compte des activités d'un défendeur en particulier. Faute de registres comptables détaillés, les demandesses ne sauraient faire avec une précision mathématique la preuve des pertes qu'elles ont subies. Lorsque les pratiques commerciales du défendeur et son omission de produire une défense ont rendu impossible l'évaluation du préjudice, il est plus équitable pour le défendeur d'appliquer le barème établi que d'examiner chaque affaire comme si elle était unique en son genre et de fixer des dommages-intérêts sans se référer à des affaires similaires. L'emploi de l'expression «dommages-intérêts symboliques minimums» était, dans ce contexte, malheureux et trompeur. Le montant des dommages-intérêts, particulièrement lorsqu'il y a cumul comme en l'espèce, ne peut raisonnablement être considéré comme «symbolique», et encore moins comme «minimum». Les demandesses ont démontré qu'elles avaient droit à la réparation demandée.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 34(1) (mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 20).  
*Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 53.2 (édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 234).  
*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règles 184, 363.  
 Saskatchewan, *Queen's Bench Rules (The)*, règle 156.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Tommy Hilftger Licensing, Inc. c. Unetelle* (2000), 8 C.P.R. (4th) 194; 188 F.T.R. 68 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## CONSIDERED:

*Viacom Ha! v. Jane Doe* (2000), 199 F.T.R. 35 (F.C.T.D.); *Chase Manhattan Corp. v. 3133559 Canada Inc.*, 2001 FCT 895; [2001] F.C.J. No. 1626 (F.C.T.D.); *Aluminum Co. of Canada Ltd. et al. v. Tisco Home Building Products (Ontario) Ltd. et al.* (1977), 33 C.P.R. (2d) 145 (F.C.T.D.); *Institut National des appellations d'origine des Vins et Eaux-de-Vie et al. v. Andres Wines Ltd. et al. and two other actions* (1987), 60 O.R. (2d) 316; 40 D.L.R. (4th) 239; 41 C.C.L.T. 94; 14 C.I.P.R. 138; 16 C.P.R. (3d) 385 (H.C.); *Société pour l'expansion des tissus fins v. Marimac, Inc.* (1984), 78 C.P.R. (2d) 112 (Que. S.C.).

## REFERRED TO:

*Oakley, Inc. v. Jane Doe* (2000), 8 C.P.R. (4th) 506; 193 F.T.R. 42 (F.C.T.D.); *Montres Rolex S.A. v. Canada*, [1988] 2 F.C. 39; (1987), 14 C.E.R. 309; 19 C.I.P.R. 294; 17 C.P.R. (3d) 507 (T.D.); *Cutter Ltd. v. Baxter Travenol Laboratories of Canada, Ltd. et al.* (1980), 47 C.P.R. (2d) 53 (F.C.A.); *Institut national des appellations d'origine des vins et eaux-de-vie v. Andres Wines Ltd.* (1990), 74 O.R. (2d) 203; 71 D.L.R. (4th) 575; 30 C.P.R. (3d) 279; 6 C.C.L.T. (2d) 117 (C.A.); *British Columbia Automobile Assn. v. O.P.E.I.U., Local 378*, [2001] 4 W.W.R. 95; (2001), 85 B.C.L.R. (3d) 302; 10 C.P.R. (4th) 423 (B.C.S.C.); *Rose et al. v. Interprovincial Brotherhood of Electrical Workers* (1984), 1 C.P.R. (3d) 34 (F.C.T.D.); *Marc-Aurele v. Ducharme* (1976), 34 C.P.R. (2d) 155 (F.C.T.D.).

## AUTHORS CITED

*Dictionary of Canadian Law*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1995. "nominal damages".

MOTIONS for default judgment made on behalf of three different groups of plaintiffs alleging infringement of their trade-marks and copyrights. Motions allowed.

## APPEARANCES:

*Lorne M. Lipkus* and *Thomas M. Slahta* for plaintiffs.  
*Susan D. Beaubien* for defendants.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Kestenberg Siegal Lipkus*, Toronto, for plaintiffs.

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Viacom Ha! c. Unetelle* (2000), 199 F.T.R. 35 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Chase Manhattan Corp. c. 3133559 Canada Inc.*, 2001 FCT 895; [2001] A.C.F. n° 1626 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Aluminum Co. of Canada Ltd. et al. c. Tisco Home Building Products (Ontario) Ltd. et al.* (1977), 33 C.P.R. (2d) 145 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Institut National des appellations d'origine des Vins et Eaux-de-Vie et al. v. Andres Wines Ltd. et al. and two other actions* (1987), 60 O.R. (2d) 316; 40 D.L.R. (4th) 239; 41 C.C.L.T. 94; 14 C.I.P.R. 138; 16 C.P.R. (3d) 385 (H.C.); *Société pour l'expansion des tissus fins c. Marimac, Inc.* (1984), 78 C.P.R. (2d) 112 (C.S. Qué.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Oakley, Inc. c. Unetelle* (2000), 8 C.P.R. (4th) 506; 193 F.T.R. 42 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Montres Rolex S.A. c. Canada*, [1988] 2 C.F. 39; (1987), 14 C.E.R. 309; 19 C.I.P.R. 294; 17 C.P.R. (3d) 507 (1<sup>re</sup> inst.); *Cutter Ltd. c. Baxter Travenol Laboratories of Canada, Ltd. et al.* (1980), 47 C.P.R. (2d) 53 (C.A.F.); *Institut national des appellations d'origine des vins et eaux-de-vie c. Andres Wines Ltd.* (1990), 74 O.R. (2d) 203; 71 D.L.R. (4th) 575; 30 C.P.R. (3d) 279; 6 C.C.L.T. (2d) 117 (C.A.); *British Columbia Automobile Assn. c. O.P.E.I.U., Local 378*, [2001] 4 W.W.R. 95; (2001), 85 B.C.L.R. (3d) 302; 10 C.P.R. (4th) 423 (C.S. C.-B.); *Rose et al. c. Fraternité interprovinciale des ouvriers en électricité* (1984), 1 C.P.R. (3d) 34 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Marc-Aurele c. Ducharme* (1976), 34 C.P.R. (2d) 155 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DOCTRINE

*Dictionary of Canadian Law*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, 1995. «nominal damages».

REQUÊTES en jugement par défaut présentées pour le compte de trois groupes distincts de demandereses qui invoquent la contrefaçon de leurs marques de commerce et droits d'auteur. Requêtes accueillies.

## ONT COMPARU:

*Lorne M. Lipkus* et *Thomas M. Slahta* pour les demandereses.  
*Susan D. Beaubien* pour les défendeurs.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Kestenberg Siegal Lipkus*, Toronto, pour les demandereses.

*Borden Ladner Gervais LLP*, Ottawa, for  
defendants.

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

PELLETIER J.:

The facts

[1] On October 10, 1999, a team of lawyers and others executed three rolling Anton Piller orders on the defendants Knowing Collections Inc. and Tzym Yin Alice Wang. The orders were in favour of The Walt Disney Company (Canada) Limited and Disney Enterprises Inc. (the Disney plaintiffs), Ragdoll Productions (UK) Limited, the Itsy Bitsy Entertainment Company, and The Itsy Bitsy Entertainment Company (Canada) Limited (the Ragdoll plaintiffs) and Nintendo of America Inc. and Nintendo of Canada Ltd. (the Nintendo plaintiffs) (collectively the plaintiffs). The plaintiffs' agents identified and took away a number of goods claiming that they infringed the plaintiffs' rights in trade-marks and copyrights. The review of the execution of the orders occurred on October 25, 1999 when a judge of this Court converted the interim injunction enjoining the defendants from dealing in counterfeit goods to an interlocutory injunction and added the defendants to the Schedule of defendants to the statement of claim issued by each of the plaintiffs. The defendants did not appear at the review motion to contest the lawfulness of the execution of the orders.

[2] In time, a motion for default judgment was made on behalf of each of the plaintiffs. The defendants became aware of the motion for default judgment, and filed material challenging the plaintiffs' entitlement to the relief which they sought. This was done by filing a responding record to the plaintiffs' motion record for default judgment. No affidavit as to the merits was filed nor did the defendants file a statement of defence or seek an extension of time to file a statement of defence. Since the same arguments were raised in respect of each of the plaintiffs, these reasons will apply to the three motions for default judgment.

*Borden Ladner Gervais LLP*, Ottawa, pour les  
défendeurs.

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

LE JUGE PELLETIER:

Les faits

[1] Le 10 octobre 1999, une équipe d'avocats et d'autres représentants a exécuté trois ordonnances Anton Piller renouvelables contre les défendeurs Knowing Collections Inc. et Tzym Yin Alice Wang. Les ordonnances avaient été rendues en faveur de The Walt Disney Company (Canada) Limited et de Disney Enterprises Inc. (les demanderesse Disney), de Ragdoll Productions (UK) Limited, d'Itsy Bitsy Entertainment Company et de The Itsy Bitsy Entertainment Company (Canada) Limited (les demanderesse Ragdoll) ainsi que de Nintendo of America Inc. et de Nintendo of Canada Ltd. (les demanderesse Nintendo) (collectivement, les demanderesse). Les représentants des demanderesse ont identifié et saisi un certain nombre de biens qui, selon eux, portaient atteinte aux droits d'auteur et aux marques de commerce des demanderesse. L'exécution des ordonnances a fait l'objet d'une révision le 25 octobre 1999, lorsqu'un juge de la Cour a rendu interlocutoire l'injonction provisoire interdisant aux défendeurs de faire le commerce de biens contrefaits et a ajouté les noms des défendeurs à l'annexe des défendeurs de la déclaration de chacune des demanderesse. Les défendeurs n'ont pas comparu lors de la requête en révision pour contester la légalité de l'exécution des ordonnances.

[2] En temps et lieu, chacune des demanderesse a présenté une requête en jugement par défaut. Les défendeurs en ont été informés et ont contesté par écrit le droit des demanderesse à la réparation demandée. Ils ont ainsi produit un dossier en réponse au dossier de la requête en jugement par défaut des demanderesse. Les défendeurs n'ont ni produit d'affidavit quant au fond, ni présenté de défense ni demandé de délai supplémentaire pour présenter une défense. Les présents motifs s'appliqueront aux trois requêtes en jugement par défaut étant donné que toutes les demanderesse ont fait valoir les mêmes arguments.

The Issues

[3] The issues raised by the defendants are the following:

(1) Whether the plaintiffs have made out a cause of action by putting before the Court satisfactory evidence of the infringement of the rights claimed by the plaintiffs.

(2) Whether the plaintiffs can claim damages as a remedy after having seized the defendants' goods pursuant to an Anton Piller order.

(3) Whether the plaintiffs can claim damages in an arbitrary amount without proof of actual damage by calling them minimal nominal damages.

The parties' submissions

[4] As to the first issue, the evidence of infringement in this case consists of the affidavit of service of Lorne Lipkus, one of the plaintiffs' solicitors, to which are attached a Solicitor's Report and Solicitor's Comments. The Solicitor's Report sets out a list of goods seized from the defendants, a portion of which is reproduced below to convey the type information provided in the Report.

## NUMBER OF COUNTERFEIT ITEMS SEIZED:

[TELETUBBIES]	7 keychains
[DISNEY]	3 novelty items
[NINTENDO]	7 model kits
[NINTENDO]	4 toy sets
[NINTENDO]	1 water bottle
[NINTENDO]	214 keychains w/ figures

[5] All in all, there are 25 entries on the list, of which one relates to the Ragdoll plaintiffs, one relates to the Walt Disney plaintiffs and the balance relate to the Nintendo plaintiffs.

[6] The evidence as to the counterfeit nature of these goods is found in the Solicitor's Comments. The

Questions en litige

[3] Les défendeurs ont soulevé les questions suivantes:

1) les demanderesse ont-elles établi l'existence d'une cause d'action en saisissant la Cour d'une preuve satisfaisante de la violation des droits qu'elles allèguent?

2) les demanderesse peuvent-elles réclamer des dommages-intérêts à titre de réparation après avoir saisi des marchandises conformément à une ordonnance Anton Piller?

3) les demanderesse peuvent-elles, sans prouver l'existence d'un véritable préjudice, demander des dommages-intérêts d'un montant arbitraire en les qualifiant de dommages-intérêts symboliques minimums?

Arguments des parties

[4] En ce qui concerne la première question, la preuve de la contrefaçon consiste en l'affidavit de signification de Lorne Lipkus, l'un des avocats des demanderesse, auquel sont joints le rapport de l'avocat ainsi que ses observations. Le rapport de l'avocat, dont une partie est reproduite ci-après pour donner une idée du type de renseignements qu'on y retrouve, énumère les biens saisis chez les défendeurs.

## NOMBRE D'OBJETS CONTREFAITS SAISIS:

[TÉLÉTUBBIES]	7 porte-clés
[DISNEY]	3 gadgets
[NINTENDO]	7 modèles en pièces détachées
[NINTENDO]	4 ensembles de jouets
[NINTENDO]	1 bouteille d'eau
[NINTENDO]	214 porte-clés avec figurines

[5] Somme toute, des 25 inscriptions, une seule se rattache aux demanderesse Ragdoll, une aux demanderesse Walt Disney et les autres aux demanderesse Nintendo.

[6] La preuve de la contrefaçon des biens est contenue dans les observations de l'avocat Lorne Lipkus.

following extract appears in each of the motions for default judgment:

When I [Lorne Lipkus] first approached the defendant I asked if the plush Pikachu was the one from Nintendo. She said that it was not from Nintendo. She said the real ones with the tags cost more. She said it was less money for these but they are made in the same factory as the real Nintendo ones. She had substantial quantities of legitimate licensed merchandise.

I confirmed that the goods seized were counterfeit, as particularized in the Solicitor's Report for one or more of the following reasons:

- a) There was no valid packaging, as required by the plaintiffs;
- b) the products were clearly of inferior quality to similar authentic products;
- c) There was no indication of the manufacturer or the importer or the licensee;
- d) The Plaintiff does not manufacture that particular product;
- e) The plush products seized had no valid labels, tags or packaging and, in addition, did not comply with packaging laws requiring the insides to be made of "New Material Only".

[7] Subsequently, the plaintiffs filed the affidavit of Gary Osmond, a former member of the RCM Police who is now employed in the offices of the plaintiffs' solicitors. His affidavit includes reproductions of digital photographs of the goods which were seized together with a list of each plaintiff's intellectual properties. Then comes this paragraph:

8. I have reviewed the content of the digital photographs attached at Exhibit "A". I confirm that the digital photographs of the designs and logos on the seized goods have been copied or made subject to confusion by virtue of their similarity to one or more of the Plaintiff's Intellectual Property rights, as particularized in the Chart attached hereto and marked as Exhibit "C".

[8] In the case of the Walt Disney plaintiffs, three items were seized from the defendants' premises. Exhibit A consists of a printed copy of a digital image of a Mickey Mouse figurine. Exhibit C refers to the Walt Disney plaintiffs' interest in Mickey Mouse

L'extrait suivant figure dans chacune des requêtes en jugement par défaut:

[TRADUCTION] Lors de ma première rencontre avec la défenderesse, je lui ai demandé si le Pikachu en peluche était celui fabriqué par Nintendo. Elle a répondu que non. Elle a dit que les véritables, étiquetés comme tels, coûtaient plus cher. Elle a ajouté que ceux-ci coûtaient moins cher et qu'ils étaient fabriqués au même endroit que les vraies peluches Nintendo. Elle disposait d'importantes quantités de marchandises légitimement fabriquées sous licence.

Tel que le précise le rapport de l'avocat, j'ai confirmé que les biens saisis étaient contrefaits pour une ou plusieurs des raisons suivantes:

- a) L'emballage n'était pas conforme aux exigences des demanderesse;
- b) La qualité des produits était clairement inférieure à celle des produits authentiques;
- c) L'identité du fabricant, de l'importateur ou du licencié n'était pas indiquée;
- d) la demanderesse ne fabrique pas l'objet en cause;
- e) les peluches saisies ne portaient ni étiquette ni marque ni emballage conforme et, de plus, elles ne respectaient pas les dispositions en matière d'emballage selon lesquelles les matériaux de rembourrage employés doivent être des «Matériaux neufs seulement».

[7] Les demanderesse ont ensuite déposé l'affidavit de Gary Osmond, un ancien membre de la GRC qui travaille maintenant pour les avocats des demanderesse. Son affidavit contient des copies de photos numériques des biens saisis et une liste des droits de propriété intellectuelle de chacune des demanderesse. Il précise ensuite ce qui suit:

[TRADUCTION] 8. J'ai examiné les photos numériques jointes à la pièce «A». Je confirme par les photos digitales que les motifs et les logos des objets saisis ont été copiés ou reproduits de façon à semer la confusion en raison de leur similarité avec l'un ou plusieurs des droits de propriété intellectuelle des demanderesse, précisés dans le tableau ci-joint désigné comme étant la pièce «C».

[8] En ce qui concerne les demanderesse Walt Disney, trois objets ont été saisis dans les locaux des défendeurs. La pièce A est une copie imprimée de la photo numérique d'une figurine Mickey Mouse. La pièce C renvoie aux droits des demanderesse



copyright registration Nos. 419531, 419532 and R321298 and Mickey Mouse trade-mark registration Nos. TMDA50760 and TMDA50892. The basis for the conclusion as to counterfeiting or infringement is set out as follows:

Plaintiffs require all products sold by it contain a copyright notice on the wares and/or packaging and/or labelling. Reason: Non-existent on items seized—Key chains.

[9] Similar material is provided for each of the plaintiffs.

[10] The defendants note that the plaintiffs have listed the trade-marks in which they are interested without providing a copy of the trade-marks registration. Given that trade-marks are associated with wares, the material before the Court does not permit the Court to confirm that the goods to which the trade-marks are affixed are wares in which the plaintiffs have claimed the right to exclusive use of their trade-marks. Furthermore, there is no evidence to show that the goods seized are not second-hand or grey market goods. The defendants refer to the case of *Tommy Hilfiger Licensing, Inc. v. Jane Doe* (2000), 8 C.P.R. (4th) 194 (F.C.T.D.) as authority for the test to be met in proving infringement and say that the evidence submitted by the applicants does not meet that standard.

[11] The plaintiffs' position is that the defendants are not entitled to put the issue of liability in issue when they have not filed a statement of defence and have not asked for leave to file a statement of defence. The defendants' failure to defend the claim is an admission of the truth of the allegations in the statement of claim. Furthermore, the defendants cannot fail to lead evidence to show that they have the right to use the trade-marks and then argue that the plaintiffs have not negated possible legitimate uses of the trade-marks.

[12] The plaintiffs take the position that the test set out in *Tommy Hilfiger, supra*, is limited to the evidence required on the review of the execution of an Anton Piller order. In any event, the affidavit of Gary Osmond

Walt Disney découlant des enregistrements de droits d'auteur n<sup>os</sup> 419531, 419532 et R321298 et des enregistrements n<sup>os</sup> TMDA50760 et TMDA50892 de la marque de commerce Mickey Mouse. Le bien-fondé de la conclusion de contrefaçon ou de violation est énoncé comme suit:

[TRADUCTION] Les demandereses exigent qu'un avis concernant le droit d'auteur soit apposé sur tous les produits vendus, sur la marchandise, l'emballage ou l'étiquette. Motif: Absence d'Untel avis sur les objets saisis—porte-clés.

[9] Des documents semblables sont fournis par chacune des demandereses.

[10] Les défendeurs signalent que les demandereses ont établi la liste des marques de commerce en cause, mais n'ont pas produit de copie de l'enregistrement des marques de commerce. Les marques de commerce étant employées en liaison avec les marchandises, les documents dont la Cour est saisie ne lui permettent pas de confirmer que les marchandises auxquelles les marques de commerce sont apposées sont celles pour lesquelles les demandereses font valoir leur droit exclusif. De plus, aucune preuve n'établit que les objets saisis ne sont pas des marchandises d'occasion ou n'appartiennent pas au marché semi-clandestin. Les défendeurs prétendent que l'arrêt *Tommy Hilfiger Licensing, Inc. c. Jane Doe* (2000), 8 C.P.R. (4th) (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) établit le critère à satisfaire pour prouver la contrefaçon et que la preuve présentée par les demandereses ne respecte pas ce critère.

[11] Les demandereses maintiennent que les défendeurs ne peuvent soulever la question de la responsabilité, car ils n'ont ni présenté de défense ni demandé l'autorisation d'en présenter une. L'omission de présenter une défense équivaut à un aveu de la véracité des allégations de la déclaration. Par ailleurs, les défendeurs ne peuvent omettre de prouver leur droit d'employer les marques de commerce, puis faire valoir que les demandereses n'ont pas écarté les emplois légitimes possibles des marques de commerces.

[12] Les demandereses prétendent que le critère établi dans l'arrêt *Tommy Hilfiger*, précité, ne s'applique qu'à la preuve exigée pour la révision de l'exécution d'une ordonnance Anton Piller. De toute manière, s'il

satisfies the test set out in *Tommy Hilfiger*, if it is found that the test applies in these circumstances.

[13] If the plaintiffs are found to have established infringement, the defendants take the position that the plaintiffs are not entitled to damages. Anton Piller orders include an interim injunction which is binding upon the person served from the time of service. The test for issuance of such an injunction includes the requirement that the plaintiff show that it will suffer irreparable harm not compensable in damages if the injunction is not granted. In the absence of some evidence that the injunction has not been complied with, the only damage which a plaintiff could have suffered is that which occurred before the execution of the order. It is contradictory to claim entitlement to injunctive relief on the basis of the inadequacy of damages as a remedy, and then, following the grant of the injunction, to claim damages.

[14] Furthermore, the issuance of rolling Anton Piller orders is justified by reference to the immunity, in practical terms, of street vendors from the ordinary enforcement measures available to the court. Their identities are not ascertainable in advance, they have no fixed premises from which they carry on business and if they have assets to satisfy a money judgment, it is impossible to find them because they are transients or persons of little attachment to any given location. Having obtained a rolling Anton Piller order on the strength of such considerations, it is inappropriate for plaintiffs to then argue that they should be awarded damages after all. Finally the amount of damages typically awarded bears no resemblance to the plaintiffs' loss. The amount does not vary with the goods seized so that, for example, the Disney plaintiffs seek damages of \$6,000 as a result of the seizure of three key chains, whose total value is likely less than \$15.

[15] The plaintiffs say that the defendants have misstated the nature of an Anton Piller order. It is an "interim preservation order issued in the context of existing or pending civil proceedings between private

est jugé que ce critère s'applique en l'espèce, l'affidavit de Gary Osmond y satisfait.

[13] Selon les défendeurs, même si la contrefaçon est prouvée, les demandresses n'ont pas droit à des dommages-intérêts. L'ordonnance Anton Piller englobe une injonction provisoire qui lie la personne à qui elle est signifiée à compter de la signification. Pour qu'une telle injonction puisse être accordée, le demandeur doit établir que, à défaut de l'injonction, il subira un préjudice irréparable dont il ne pourra être indemnisé par des dommages-intérêts. Faute d'une preuve que l'injonction n'a pas été respectée, le seul préjudice qu'un demandeur pourrait alléguer serait celui subi avant l'exécution de l'ordonnance. Il est contradictoire de prétendre avoir droit à une injonction parce que l'octroi de dommages-intérêts ne saurait constituer une réparation adéquate puis, une fois l'injonction obtenue, de demander des dommages-intérêts.

[14] De plus, l'ordonnance Anton Piller renouvelable se justifie en pratique par le fait que les vendeurs ambulants échappent aux mesures d'exécution auxquelles recourent habituellement les tribunaux. Comme ces personnes ne peuvent être identifiées à l'avance, qu'elles n'exploitent pas leur entreprise dans des locaux fixes et que, si elles possèdent les actifs nécessaires pour payer des dommages-intérêts, il est impossible de les trouver parce qu'elles sont de passage ou qu'elles ont peu d'attaches à un lieu donné. L'ordonnance Anton Piller renouvelable ayant été obtenue sur le fondement de telles considérations, il est inopportun que les demandresses prétendent ensuite avoir droit à des dommages-intérêts. Enfin, le montant qui est normalement accordé à titre de dommages-intérêts n'a rien à voir avec la perte subie par les demandresses. Le montant ne varie pas en fonction des biens saisis. Ainsi, par exemple, les demandresses Disney réclament des dommages-intérêts de 6 000 \$ par suite de la saisie de trois porte-clés dont la valeur totale ne dépasse probablement pas 15 \$.

[15] Les demandresses affirment que les défendeurs se sont mépris sur la nature de l'ordonnance Anton Piller. Il s'agit d'une [TRADUCTION] «ordonnance conservatoire provisoire rendue dans le contexte de

parties (not restricted to intellectual property cases) to enable the preservation of evidence otherwise producible in the context of discovery”. Such orders are granted to ensure that documents and materials that are the subject of an action are safeguarded where there is strong *prima facie* evidence of infringement. The plaintiffs say that a defendant’s inability to satisfy a future money judgment is not and has not been a factor in this Court’s consideration of the irreparable harm issue. The irreparable harm not compensable in damages is seen in the loss of actual and potential customers.

[16] The plaintiffs’ position is that the courts have recognized that the holders of intellectual property rights are faced with a practical problem. They credit the courts with being prepared to infer that “if an infringer has notice of an action for infringement, the infringing merchandise will be dispersed and steps taken to conceal the identity of suppliers customers and confederates”. The fact that the sale of infringing products takes place from a retail location rather than from a transient vendor is “a distinction without a difference”.

[17] The plaintiffs argue that both the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42 and the *Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13 provide for damages (or accounting) as well as injunctive relief, consequently there is no statutory basis for treating the remedies as mutually exclusive.

[18] As for the quantum of damages, the current practice of assessing what has been described as “minimum nominal damages” has developed as a result of the time and expense involved in the previous practice of directing a reference in applications for default judgment. The defendants rarely attended with the result that the plaintiffs and the court were left to assess damages on a minimum of information without the participation of the defendants. It was thought that this was simply a waste of resources. The current practice has been in place since 1997 and was recently

poursuites civiles existantes ou pendantes opposant des parties privées (et pas seulement en matière de propriété intellectuelle) dans le but de permettre la conservation d’éléments de preuve susceptibles par ailleurs d’être obtenus dans le cadre de la communication de documents». Cette ordonnance vise à protéger les documents et les éléments qui font l’objet d’une poursuite lorsqu’il y a une solide preuve *prima facie* de contrefaçon. En ce qui concerne la question du préjudice irréparable, les demanderesse affirment que notre Cour ne tient pas compte et n’a jamais tenu compte de l’incapacité financière du défendeur de payer d’éventuels dommages-intérêts. Le préjudice irréparable auquel des dommages-intérêts ne peuvent remédier réside dans la perte de clients existants et potentiels.

[16] Les demanderesse allèguent que les tribunaux ont reconnu que les titulaires de droits de propriété intellectuelle se heurtent à des problèmes pratiques. Selon elles, les tribunaux sont disposés à conclure que «si un contrefacteur est informé d’une action en contrefaçon, la marchandise contrefaite sera éparpillée et des démarches seront entreprises pour dissimuler l’identité des fournisseurs, des clients et des complices». Le fait que les marchandises contrefaites sont vendues dans un commerce plutôt que par un marchand ambulant constitue une distinction vide de sens.

[17] Les demanderesse font valoir que la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42 et la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13 prévoient toutes deux l’octroi de dommages-intérêts (ou la comptabilisation) et l’octroi d’une injonction, de sorte que l’exclusion mutuelle des recours n’a aucun fondement législatif.

[18] En ce qui concerne le montant des dommages-intérêts, la méthode actuelle d’évaluation de ce qu’on appelle des «dommages-intérêts symboliques minimums» a vu le jour parce que l’ancienne pratique consistant à ordonner un renvoi dans les cas de demandes de jugement par défaut exigeait temps et argent. Le défendeur se présentait rarement, de sorte que le demandeur et la Cour n’avaient d’autre choix que de chiffrer les dommages-intérêts à partir d’un minimum de données, en l’absence des défendeurs. On a jugé qu’il s’agissait simplement d’un gaspillage de ressources. La

reviewed in *Oakley, Inc. v. Jane Doe* (2000), 8 C.P.R. (4th) 506 (F.C.T.D.). There is nothing untoward about the award of nominal damages where no actual damages are shown.

### Proof of infringement

[19] The first issue raised by the defendants is the adequacy of the proof of infringement. The plaintiffs argue that the onus of proof is largely satisfied by the admission of liability which can be inferred from the failure to defend the claim:

12. By virtue of the absence of a defence and any substantive Affidavit evidence disputing the Plaintiff's allegations and evidence, particularly in circumstances where counsel is involved on their behalf, the Defendants are deemed to have admitted that they were offering for sale and selling counterfeit merchandise in knowing contravention of the Plaintiff's copyright and trademark rights.

[20] This passage is based upon a paragraph in a prior decision of mine (*Viacom Ha! v. Jane Doe* (2000), 199 F.T.R. 35 (F.C.T.D.)) where I said [at paragraph 4]:

If one starts from the proposition that it is the activity of selling counterfeit goods which creates the liability for damages, and that by failing to appear at the review motion and not defending the claim, the defendants can be presumed to have admitted that they were engaged in the sale of counterfeit goods, it follows therefore they ought to be liable in damages.

[21] Unfortunately, that opinion is based upon a misunderstanding of the requirements of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106. The Rules of Court in some jurisdictions treat a failure to defend as an admission of liability and permit the entry of judgment without proof of the underlying facts. The example with which I am most familiar is *The Queen's Bench Rules* of the Province of Saskatchewan. For example:

156. All allegations of fact which are not denied or stated in the pleadings not to be admitted shall be deemed to be admitted.

méthode actuelle est appliquée depuis 1997 et elle a récemment été examinée par la Cour dans *Oakley, Inc. c. Jane Doe* (2000), 8 C.P.R. (4th) 506 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). Il n'est pas inopportun d'attribuer des dommages-intérêts symboliques lorsque aucun préjudice réel n'est établi.

### Preuve de la contrefaçon

[19] La première question soulevée par les défendeurs touche le caractère satisfaisant de la preuve de la contrefaçon. Les demanderesse soutiennent que l'aveu de responsabilité pouvant être déduit de l'omission de produire une défense leur permet de s'acquitter de leur fardeau de preuve:

[TRADUCTION] 12. Vu l'absence d'une défense et d'une preuve par affidavit réfutant sur le fond les allégations et la preuve des demanderesse, particulièrement lorsqu'un avocat représente les défendeurs, ces derniers sont réputés avoir reconnu qu'ils offraient en vente et vendaient des marchandises contrefaites en portant sciemment atteinte aux droits d'auteur et aux marques de commerce des demanderesse.

[20] Cette prétention s'appuie sur les propos que j'ai tenus dans une décision antérieure (*Viacom Ha! c. Unetelle* (2000), 199 F.T.R. 35 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) [au paragraphe 4]):

Si on adopte comme point de départ la thèse selon laquelle c'est la vente de marchandises contrefaites qui donne naissance à l'obligation de payer des dommages-intérêts et qu'en omettant de comparaître à l'audition de la requête en révision et de se défendre contre la réclamation, les défendeurs sont réputés avoir admis vendre des marchandises contrefaites, des dommages-intérêts devraient être payés par ceux-ci.

[21] Malheureusement, cette opinion est fondée sur une interprétation erronée des exigences des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106. Dans certains ressorts, les règles de pratique assimilent l'absence d'une défense à un aveu de responsabilité et permettent l'inscription du jugement sans preuve étayant les faits allégués. L'exemple qui m'est le plus familier est celui des *Règles de la Cour du Banc de la Reine (The Queen's Bench Rules)* de la province de la Saskatchewan:

[TRADUCTION] 156. L'allégation de fait qui n'est pas niée ou dont un acte de procédure ne précise pas qu'elle n'est pas admise est réputée admise.

[22] The *Federal Court Rules, 1998*, do not proceed on the same basis:

184. (1) All allegations of fact in a pleading that are not admitted are deemed to be denied.

[23] Consequently, in the Federal Court, the absence of a statement of defence means that none of the allegations are admitted, so that all must be taken as denied. As a result, the *Federal Court Rules, 1998*, require a plaintiff to establish its entitlement to the relief claimed by affidavit evidence. See *Chase Manhattan Corp. v. 3133559 Canada Inc.*, 2001 FCT 895; [2001] F.C.J. No. 1626 (T.D.) (QL), where Hugessen J. identified the issues in a motion for default judgment in the following terms [at paragraph 5]:

The upshot is that on a motion for default judgment, the Court has two questions before it. First, is the defendant in default and second, is there evidence to support the plaintiff's claim.

[24] It would therefore appear that in commenting as I did in *Viacom Ha!*, *supra*, I was being more faithful to my prairie roots than I was to the text of the *Federal Court Rules, 1998*. The plaintiffs cannot succeed upon the bare fact of the defendants' failure to defend the claim.

[25] This leads to question of the adequacy of the proof offered by the plaintiffs. The defendants say that the plaintiffs have not met the standard of proof set out in *Tommy Hilfiger, supra*. The plaintiffs argue that the standard of proof set out in *Tommy Hilfiger* is applicable only to the review of the execution of the Anton Piller order. While *Tommy Hilfiger* dealt with a review motion, the issue in such a motion is the same as it is in the case of judgment in default: has the plaintiff established the facts which would entitle it to the relief it seeks? It is not helpful to characterize such proof as "prima facie" or to use other phrases which suggest a standard other than the balance of probabilities. The fact of the matter is that proof which is not challenged in adversarial proceedings is always *prima facie* proof, because it is always susceptible of being set aside by proof to the contrary. This is why a default judgment

[22] Les *Règles de la Cour fédérale (1998)* adoptent un point de vue différent:

184. (1) Les allégations de fait contenues dans un acte de procédure qui ne sont pas admises sont réputées être niées.

[23] Par conséquent, à la Cour fédérale, en l'absence d'une défense, aucune des allégations n'est admise et elles doivent toutes être tenues pour niées. Ainsi, les *Règles de la Cour fédérale (1998)* exigent du demandeur qu'il prouve par affidavit qu'il a droit à la réparation demandée. Voir *Chase Manhattan Corp. c. 3133559 Canada Inc.*, 2001 CFPI 895; [2001] A.C.F. n° 1626 (1<sup>re</sup> inst.) (QL) où le juge Hugessen énonce comme suit les questions à trancher dans le cadre d'une requête en jugement par défaut [au paragraphe 5]:

Par conséquent, lorsqu'une requête visant à l'obtention d'un jugement par défaut est présentée, la Cour est saisie de deux questions. En premier lieu, le défendeur a-t-il fait défaut et, en second lieu, existe-t-il une preuve à l'appui de la demande?

[24] Il semble donc que, en m'exprimant comme je l'ai fait dans la décision *Viacom Ha!*, précitée, j'étais davantage fidèle à mes origines de juriste des Prairies qu'au texte des *Règles de la Cour fédérale (1998)*. Les demanderesse ne peuvent avoir gain de cause du simple fait que les défendeurs ont omis de produire une défense.

[25] Ce qui m'amène à la question du caractère satisfaisant de la preuve présentée par les demanderesse. Les défendeurs allèguent que les demanderesse n'ont pas satisfait à la norme de preuve énoncée dans la décision *Tommy Hilfiger*, précitée. Les demanderesse font valoir que cette norme de preuve n'est applicable qu'à la révision de l'exécution d'une ordonnance Anton Piller. Même si, dans l'affaire *Tommy Hilfiger*, la Cour était saisie d'une requête en révision, la question qu'elle devait trancher était la même que dans le cadre d'une requête en jugement par défaut: le demandeur a-t-il établi les faits qui lui donneraient droit à la réparation demandée? Il ne sert à rien de qualifier cette preuve de «prima facie» ou d'employer d'autres termes qui donnent à penser que la norme de preuve applicable n'est pas la preuve selon la probabilité la plus forte. Le fait est que la preuve qui

can be opened up and is not to be accorded the finality of a judgment on the merits. See *Montres Rolex S.A. v. Canada*, [1988] 2 F.C. 39 (T.D.), at page 52. Consequently, the proof required is simply that which will persuade a judge on a balance of probabilities that the plaintiff is entitled to the relief which it seeks.

[26] Have the plaintiffs met the requisite standard in this case? In their submissions, the plaintiffs rely upon the Solicitor's Report and Solicitor's Comments which are attached to the affidavit of service. They also rely upon the review order which they say must be taken to include a finding as to infringement since there would be no basis for continuing the injunction against the defendants if infringement were not proved. Finally they rely upon the additional material filed by Mr. Osmond, the particulars of which were set out above.

[27] The current practice with respect to the execution of Anton Piller orders proceeds on the basis that the persons executing the orders have the expertise to identify counterfeit goods. One can see the logic of this since those executing the order must be sufficiently familiar with the plaintiffs' marks and wares to be able to identify goods which infringe the plaintiffs' rights. On the other hand, it is not acceptable, as a matter of proof, to put the Court in the position of having to rely upon the judgment of the persons executing the order. But this is what the Court must do when the only evidence before it is the assertion by the person executing the order that the goods seized are counterfeit "for any one or more of the following reasons" followed by a list of conditions which may or may not be relevant to specific goods. While the plaintiffs are represented by counsel of ability and integrity, the Court cannot be left to rely solely on their assertion that the goods are counterfeit. It is for this reason that the nature of the evidence required to establish infringement on the return of the review motion was set out in *Tommy Hilfiger, supra*. I can see no reason why the standard of proof on applications for judgment in default would be any lower

n'est pas contestée dans le cadre d'une procédure contradictoire constitue toujours une preuve *prima facie* parce qu'elle peut être réfutée en tout temps par une preuve contraire. C'est la raison pour laquelle un jugement par défaut peut être révisé et qu'il n'a pas le caractère définitif d'un jugement sur le fond. Voir *Montres Rolex S.A. c. Canada*, [1988] 2 C.F. 39 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 52. Par conséquent, le demandeur doit simplement convaincre le juge, selon la probabilité la plus forte, qu'il a droit à la réparation demandée.

[26] Les demandresses ont-elles satisfait à la norme applicable en l'espèce? Dans leurs observations, elles s'appuient sur le rapport et les observations de l'avocat joints à l'affidavit de signification. Elles invoquent également l'ordonnance de révision qui, selon elles, doit être considérée comme renfermant une conclusion de contrefaçon puisque, si la contrefaçon n'avait pas été prouvée, il n'y aurait aucun motif de maintenir l'injonction contre les défendeurs. Enfin, les demandresses invoquent les documents supplémentaires déposés par M. Osmond, dont j'ai donné le détail précédemment.

[27] Les modalités actuelles d'exécution d'une ordonnance Anton Piller supposent que les personnes chargées de l'exécution ont l'expertise nécessaire pour identifier les marchandises contrefaites. Cela est logique puisque ces personnes doivent être suffisamment familiarisées avec les marques de commerce et la marchandise des demandresses pour être en mesure d'identifier les biens qui portent atteinte à leurs droits. D'un autre côté, il est inacceptable, sur le plan de la preuve, que la Cour se retrouve dans une situation où elle n'a d'autre choix que de se fier au jugement des personnes qui ont exécuté l'ordonnance. C'est pourtant ce que doit faire la Cour lorsque la seule preuve dont elle est saisie est la déclaration de la personne ayant exécuté l'ordonnance selon laquelle les objets saisis sont contrefaits «pour l'une ou plusieurs des raisons suivantes», suivie d'une liste de conditions qui peuvent s'appliquer ou non aux biens en cause. Bien que les demandresses soient représentées par des avocats compétents et intègres, la Cour ne saurait s'en remettre à leurs seules conclusions en ce qui concerne la contrefaçon. C'est pour cette raison que la Cour a précisé la nature de la preuve exigée pour établir la

than it is on review motions where verifiable evidence of infringement is required.

[28] If the standard of proof is no lower, is it also no higher? It is difficult to see the logic of exacting a higher standard of proof in circumstances where the proof is unchallenged. The test is whether the judge, having considered the evidence before the court, is satisfied that, on a balance of probabilities, infringement has occurred. Setting a higher standard simply requires the judge to do for the defendant that which it has declined to do for itself.

[29] If that is so, having met that standard of proof once on the review motion, are the plaintiffs bound to meet it again on an application for default judgment? If the standard is the same, is there any logic in putting the same evidence before a different judge to get a fresh answer as to whether the standard has been met? There is no advantage in multiplying situations where judges can come to different conclusions on the same evidence. Such a practice does not advance certainty and predictability, and undermines the authority of the Court's interlocutory orders. Consequently, a plaintiff ought to be able to rely upon the review order to prove entitlement to default judgment. In other words, the review order is a judicial determination that infringement has occurred and, in the absence of evidence to the contrary, is conclusive of that issue.

[30] This is a motion for default judgment which is opposed, an unusual circumstance. Typically a challenge to a plaintiff's entitlement to judgment would be brought in a statement of defence or in an application to set aside judgment in default. In the latter application, the onus is upon the moving party to show, among other things, a positive defence to the claim. In this case, the defendants have filed no material and have simply argued the insufficiency of the plaintiffs' materials.

contrefaçon lors de la présentation de la requête en révision dans l'affaire *Tommy Hilfiger*, précitée. J'estime qu'aucun motif ne justifie l'application d'une norme de preuve moins stricte dans le cas d'une demande de jugement par défaut que dans celui d'une requête en révision où une preuve de contrefaçon vérifiable s'impose.

[28] Si la norme de preuve n'est pas moins stricte, est-elle aussi non moins rigoureuse? Il est difficile de concevoir qu'une norme de preuve plus stricte doive s'appliquer lorsque la preuve n'est pas contestée. Le critère est le suivant: après avoir examiné la preuve, le juge est-il convaincu, selon la probabilité la plus forte, qu'il y a eu contrefaçon? Appliquer une norme de preuve plus rigoureuse équivaut à exiger du juge qu'il fasse pour le défendeur qu'il a omis de faire pour lui-même.

[29] Le cas échéant, comme les demanderesses ont déjà satisfait à cette norme de preuve pour la requête en révision, doivent-elles y satisfaire de nouveau dans le cadre d'une demande de jugement par défaut? Si la norme demeure la même, à quoi sert-il de présenter la même preuve à un juge différent pour obtenir une nouvelle réponse à la question de savoir si la norme a été respectée? Il n'y a aucun avantage à multiplier les occasions où les juges saisis de la même preuve peuvent arriver à des conclusions différentes. Cela ne favorise ni la certitude et ni la prévisibilité et sape le respect des ordonnances interlocutoires de la Cour. Par conséquent, le demandeur devrait être en mesure de se fonder sur l'ordonnance de révision pour établir son droit à un jugement par défaut. En d'autres termes, l'ordonnance de révision est une décision judiciaire constatant la contrefaçon et, faute de preuve contraire, ce constat est probant.

[30] De façon inhabituelle, la requête en jugement par défaut fait l'objet d'une contestation. Généralement, le droit du demandeur à un jugement est contesté par la défense ou dans une demande d'annulation du jugement par défaut. Dans ce dernier cas, il appartient à la partie requérante d'offrir, entre autres, une véritable défense à la demande. En l'espèce, les défendeurs n'ont présenté aucun élément de preuve, ils se sont contentés de faire valoir l'insuffisance de la preuve des demanderesses.

Given my conclusion that the plaintiffs are entitled to rely upon the review order, the onus is on the defendants to make out a positive defence. Consequently, in the absence of evidence upon which to set aside the conclusion as to infringement inherent in the review order, the defendants are bound by that conclusion. The question of whether the defendants could seek to open up a judgment in default made as a result of the present proceedings by putting such evidence before the Court is a question which will have to be answered if and when it arises.

#### Availability of damages as a remedy

[31] The next issue which arises is whether the plaintiffs' seizure of the defendants' goods and the issuance of an injunction restraining the latter from dealing in counterfeit goods is either inconsistent with the plaintiffs' claim for damages or amounts to an election of remedies. It is true that one element of the test for the issuance of an interlocutory injunction is that the failure to issue the injunction will expose the plaintiff to irreparable harm not compensable in damages. Having obtained the injunction, on what basis does the plaintiff then ask for damages? And, if the defendants' immunity from the Court's conventional remedies is the justification for the issuance of rolling Anton Piller orders, what is the sense of granting money judgments against individuals who are effectively judgment proof?

[32] Both of these arguments are essentially based on estoppel. Having persuaded the Court to grant it an exceptional remedy based upon certain representations as to the ineffectiveness of conventional remedies, can the plaintiffs now come to the Court and claim the very remedies whose alleged ineffectiveness justified the granting of the Anton Piller order? The question is a good one, and the answer, while valid, cannot match the cartesian logic of the question. It is essentially an answer based on legal entitlement. A defendant's ability to pay (or, to put it another way, a plaintiff's ability to collect) is not a factor in deciding whether a plaintiff is entitled to damages. As to entitlement, the legislation governing copyright and trade-marks expressly provides for the availability of both remedies:

Compte tenu de ma conclusion selon laquelle les demanderesse peuvent invoquer l'ordonnance de révision, il appartient aux défendeurs d'établir une défense sur le fond. Ainsi, vu l'absence d'une preuve permettant de rejeter la conclusion de contrefaçon inhérente à l'ordonnance de révision, les défendeurs sont liés par cette conclusion. Quant à savoir s'ils pourraient demander la révision du jugement par défaut obtenu dans le cadre de la présente instance en saisissant la Cour d'Unetelle preuve, cette question sera tranchée, si besoin est, en temps et lieu.

#### Droit à des dommages-intérêts

[31] La deuxième question sur laquelle la Cour doit se pencher est de savoir si la saisie des marchandises des défendeurs par les demanderesse et l'injonction interdisant le commerce de marchandises contrefaites sont incompatibles avec la demande de dommages-intérêts des demanderesse ou emportent le choix d'une réparation. Il est vrai que l'un des volets du critère applicable en matière d'injonction interlocutoire est le préjudice irréparable que le refus d'une injonction est susceptible d'infliger au demandeur et auquel des dommages-intérêts ne pourraient remédier. Une fois l'injonction obtenue, sur quel fondement le demandeur peut-il réclamer des dommages-intérêts? Si la raison d'être de l'ordonnance Anton Piller renouvelable est que le défendeur échappe aux mesures traditionnelles ordonnées par la Cour, pourquoi accorder une somme au demandeur si le jugement n'est pas susceptible d'exécution dans les faits?

[32] Ces deux arguments sont essentiellement fondés sur la fin de non-recevoir. Après avoir convaincu la Cour de leur accorder une réparation exceptionnelle basée sur certaines observations quant à l'inefficacité des mesures traditionnelles, les demanderesse peuvent-elles maintenant lui demander ces mêmes réparations dont elles soutenaient que l'inefficacité justifiait l'ordonnance Anton Piller? Cette question est pertinente et la réponse, bien que valable, ne peut être à la hauteur de la logique cartésienne qui sous-tend la question. La réponse se fonde essentiellement sur l'existence d'un droit. La capacité financière du défendeur (ou, en d'autres termes, la capacité du demandeur à se faire payer) ne constitue pas un facteur aux fins de décider si le demandeur a droit ou non à des



*Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42 [subsection 34(1) (as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 20)]

34. (1) Where copyright has been infringed, the owner of the copyright is, subject to this Act, entitled to all remedies by way of injunction, damages, accounts, delivery up and otherwise that are or may be conferred by law for the infringement of a right.

*Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13 [section 53.2 (as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 234)]

53.2 Where a court is satisfied, on application of any interested person, that any act has been done contrary to this Act, the court may make any order that it considers appropriate in the circumstances, including an order providing for relief by way of injunction and the recovery of damages or profits and for the destruction, exportation or other disposition of any offending wares, packages, labels and advertising material and of any dies used in connection therewith.

[33] No authority was cited to me which would support the conclusion that these provisions must be read disjunctively so that a plaintiff could claim either injunction or damages but not both. And while it is true that injunctions have been refused where damages have been shown to be an adequate remedy (see for example, *Cutter Ltd. v. Baxter Travenol Laboratories of Canada, Ltd. et al.* (1980), 47 C.P.R. (2d) 53 (F.C.A.)), I have not found any instances where damages were refused because an injunction had been awarded.

[34] To the extent that the granting of an injunction deals with prospective damages (whose occurrence the injunction seeks to prevent), it does not preclude recovery of past damages whose existence and scope must be proven by the plaintiffs. As for the immunity of certain defendants from the law's conventional

dommages-intérêts. Les dispositions législatives en matière de droits d'auteur et de marques de commerce prévoient expressément la possibilité d'obtenir les deux réparations:

*Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42 [paragraphe 34(1) (mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 20)]

34. (1) En cas de violation d'un droit d'auteur, le titulaire du droit est admis, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, à exercer tous les recours—en vue notamment d'une injonction, de dommages-intérêts, d'une reddition de compte ou d'une remise—que la loi accorde ou peut accorder pour la violation d'un droit.

*Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13 [article 53.2 (édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 234)]

53.2 Lorsqu'il est convaincu, sur demande de toute personne intéressée, qu'un acte a été accompli contrairement à la présente loi, le tribunal peut rendre les ordonnances qu'il juge indiquées, notamment pour réparation par voie d'injonction ou par recouvrement de dommages-intérêts ou de profits, pour l'imposition de dommages punitifs, ou encore pour la disposition par destruction, exportation ou autrement des marchandises, colis, étiquettes et matériel publicitaire contrevenant à la présente loi et de toutes matrices employées à leur égard.

[33] Rien, dans la jurisprudence qui m'a été citée, ne vient étayer la conclusion que ces dispositions doivent être interprétées de façon disjonctive, de sorte que le demandeur puisse demander soit une injonction, soit des dommages-intérêts, mais pas les deux. Bien qu'il soit vrai qu'une injonction ait déjà été refusée au motif que, selon la preuve, les dommages-intérêts constituaient une réparation appropriée (voir par exemple *Cutter Ltd. c. Baxter Travenol Laboratories of Canada, Ltd. et al.* (1980), 47 C.P.R. (2d) 53 (C.A.F.)), je n'ai recensé aucune décision dans laquelle des dommages-intérêts ont été refusés parce qu'une injonction avait été accordée.

[34] Dans la mesure où l'octroi de l'injonction vise le préjudice ultérieur (il a pour but de le prévenir), rien n'empêche la réparation du préjudice antérieur, dont l'existence et l'étendue doivent être établies par les demanderesse. En ce qui concerne l'immunité de certains défendeurs à l'égard des mesures judiciaires

remedies, it would be poor policy to exempt from liability those who seek to escape its consequences. While the plaintiffs' position has an air of having-your-cake-and-eating-it-too, it is, upon reflection, neither unfair nor bad policy.

### Quantum of damages

[35] This leads to the third issue raised by the defendants, which is the quantum of damages sought. The plaintiffs seek damages in accordance with the scale which is applied in this Court and which was reviewed in *Oakley, Inc.*, *supra*. In uncontested cases, plaintiffs have been awarded damages of \$3,000 in the case of street vendors and flea market operators, \$6,000 in the case of sales from fixed retail premises, and \$24,000 in the case of manufacturers and distributors.

[36] The defendants challenge this on the ground that the amounts awarded have nothing to do with the quantity or value of the goods seized. The Solicitor's Comments contains the following paragraphs:

8. The defendant was asked but could produce no invoices to evidence the purchase of the counterfeit goods. The defendant said she had documentation, including customs documents evidencing the importation of the counterfeit goods. I requested these documents, however, they have not been produced to date.

9. The defendant confirmed the business had no record keeping identifying the quantity of similar counterfeit goods sold by them.

[37] It is always open to a defendant to prove the extent of its trade in counterfeit goods and to seek to have damages assessed on the basis of its actual sales. But where vendors keep no records, it does not lie in their mouths to say that the plaintiff has no evidence by which to prove the damages flowing from their business operations.

[38] In the absence of business records, the quantity of goods seized is unreliable as an indicator of the level of a defendant's business activity. The case of an unsuccessful infringer who is simply unable to move his

traditionnelles, permettre à ceux qui tentent de se soustraire aux conséquences de leurs actes d'échapper à toute responsabilité serait inopportun. Même si les demanderesse paraissent vouloir le beurre et l'argent du beurre, après réflexion, ce qu'elles préconisent n'est ni injuste ni mal fondé.

### Montant des dommages-intérêts

[35] Ce qui m'amène à la troisième question soulevée par les défendeurs, soit le montant des dommages-intérêts. Les demanderesse réclament des dommages-intérêts en fonction du barème appliqué par la Cour et qui a fait l'objet d'un examen dans *Oakley, Inc.*, précité. Dans des affaires non contestées, la Cour leur a accordé des dommages-intérêts de 3 000 \$ dans le cas de vendeurs ambulants et d'exploitants de marchés aux puces, de 6 000 \$ dans le cas de ventes effectuées dans des locaux fixes et de 24 000 \$ dans le cas de fabricants et de distributeurs.

[36] Les défendeurs contestent ces montants au motif qu'ils n'ont aucun lien avec la quantité ou la valeur des biens saisis. Voici un extrait des observations de l'avocat:

[TRADUCTION] 8. Nous avons demandé à la défenderesse de produire les factures attestant l'achat des marchandises contrefaites, mais elle n'a pu le faire. Elle a dit avoir des documents en sa possession, incluant des documents des douanes, prouvant l'importation des marchandises contrefaites. J'ai demandé à obtenir ces documents, mais ils n'ont pas été fournis à ce jour.

9. La défenderesse a confirmé que l'entreprise ne tenait aucun registre précisant la quantité des marchandises similaires contrefaites vendues.

[37] Il est toujours permis au défendeur d'établir l'étendue de son commerce de biens contrefaits et de demander que l'évaluation des dommages-intérêts s'appuie sur les ventes réelles. Cependant, lorsque le vendeur ne tient aucun registre, il ne peut reprocher au demandeur de ne disposer d'aucune preuve de l'étendue du préjudice subi.

[38] En l'absence de registres, on ne peut se fier à la quantité de biens saisis pour établir l'ampleur de l'activité commerciale du défendeur. L'exemple du malheureux contrefacteur qui n'est simplement pas en

stock, so that his entire inventory is seized, does not support the “obvious” conclusion that he caused the plaintiff more damage because he had more goods in his possession. Damages due to sales would be nil for there were no sales, notwithstanding the amount of stock seized. If the same operator sold out his entire stock save for one T-shirt, the “obvious” conclusion that little harm was caused because only one shirt was seized would be equally false. The evidence of the harm caused would be on the backs of the purchasers. Consequently, the quantity of goods seized tells the Court nothing about the scope and scale of a defendant’s operations.

[39] What does the evidence before the Court show about the plaintiffs’ damages? The evidence in the Solicitor’s Reports and Solicitor’s Comments as well as the affidavit of Gary Osmond would only go so far as to prove confusion between the goods sold by the defendants and the plaintiffs’ trade-marks, which is infringement. The description of the wares to which the trade-marks apply is found in the affidavits submitted in support of the issuance of the Anton Piller orders on these files, and is before the Court by virtue of rule 363. As for copyright, there is no opinion evidence which would support a finding of infringement of copyright. There is nothing which would allow the judge to compare the plaintiffs’ original works to the goods which were seized. Furthermore, there is no evidence that the defendants attempted to pass their goods off as the plaintiffs’ so that passing off has not been proved. In fact, in the case of Nintendo, such evidence as there is negatives passing off.

[40] Given that infringement of trade-marks has been proved, how are damages to be determined? This is how the question was addressed in *Aluminum Co. of Canada Ltd. et al. v. Tisco Home Building Products (Ontario) Ltd. et al.* (1977), 33 C.P.R. (2d) 145 (F.C.T.D.) where the following appears, at pages 163-164:

I believe that the proper basis of assessment is set out in Fox’s *Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, at pp.

mesure de déplacer sa marchandise et dont le stock entier est saisi n’appuie pas la conclusion «manifeste» qu’il a causé un préjudice plus grand parce qu’il avait plus de biens en sa possession. Le préjudice imputable à la vente serait nul puisqu’il n’y a pas eu de vente, malgré la quantité de biens saisis. Si le même commerçant avait vendu tout son stock à l’exception d’un t-shirt, la conclusion «manifeste» qu’un préjudice minime a été causé puisqu’un seul t-shirt a été saisi serait également erronée. La preuve du préjudice causé appartiendrait aux acheteurs. Par conséquent, la quantité de biens saisis n’est pas du tout révélatrice de l’étendue des activités d’un défendeur.

[39] Que démontrent les éléments de preuve dont la Cour est saisie en ce qui concerne le préjudice subi par les demanderesse? Le rapport de l’avocat, ses observations et l’affidavit de Gary Osmond indiquent seulement qu’il est possible de confondre les marchandises vendues par les défendeurs et celles portant les marques de commerce des demanderesse, d’où la contrefaçon. La description des marchandises auxquelles s’appliquent les marques de commerces figure dans les affidavits présentés à l’appui des demandes d’ordonnances Anton Piller, et la Cour en est saisie en vertu de la règle 363. En ce qui concerne le droit d’auteur, aucun témoignage d’expert permettant de conclure à la violation du droit d’auteur n’a été offert. Aucun élément ne permet à la Cour d’établir une comparaison entre les œuvres originales des demanderesse et les biens saisis. De plus, la commercialisation trompeuse n’a pas été prouvée puisque aucun élément de preuve n’a établi que les défendeurs ont tenté de faire passer leurs marchandises pour celles des demanderesse. En fait, dans le cas des demanderesse Nintendo, il ressort de la preuve qu’il n’y a pas eu de commercialisation trompeuse.

[40] La contrefaçon des marques de commerces ayant été établie, comment doit-on déterminer le montant des dommages-intérêts? Voici comment cette question a été abordée dans la décision *Aluminum Co. of Canada Ltd. et al. c. Tisco Home Building Products (Ontario) Ltd. et al.* (1977), 33 C.P.R. (2d) 145 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), aux pages 163 et 164:

Je pense qu’on peut trouver une bonne base de calcul dans l’ouvrage de Fox intitulé *Canadian Law of Trade Marks and*

648-9, where he states:

On the question of the measure of damages it has been held that the defendant is liable for all loss actually sustained by the plaintiff that is the natural and direct consequence of the unlawful acts of the defendant, including any loss of trade actually suffered by the plaintiff, either directly from the acts complained of or properly attributable thereto, that constitute an injury to the plaintiff's reputation, business, goodwill or trade. Speculative and unproven damages must be deleted from the calculation. The court will estimate the damages on the same basis as would a jury and damages may take into contemplation injury to the plaintiff's goodwill, for the court, acting as a jury and applying ordinary business knowledge and common sense, is entitled to consider that there cannot be deceptive trading without inflicting some measure of damage on the goodwill. Difficulty in assessing damages does not relieve the court from the duty of assessing them and doing the best it can. The court is entitled to draw inferences from the actions of the parties and the probable results that they would have. If damages cannot be estimated with exactitude, the best reasonable estimate must be made.

[41] What is the evidence as to damages suffered by the plaintiffs. Each of the motion records for default judgment refers to affidavit evidence on file as to the damage caused to the plaintiffs' interests by the sale and distribution of infringing goods. In the case of the Ragdoll defendants, the evidence, in its material part, is as follows:

The distribution of unauthorized or counterfeit merchandise bearing the Plaintiff's Intellectual properties damages the Plaintiffs' reputation and goodwill, impairs its licensing programs, and reduces revenues that would otherwise be generated by the sale of authorized adidas [*sic*] merchandise.

The evidence on which the Disney plaintiffs rely is as follows:

The sale of inferior and inexpensive counterfeit merchandise bearing DISNEY INTELLECTUAL PROPERTY is extremely damaging to the Plaintiffs and the reputation that they enjoy for quality merchandise. It also damages the sales legitimate retailers who have purchased the authorized merchandise bearing DISNEY INTELLECTUAL PROPERTY in good faith attempting to make an honest profit.

Unfair Competition, troisième édition. L'auteur y déclare à la page 648:

[TRADUCTION] Pour calculer les dommages-intérêts, on considère que le défendeur est responsable de toute perte réellement subie par le demandeur, qui est la conséquence naturelle et directe des actes illégaux du défendeur, y compris toute perte de commerce provenant directement ou indirectement de ces actes ou leur étant imputable, qui constituent une atteinte à la réputation, à l'entreprise, à l'achalandage ou au commerce du demandeur. Il faut supprimer du calcul les dommages-intérêts spéculatifs et non prouvés. Le tribunal estimera les dommages sur la même base que le ferait un jury et son estimation pourra tenir compte du préjudice causé à l'achalandage du demandeur, car le tribunal agissant comme jury et faisant preuve d'une connaissance normale des affaires et de bon sens, a le droit de considérer qu'il ne peut pas y avoir de commerce trompeur sans que l'achalandage en pâtisse dans une certaine mesure. Les difficultés que le calcul des dommages-intérêts présente ne dispensent pas le tribunal de l'obligation d'y procéder du mieux qu'il peut. Il a le droit de déduire des actes accomplis par les parties, leurs résultats probables. S'il ne peut pas calculer avec exactitude les dommages-intérêts, il doit s'en tenir à l'estimation la plus raisonnable.

[41] Quels sont les éléments de preuve présentés relativement au préjudice subi par les demanderessees? Chacun des dossiers de requête en jugement par défaut renvoie à la preuve par l'affidavit versée au dossier en ce qui concerne le préjudice causé aux demanderessees par la vente et la distribution des marchandises contrefaites. Dans le cas des défenderesses dans l'action Ragdoll, la preuve dit, notamment, ce qui suit:

[TRADUCTION] La distribution de marchandises non autorisées ou contrefaites portant la marque des demanderessees porte préjudice à la réputation et à la cote d'estime de celles-ci, compromet leurs programmes d'octroi de licences et diminue les revenus qui, autrement, auraient été générés par la vente de marchandises adidas [*sic*] autorisées.

Les demanderessees Disney s'appuient sur la preuve suivante:

[TRADUCTION] La vente de marchandises contrefaites peu coûteuses et de qualité inférieure portant la marque DISNEY est extrêmement dommageable aux demanderessees et à la réputation de qualité de leurs marchandises. Elle porte également atteinte aux ventes des détaillants légitimes qui, de bonne foi, ont acheté des marchandises autorisées portant la marque DISNEY en vue de réaliser des bénéfices honnêtes.

I believe that the public's confidence in DISNEY INTELLECTUAL PROPERTY and the value of goodwill in same will be seriously harmed by the sale of authorized [sic] merchandise by street vendors and others.

Finally, the material submitted with respect to the Nintendo plaintiffs contains the following evidence as to damages:

The distribution of unauthorized or counterfeit merchandise bearing the Plaintiffs' Intellectual Properties damages the Plaintiffs' reputation and goodwill, impairs its licensing programs and reduces revenues that would otherwise be generated by the sale of authorized merchandise.

[42] In cases where damage is understood to have occurred, but proof of the amount of the damages is lacking, nominal damages are sometimes awarded. In *Institut national des appellations d'origine des Vins et Eaux-de-Vie et al. v. Andres Wines Ltd. et al. and two other actions* (1987), 60 O.R. (2d) 316 (H.C.) the Trial Judge dealt with the issue of quantum of damages as follows [at page 379]:

As I have concluded, the defendants did violate the plaintiffs' rights under the 1933 Act. If the plaintiffs had been prepared to admit that the damages thereunder be limited to nominal damages, I would, on the evidence, have fixed them at \$5,000 for each plaintiff, excluding the I.N.A.O. This amount would reflect the infringement of the plaintiffs' legal rights without any need for proof of the actual quantum of damages. Even if it were not so limited by plaintiffs' admission, I would have reached the same result, that is, the sum of \$5,000 fixed against each defendant as *compensatory* damages, on the basis of the evidence, or lack of it, relating to actual losses suffered by the plaintiffs in sales or to its reputation.

[43] The Trial Judge's reasons were approved by the Ontario Court of Appeal in *Institut national des appellations d'origine des vins et eaux-de-vie v. Andres Wines Ltd.* (1990), 74 O.R. (2d) 203. Of particular interest is the Trial Judge's assertion that he would have ordered \$5,000 in compensatory damages on the basis of the evidence "or lack of it" for actual losses suffered by the plaintiffs in relation to sales and its reputation. Other cases where damages were awarded in the

J'estime que la vente de marchandises autorisées [sic] par des vendeurs ambulants et d'autres personnes portera sérieusement atteinte à la confiance du public envers la marque DISNEY et à la cote d'estime de cette dernière.

Enfin, suivant la preuve contenue dans les documents, les demanderesse Nintendo auraient subi le préjudice suivant:

[TRADUCTION] La distribution de marchandises non autorisées ou contrefaites portant la marque des demanderesse porte préjudice à la réputation et à la cote d'estime de celles-ci, compromet leurs programmes d'octroi de licences et diminue les revenus qui, autrement, auraient été générés par la vente de marchandises autorisées.

[42] Lorsqu'il est entendu qu'un préjudice a été subi, mais que rien n'établit le montant de la perte, il arrive parfois que des dommages-intérêts symboliques soient accordés. Dans la décision *Institut national des appellations d'origine des Vins et Eaux-de-Vie et al. v. Andres Wines Ltd. et al. and two other actions* (1987), 60 O.R. (2d) 316 (H.C.), le juge de première instance a tranché la question du montant des dommages-intérêts comme suit [à la page 379]:

[TRADUCTION] Comme je l'ai conclu, les défendeurs ont violé les droits des demandeurs suivant la *Loi de 1933*. Si les demandeurs avaient été disposés à admettre que, en l'espèce, les dommages-intérêts devaient se limiter à des dommages-intérêts symboliques, il est clair que j'en aurais fixé le montant à 5 000 \$ par demandeur, à l'exclusion de l'I.N.A.O. Ce montant refléterait la violation des droits des demandeurs sans qu'il soit nécessaire de prouver le montant réel des dommages subis. Même si le montant n'avait pas été limité par l'aveu des demandeurs, je serais parvenu au même résultat, soit des dommages-intérêts *compensatoires* de 5 000 \$ par défendeur sur la foi des éléments de preuve présentés, ou de leur absence, relativement aux pertes réelles subies par les demandeurs au chapitre des ventes ou de la réputation.

[43] Les motifs du juge de première instance ont été confirmés par la Cour d'appel d'Ontario dans *Institut national des appellations d'origine des vins et eaux-de-vie et al. v. Andres Wines Ltd.* (1990), 74 O.R. (2d) 203. Ce qui nous intéresse particulièrement dans cette affaire est l'affirmation du juge de première instance selon laquelle il aurait accordé des dommages-intérêts compensatoires de 5 000 \$ sur la foi des éléments de preuve présentés «ou de leur absence»

absence of specific evidence as to damages include *British Columbia Automobile Assn. v. O.P.E.I.U., Local 378*, [2001] 4 W.W.R. 95 (B.C.S.C.) (\$2,500); *Rose et al. v. Interprovincial Brotherhood of Electrical Workers* (1984), 1 C.P.R. (3d) 34 (F.C.T.D.) (\$3,500); *Société pour l'expansion des tissus fins v. Marimac, Inc.* (1984), 78 C.P.R. (2d) 112 (Que. S.C.) (\$25,000); *Marc-Aurele v. Ducharme* (1976), 34 C.P.R. (2d) 155 (F.C.T.D.) (\$3,000).

[44] These were not necessarily treated as nominal damages. In *Société pour l'expansion des tissus fins*, *supra*, Gomery J. of the Quebec Superior Court prefaced his award of damages with the following comments [at page 133]:

It must be assumed, in the light of the findings already made, that some members of the Canadian public during the past five years have purchased defendant's curtains in the mistaken belief that they were buying a fabric manufactured by plaintiff. In the absence of confusing trade marks these purchases would ordinarily have been made of fabric imported into Canada by plaintiff. The loss of these sales entailed a loss of profits for which plaintiff is entitled to be indemnified. A calculation of the quantum of such loss in a precise fashion is not possible. It is not fair to the plaintiff to penalize it for a failure to prove facts which are not, by their nature, provable. A difficulty in assessing damages does not justify the court in failing to award them. As stated by Dube J., in *Marc-Aurele v. Ducharme* (1976), 34 C.P.R. (2d) 155 at p. 162:

It is not necessary to prove actual damages with certainty, as a matter of fact it would be impossible in the case at bar. Once the Court is satisfied that the goodwill has been interfered with and there has been confusion, then damages are presumed at law . . .

The court must take into consideration the decision made by defendant to continue to market its merchandise after receiving formal notification that plaintiff was unwilling to tolerate further infringement of its trade mark, and the volume of sales and profits made by defendant in the period of more than five years since that time, including the time taken for this action to come to trial and be decided.

relativement aux pertes réelles subies par les demandeurs au chapitre des ventes ou de la réputation. Des dommages-intérêts ont également été accordés en l'absence d'une preuve précise du préjudice dans les affaires suivantes: *British Columbia Automobile Assn. v. O.P.E.I.U., Local 378*, [2001] 4 W.W.R. 95 (C.S.C.-B.) (2 500 \$); *Rose et al. c. Fraternité interprovinciale des ouvriers en électricité* (1984), 1 C.P.R. (3d) 34 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (3 500 \$); *Société pour l'expansion des tissus fins c. Marimac Inc.* (1984), 78 C.P.R. (2d) 112 (C.S. Qué.) (25 000 \$); *Marc-Aurele c. Ducharme* (1976), 34 C.P.R. (2d) 155 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (3 000 \$).

[44] Ces montants n'ont pas nécessairement été accordés à titre de dommages-intérêts symboliques. Dans la décision *Société pour l'expansion des tissus fins*, précitée, le juge Gomery, de la Cour supérieure du Québec a fait les remarques suivantes avant de statuer sur les dommages-intérêts [à la page 133]:

[TRADUCTION] Compte tenu des conclusions auxquelles je suis déjà parvenu, il faut présumer que, au cours des cinq dernières années, des consommateurs canadiens ont acheté des rideaux au défendeur en croyant erronément qu'ils achetaient un tissu fabriqué par la demanderesse. En l'absence de marques de commerce portant à confusion, ces rideaux auraient normalement été fabriqués à partir de tissus importés au Canada par la demanderesse. La perte de ces ventes a entraîné une perte de profits pour laquelle la demanderesse a le droit d'être indemnisée. Il n'est pas possible d'évaluer précisément cette perte. Il ne serait pas juste de pénaliser la demanderesse parce qu'elle a omis de prouver des faits qui, par leur nature, sont impossibles à prouver. La Cour ne peut justifier son refus d'accorder des dommages-intérêts en invoquant la difficulté d'évaluation. Ainsi que l'a affirmé le juge Dubé dans *Marc-Aurele c. Ducharme* (1976), 34 C.P.R. (2d) 155, à la page 162:

Il n'est pas nécessaire de prouver des dommages réels avec certitude; en fait, la chose serait impossible en l'espèce. Si la Cour est convaincue qu'il a été porté atteinte à la clientèle et qu'il y a confusion, elle peut présumer en droit l'existence de dommages.

La Cour doit tenir compte du fait que le défendeur a continué de vendre sa marchandise après avoir été avisé formellement par la demanderesse qu'elle ne tolérerait plus la violation de ses marques de commerce, ainsi que de l'importance des ventes et des profits réalisés par le défendeur au cours de la période de plus de cinq ans qui s'est écoulée depuis, y compris le délai d'obtention d'une décision judiciaire.

In all the circumstances the court conservatively fixes damages in the sum of \$25,000.

[45] The learned Trial Judge clearly intended the damages which he awarded to be compensatory and not merely nominal. The conclusion which I draw from these cases is that once the plaintiffs have proven infringement and that damages have occurred, they are entitled to the court's best estimate of those damages without necessarily being limited to nominal damages.

[46] This then brings us to the use of the scale of damage awards which has been in place in this Court for the past number of years. It is said that this practice is unfair because it fails to distinguish between the activities of individual defendants and the damages assessed against them. When defendants keep no records and the quantity of goods seized is not a reliable indicator of the scale of the defendants' commercial activities, it is not obvious how plaintiffs are to bring fine gradations of proof as to the extent of the damages caused by particular defendants.

[47] The fact that the awards are in an arbitrary amount is said to suggest that they are punitive in nature and neither nominal nor compensatory. The amounts involved may be arbitrary but they are not without some historical precedent (see the cases cited above). Furthermore, the fact that the assessment of damages has an element of arbitrariness does not mean that those damages are not compensatory. For example, there has always been an element of arbitrariness in the assessment of non-pecuniary damages. The damages payable for an injury to an eye are determined by reference to a scale which is essentially arbitrary (one cannot calculate the value of an eye) but which has become the standard by convention. The courts have decided that such an injury will generally result in an award in a given range.

[48] In these cases, the Court is dealing with pecuniary as opposed to non-pecuniary damages. Does this preclude recourse to the use of a conventional scale of damages? The unadorned fact of the matter is that without access to detailed accounting records, plaintiffs

Eu égard à l'ensemble des circonstances, la Cour fixe, de façon conservatrice, le montant des dommages-intérêts à 25 000 \$.

[45] Le juge de première instance avait manifestement eu l'intention d'accorder les dommages-intérêts compensatoires, et non simplement symboliques. La conclusion que je tire de ces décisions est que, une fois la contrefaçon et le préjudice établis, le demandeur a droit à une évaluation optimale des dommages-intérêts par la Cour sans devoir nécessairement se contenter de dommages-intérêts symboliques.

[46] Examinons maintenant le barème des dommages-intérêts que la Cour a appliqué au cours des dernières années. On le dit injuste parce que le montant des dommages-intérêts ne tient pas compte des activités d'un défendeur en particulier. Lorsque les défendeurs ne tiennent aucun registre et que la quantité des biens saisis n'est pas un indicateur fiable de l'ampleur de leurs activités commerciales, il est difficile, pour les demanderesse, de moduler la preuve en fonction du préjudice causé par chacun des défendeurs.

[47] Le fait que le montant soit arbitraire donnerait à penser que les dommages-intérêts sont exemplaires et non pas symboliques ou compensatoires. Les montants en question sont peut-être arbitraires, mais ils découlent de la jurisprudence (voir les décisions précitées). Par ailleurs, le fait que l'évaluation du préjudice comporte une part d'arbitraire ne signifie pas que les dommages-intérêts ne sont pas compensatoires. Par exemple, l'évaluation des dommages-intérêts non pécuniaires a toujours comporté une part d'arbitraire. Les dommages-intérêts payables à la suite d'une blessure à l'œil sont établis en fonction d'un barème qui est essentiellement arbitraire (il est impossible de déterminer la valeur d'un œil), mais ce barème est devenu, par convention, la norme. Les tribunaux ont décidé qu'Untel préjudice justifie généralement l'octroi d'une somme comprise dans une fourchette.

[48] Dans la présente affaire, la Cour est aux prises avec un préjudice pécuniaire. Cela exclut-il le recours au barème des dommages-intérêts établi? Le fait est que, faute de registres comptables détaillés, les demanderesse ne sauraient faire avec une précision

cannot be expected to show their losses with mathematical precision. It would be very poor policy to reward the suppression of business records by raising it as a bar to the assessment of damages. Where a defendant's business methods and failure to defend a claim have made the calculation of damages impossible, the use of conventional awards is fairer to that defendant than would be a system in which each case was treated as *sui generis* and damages assessed without reference to like cases. The present system distinguishes between flea market and transient vendors, fixed retail operations and manufacturers and distributors and to that extent treats like cases alike. It may be that finer gradations are possible, a matter which the court can consider when it arises.

[49] The use of the phrase "minimum nominal damages" in this context is unfortunate and misleading. The *Dictionary of Canadian Law*, 2nd ed., (Toronto: Carswell, 1995) defines "nominal damages" as follows:

... [a] technical phrase which means that you have negated anything like real damages, but that you are affirming by your nominal damages that there is an infraction of a legal right, which though it gives you no right to any real damages at all, yet gives you a right to the verdict or judgment because your legal right has been infringed. *Mediana (The)* [1900] A.C. 113 at 116 (U.K. H.L.) Lord Halsbury L.C.

[50] If the only purpose of damage awards in these cases is to establish the plaintiffs' right to them, an award of \$1 would represent "minimum nominal damages". The amount of the awards, particularly when they are stacked (multiple awards against the same defendants) as they will be in this case, exceeds any reasonable notion of "nominal" damages, let alone "minimum nominal" damages. Damage awards in these amounts can only be justified as compensatory damages whose amount is determined by convention.

[51] It is an imperfect system but the imperfections are not the fault of the plaintiffs. It is always open to a defendant to defend the claim brought against it and to put damages in issue. In such a case, the Court will assess damages on the basis of the evidence before it. In the alternative, a defendant who kept adequate business

mathématique la preuve des pertes qu'elles ont subies. Il serait déplorable de récompenser la suppression des registres comptables en y voyant un obstacle à l'évaluation du préjudice. Lorsque les pratiques commerciales du défendeur et son omission de produire une défense ont rendu impossible l'évaluation du préjudice, il est plus équitable pour le défendeur d'appliquer le barème établi que d'examiner chaque affaire comme si elle était unique en son genre et de fixer des dommages-intérêts sans se référer à des affaires similaires. La pratique actuelle distingue entre le vendeur dans un marché aux puces, le vendeur ambulancier, le détaillant établi à demeure et le fabricant et le distributeur et, dans cette mesure, les cas apparentés sont réglés semblablement. Une gradation plus précise peut être envisagée par la Cour au besoin.

[49] L'emploi de l'expression «dommages-intérêts symboliques minimums» est, dans ce contexte, malheureux et trompeur. Le *Dictionary of Canadian Law*, 2<sup>e</sup> éd., (Toronto: Carswell, 1995) définit les «dommages-intérêts symboliques» comme suit:

[TRADUCTION]... [une] expression technique qui signifie que, malgré l'absence de préjudice tangible, vous affirmez, en demandant des dommages-intérêts symboliques, qu'il y a eu violation d'un droit et que, même si cette violation ne donne pas droit à des dommages-intérêts compensatoires, elle donne tout de même droit à un jugement constatant l'atteinte en question. *Mediana (The)* [1900] C.A. 113, à la page 116 (U.K. H.L.) Lord Halsbury L.C.

[50] Si, en l'espèce, l'octroi de dommages-intérêts vise uniquement à confirmer le droit des demanderessees à une indemnité, un montant de 1 \$ constitue des «dommages-intérêts symboliques». Le montant des dommages-intérêts, particulièrement lorsqu'il y a cumul (octrois multiples visant le même défendeur) comme en l'espèce, ne peut raisonnablement être considéré comme «symbolique», et encore moins comme «minimum». De tels montants ne peuvent constituer que des dommages-intérêts compensatoires fixés par convention.

[51] Le système est imparfait, mais ce n'est pas la faute des demanderessees. Le défendeur a toujours la possibilité de contester la demande dirigée contre lui et le montant des dommages-intérêts demandés. Dans ce cas, la Cour établira le montant des dommages-intérêts à partir de la preuve dont elle est saisie. Le défendeur



records could request a reference for the purpose of assessing damages.

[52] In the end, the plaintiffs have shown that they are entitled to the relief sought. The defendants' objections cannot be sustained. Judgment will issue in each of these files against the defendants jointly and severally in the amount of \$6,000 plus costs of \$750. The plaintiffs are also entitled to the usual declaratory relief as well as a permanent injunction against the defendants.

qui a tenu un registre comptable approprié pourrait toutefois demander un renvoi en vue de la fixation des dommages-intérêts.

[52] En définitive, les demandereses ont établi qu'elles avaient droit à la réparation demandée. La Cour ne peut faire droit aux objections des défendeurs. Dans chaque dossier, la Cour condamne conjointement et solidairement les défendeurs à verser un montant de 6 000 \$ plus des dépens de 750 \$. Les demandereses ont également droit au jugement déclaratoire d'usage de même qu'à une injonction permanente contre les défendeurs.

T-1554-01  
2002 FCT 929

T-1554-01  
2002 CFPI 929

**Leslie Tower, Robert Tower and Bruce Kitsch**  
(*Applicants*)

**Leslie Tower, Robert Tower et Bruce Kitsch**  
(*demandeurs*)

v.

c.

**The Minister of National Revenue and BDO Dunwoody LLP** (*Respondents*)

**Le ministre du Revenu national et BDO Dunwoody, s.r.l.** (*défendeurs*)

*INDEXED AS: TOWER v. M.N.R. (T.D.)*

*RÉPERTORIÉ: TOWER c. M.R.N. (1<sup>RE</sup> INST.)*

Trial Division, Kelen J.—Vancouver, July 30; Ottawa, September 3, 2002.

Section de première instance, juge Kelen—Vancouver, 30 juillet; Ottawa, 3 septembre 2002.

*Income Tax — Practice — MNR requiring applicants' accountants to provide all tax files, tax planning documents, all other files relating to applicants — Documents, information in possession of applicants' accountants not subject to privilege protecting them from disclosure — Requirements demanding responses to written interrogatories, requiring creation of new documents by accountants, outside legal scope of Income Tax Act, s. 231.2(1).*

*Impôt sur le revenu — Pratique — Le MRN a enjoint aux experts-comptables des demandeurs de lui communiquer tous les documents se rapportant aux demandeurs, et notamment les dossiers fiscaux et documents de planification — Les documents et renseignements qui se trouvent en la possession des experts-comptables des demandeurs ne sont pas protégés par le secret professionnel — Les demandes de production dans lesquelles le ministre exige des réponses aux questions posées dans le cadre de l'interrogatoire préalable écrit et la création de nouveaux documents par les comptables débordent le cadre légal de l'art. 231.2(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu.*

*Practice — Privilege — Minister of National Revenue requiring applicants' accountants to provide all tax files, tax planning documents, all other files relating to applicants — Documents, information in possession of applicants' accountants not protected by "class" or "case-by-case" privilege.*

*Pratique — Communications privilégiées — Le MRN a enjoint aux experts-comptables des demandeurs de lui communiquer tous les documents se rapportant aux demandeurs, et notamment les dossiers fiscaux et documents de planification — Les documents et renseignements qui se trouvent en la possession des experts-comptables des demandeurs ne sont pas protégés par un «privilege générique» ou par un «privilege fondé sur les circonstances de chaque cas».*

In 1997, the applicants decided to emigrate from Canada and give up their Canadian residency. Upon the advice of their accountant, the applicants engaged in what the Minister characterized as “departure trade”: they each borrowed funds from a bank (between \$77 million and \$141 million), loaned the money back to the bank, paid the interest owing on the original loan in their last year of residency, and deducted the interest on their taxation year which off-set their income. They did not receive an interest payment from the bank on the loan-back until the following year when they were no longer residents and were not taxable there. In 2001, the Minister reassessed the applicants and disallowed the interest deductions for the 1997 and 1998 taxation years. Later, in July 2001, the Minister prepared requirements to provide

En 1997, les demandeurs ont décidé d'immigrer à l'étranger et de renoncer à la résidence canadienne. Sur le conseil de leur comptable, les demandeurs ont conclu ce que le ministre a qualifié de «pacte de départ», une opération par laquelle ils ont chacun emprunté de l'argent à une banque (entre 77 et 141 millions de dollars), ont reprêté l'argent à la banque, acquitté les intérêts accumulés sur le prêt initial au cours de leur dernière année de résidence et déduit les intérêts en compensation de leurs revenus au cours de l'année d'imposition. Ils n'ont reçu de paiement d'intérêts de la banque sur l'auto-prêt que l'année suivante, alors qu'ils n'étaient plus des résidents et qu'ils n'étaient plus imposables sur le prêt. En 2001, les demandeurs ont fait l'objet d'une nouvelle cotisation de la part du ministre, qui a refusé la

information pursuant to subsection 231.2(1) of the *Income Tax Act*. The requirements were served on the applicants' accountants, BDO Dunwoody LLP, at their Kelowna, B.C. and Calgary offices, requiring them to provide all the tax files, tax planning documents and all other files relating to the applicants.

This was an application for judicial review of the two decisions of the Minister to issue requirements to provide information. The issues were whether the documents and information in the possession of the applicants' accountants were subject to a privilege protecting them from disclosure, and whether the requirements were within the legal scope of subsection 231.2(1) of the *Income Tax Act*.

*Held*, the application should be allowed only in so far as the parts of the requirements which demand responses to written interrogatories, and which require the creation of new documents by BDO Dunwoody, are outside the legal scope of subsection 231.2(1) of the *Income Tax Act* and should be set aside.

The applicants submitted that their communications with their accountants should be protected by either a "class privilege", by virtue of a relationship akin to that between a solicitor and client, or a "case-by-case privilege" where the party seeking the privilege meets the four-part test of *Wigmore's Evidence in Trials at Common Law*. However, it is well established that accountants and their clients do not have a class privilege with respect to income tax litigation. Privilege for lawyer-client communications is necessary for the proper administration of justice as it preserves the basic right of individuals to prosecute actions and to prepare defences. None of this applies to a client's communications with an accountant because the accountant does not represent the client with respect to the administration of justice.

Neither was there a case-by-case privilege. The relationship between a client and his tax accountant is not one which, in the opinion of the community, ought to be sedulously fostered. The records which a client provides his accountants are his income tax records, and must be produced upon demand so that the tax department can verify or question an individual's tax return. Clients understand that information

déduction des intérêts pour les années d'imposition 1997 et 1998. Plus tard, en juillet 2001, le ministre a préparé des demandes de production de renseignements conformément au paragraphe 231.2(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Les demandes de production ont été signifiées aux comptables des demandeurs, la firme BDO Dunwoody, s.r.l., à leur bureau de Kelowna (C.-B.) et à ceux de Calgary. Le ministre réclamait tous les documents se rapportant aux demandeurs, et notamment les dossiers fiscaux et documents de planification.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire des deux décisions par lesquelles le ministre a envoyé des demandes de production de renseignements. Les questions en litige sont celles de savoir si les documents et les renseignements qui se trouvent en la possession des experts-comptables des demandeurs sont protégés par le secret professionnel et celle de savoir si les demandes de production entrent dans le cadre légal du paragraphe 231.2(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

*Jugement*: la demande est accueillie en partie, dans la mesure où les passages des demandes de production dans lesquels le ministre exige des réponses aux questions posées dans le cadre de l'interrogatoire préalable écrit ainsi que la création de nouveaux documents par le cabinet BDO Dunwoody débordent le cadre légal du paragraphe 231.2(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et sont annulés.

Les demandeurs soutenaient que les communications qu'ils avaient échangées avec leurs comptables devaient être protégées par un «privilege générique» en raison de l'existence d'une relation qui s'apparente à celle qui existe entre l'avocat et son client, ou en raison de l'existence d'un «privilege fondé sur les circonstances de chaque cas» si celui qui revendique ce privilege satisfait au critère à quatre volets posé par Wigmore dans son ouvrage *Evidence in Trials at Common Law*. Il est cependant de jurisprudence constante que les experts-comptables et leurs clients ne bénéficient pas d'un privilege générique en ce qui concerne les litiges fiscaux. Il est nécessaire que les communications entre l'avocat et son client soient protégées par le privilege du secret professionnel pour assurer la bonne administration de la justice, étant donné que la reconnaissance de ce privilege a pour effet de protéger le droit fondamental des particuliers d'ester en justice. Mais aucune de ces considérations ne vaut dans le cas des communications échangées entre un comptable et son client parce que le comptable ne représente pas son client en justice.

Il ne s'agit pas non plus d'un privilege fondé sur les circonstances de chaque cas. Les rapports entre un client et son comptable fiscaliste ne sont pas de la nature de ceux qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être entretenus assidûment. Les dossiers qu'un client communique à son comptable sont des dossiers fiscaux et ils doivent être produits sur demande pour que le fisc puisse vérifier ou contester sa

must be produced to the tax department upon demand. Moreover, there is currently a crisis of confidence in the accounting of financial information with respect to many public companies, and public outrage over accounting misdeeds (eg. Enron, WorldCom Inc.)

With respect to the legal scope of the requirements, the applicants and the respondent BDO Dunwoody submitted that the requirements allowed “a fishing expedition” into the applicants’ affairs beyond the subject of the Minister’s “genuine and serious inquiry” with respect to the bank loans and the deduction of the interest costs of these loans in the applicants’ last two tax years prior to leaving Canada. Herein, the general tax liability of the applicants was the subject of an audit. This was a genuine and serious inquiry as required in *AGT Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1997] 2 F.C. 878 (C.A.) in such cases. Under the Act, the Minister is entitled to require the production of “information” for the purpose of studying “the process by which a suspected corporation or business has made and implemented its decision”. The applicants sought to restrict the requirements to only information relevant to the bank loans at the end of the 1997 tax year. The Minister’s right to require the production of information cannot be so restricted. The loans triggered a concern with verifying the general tax liability of the applicants. The tax liability of the applicants was the subject of a genuine and serious audit and the requirements thereby met the test of relevancy and reasonableness. When the applicants decided to emigrate from Canada and undertake sophisticated multi-million dollar loans to obtain income tax deductions to off-set capital gains on leaving Canada, it was reasonable to expect that the Minister may audit the applicants not only with respect to the loan transactions, but also with respect to their total income tax liability.

The broad powers of subsection 231.2(1) require the production of documents and information in existence. However, subsection 231.2(1) is not framed so broadly that accountants can be required to respond to written interrogatories. Accordingly, the parts of the requirements which required the creation of responses to questions were outside the legal scope of subsection 231.2(1) of the Act, and should be set aside.

déclaration de revenus. Les clients comprennent que des renseignements doivent être communiqués sur demande aux autorités fiscales. Qui plus est, la collectivité passe présentement par une crise de confiance en ce qui concerne la comptabilisation des renseignements financiers de nombreuses compagnies publiques et le public s’indigne au sujet des irrégularités comptables (notamment celles imputées à Enron et à WorldCom Inc.).

En ce qui concerne la portée juridique des demandes de production, les demandeurs et la défenderesse BDO Dunwoody affirment qu’elles permettent d’explorer «à l’aveuglette» les affaires des demandeurs, débordant ainsi le cadre strict de «l’enquête véritable et sérieuse» du ministre sur les prêts consentis par la banque et la déduction des frais d’intérêts sur ces prêts au cours des deux années d’imposition que les demandeurs ont passé au Canada avant de partir pour l’étranger. En l’espèce, l’assujettissement général des demandeurs à l’impôt fait l’objet d’une vérification. Et il y a une enquête véritable et sérieuse au sens de l’arrêt *AGT Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1997] 2 C.F. 878 (C.A.). Aux termes de la Loi, le ministre a le droit d’exiger la production de «renseignements» pour étudier «les moyens que la société ou l’entreprise soupçonnée a utilisés pour prendre sa décision ou pour la mettre en application». Les demandeurs cherchent à restreindre les demandes de production aux seuls renseignements pertinents aux prêts consentis par la banque aux demandeurs à la fin de l’exercice 1997. Le droit du ministre d’exiger la production de renseignements ne saurait être restreint de la sorte. Ces prêts ont éveillé les soupçons du ministre et l’ont amené à vérifier la dette fiscale générale des demandeurs. La dette fiscale des demandeurs fait l’objet d’une vérification véritable et sérieuse et les demandes de production satisfont donc au critère de la pertinence et du caractère raisonnable. Compte tenu du fait que les demandeurs ont décidé d’immigrer à l’étranger et de contracter des prêts complexes de plusieurs millions de dollars pour obtenir des déductions de l’impôt sur le revenu afin de diminuer le montant des gains en capital à leur départ du Canada, il était raisonnable de s’attendre à ce que le ministre les soumettent à une vérification non seulement en ce qui concerne les opérations de prêt, mais aussi en ce qui concerne leur dette fiscale totale.

Les vastes pouvoirs que le paragraphe 231.2(1) confère au ministre lui permettent d’exiger la production de documents et de renseignements qui existent déjà. Toutefois, ce paragraphe n’est pas libellé de façon assez large pour permettre au ministre d’exiger des comptables qu’ils répondent à un interrogatoire préalable écrit. En conséquence, les passages des demandes de production dans lesquelles le ministre exige que BDO Dunwoody réponde à des renseignements qui n’existent pas débordent le cadre juridique du paragraphe 231.2(1) de la Loi et ils doivent être annulés.

If any of the documents or information to be produced under the requirements refer to a client of BDO Dunwoody unrelated to the applicants, BDO Dunwoody has the right to expunge that person's name before the document or information is submitted.

Si l'un quelconque des documents ou des renseignements à produire en réponse aux demandes de production mentionne un client de BDO Dunwoody qui n'a aucun lien avec les demandeurs, BDO Dunwoody a le droit de corriger les documents en question pour biffer le nom de cette personne avant de produire le document ou les renseignements en question.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).  
*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 231.2(1) (as am. by S.C. 2000, c. 30, s. 176).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263; [1991] 6 W.W.R. 673; (1991), 67 C.C.C. (3d) 289; 8 C.R. (4th) 368; 7 C.R.R. (2d) 108; 75 Man. R. (2d) 112; 130 N.R. 161; 6 W.A.C. 112; *Baron v. Canada*, [1991] 1 F.C. 688; [1991] 1 C.T.C. 125; (1991), 91 DTC 5055; 122 N.R. 47 (C.A.), affd as to class privilege [1993] 1 S.C.R. 416; (1993), 99 D.L.R. (4th) 350; 78 C.C.C. (3d) 510; 18 C.R. (4th) 374; 13 C.R.R. (2d) 65; [1993] 1 C.T.C. 111; 93 DTC 5018; 146 N.R. 270; *Vancouver Trade Mart Inc. (Trustee of) v. Canada (Attorney General)* (1997), 50 C.B.R. (3d) 139; 48 C.R.R. (2d) 291; [1998] 1 C.T.C. 79; 97 DTC 5520; 138 F.T.R. 161 (F.C.T.D.); *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462; *James Richardson & Sons, Ltd. v. Minister of National Revenue et al.*, [1984] 1 S.C.R. 614; (1984), 9 D.L.R. (4th) 1; [1984] 4 W.W.R. 577; 7 Admin. L.R. 302; [1984] CTC 345; (1984), 84 DTC 6325; 54 N.R. 241; *AGT Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1997] 2 F.C. 878; [1997] 2 C.T.C. 275; (1997), 97 DTC 5189; 211 N.R. 220 (C.A.); *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; (1990), 68 D.L.R. (4th) 568; 55 C.C.C. (3d) 530; [1990] 2 C.T.C. 103; 76 C.R. (3d) 283; 47 C.R.R. 151; 90 DTC 6243; 106 N.R. 385; 39 O.A.C. 385; *Bisaillon et al. v. The Queen et al.* (1999), 99 DTC 5695; 264 N.R. 21 (F.C.A.); *Seaspan International Ltd. v. Canada*, 2002 FCT 675; [2002] F.C.J. No. 91 (T.D.) (QL).

##### CONSIDERED:

*R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445; (2001), 195 D.L.R. (4th) 513; 151 C.C.C. (3d) 321; 40 C.R. (5th) 1; 266 N.R. 275; 142 O.A.C. 201.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 231.2(1) (mod. par L.C. 2000, ch. 30, art. 176).  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; [1991] 6 W.W.R. 673; (1991), 67 C.C.C. (3d) 289; 8 C.R. (4th) 368; 7 C.R.R. (2d) 108; 75 Man. R. (2d) 112; 130 N.R. 161; 6 W.A.C. 112; *Baron c. Canada*, [1991] 1 C.F. 688; [1991] 1 C.T.C. 125; (1991), 91 DTC 5055; 122 N.R. 47 (C.A.), conf. sur la question du privilège générique [1993] 1 R.C.S. 416; (1993), 99 D.L.R. (4th) 350; 78 C.C.C. (3d) 510; 18 C.R. (4th) 374; 13 C.R.R. (2d) 65; [1993] 1 C.T.C. 111; 93 DTC 5018; 146 N.R. 270; *Vancouver Trade Mart Inc. (syndic) c. Canada (Procureur général)* (1997), 50 C.B.R. (3d) 139; 48 C.R.R. (2d) 291; [1998] 1 C.T.C. 79; 97 DTC 5520; 138 F.T.R. 161 (C.F.1<sup>re</sup> inst.); *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462; *James Richardson & Sons, Ltd. c. Ministre du Revenu national et autres*, [1984] 1 R.C.S. 614; (1984), 9 D.L.R. (4th) 1; [1984] 4 W.W.R. 577; 7 Admin. L.R. 302; [1984] CTC 345; (1984), 84 DTC 6325; 54 N.R. 241; *AGT Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1997] 2 C.F. 878; [1997] 2 C.T.C. 275; (1997), 97 DTC 5189; 211 N.R. 220 (C.A.); *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; (1990), 68 D.L.R. (4th) 568; 55 C.C.C. (3d) 530; [1990] 2 C.T.C. 103; 76 C.R. (3d) 283; 47 C.R.R. 151; 90 DTC 6243; 106 N.R. 385; 39 O.A.C. 385; *Bisaillon et al. c. La Reine et al.* (1999), 99 DTC 5695; 264 N.R. 21 (C.A.F.); *Seaspan International Ltd. c. Canada*, 2002 CFPI 675; [2002] A.C.F. n° 91 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

##### DÉCISION EXAMINÉE:

*R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445; (2001), 195 D.L.R. (4th) 513; 151 C.C.C. (3d) 321; 40 C.R. (5th) 1; 266 N.R. 275; 142 O.A.C. 201.

## AUTHORS CITED

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, vol. 8. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

APPLICATION for judicial review of the MNR's decisions to issue two requirements to provide information requiring the applicants' accountants, BDO Dunwoody LLP, to provide all the tax files, tax planning documents and all other files relating to the applicants. Application allowed only in so far as the parts of the requirements which demand responses to written interrogatories, and which require the creation of new documents by BDO Dunwoody, are outside the legal scope of subsection 231.2(1) of the *Income Tax Act* and are set aside.

## APPEARANCES:

*Joel A. Nitikman* for applicants.  
*Robert Carvalho* and *Ron D. F. Wilhelm* for respondent Minister of National Revenue.  
*Joanne E. Swystun* for respondent BDO Dunwoody LLP.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Fraser Milner Casgrain LLP*, Vancouver, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent Minister of National Revenue.  
*Stikeman Elliott*, Toronto, for respondent BDO Dunwoody LLP.

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

[1] KELEN J.: This is an application under section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, for judicial review of two decisions of the Minister of National Revenue to issue two "requirements to provide information", dated July 11, 2001 and July 18, 2001 respectively, requiring the applicants' accountants BDO Dunwoody LLP to provide all the tax files, tax planning documents and all other files relating to the applicants.

## DOCTRINE

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, vol. 8. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

DEMANDE de contrôle judiciaire de décisions du MRN d'envoyer aux experts-comptables des demandeurs, la firme BDO Dunwoody, une demande de production de tous les dossiers fiscaux et documents de planification se rapportant aux demandeurs. La demande est accueillie en partie, dans la mesure où les passages des demandes de production dans lesquels le ministre exige des réponses aux questions posées dans le cadre de l'interrogatoire préalable écrit et la création de nouveaux documents par le cabinet BDO Dunwoody débordent le cadre légal du paragraphe 231.2(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et sont annulés.

## ONT COMPARU:

*Joel A. Nitikman* pour les demandeurs.  
*Robert Carvalho* et *Ron D. F. Wilhelm* pour le défendeur, le ministre du Revenu national.  
*Joanne E. Swystun* pour la défenderesse, BDO Dunwoody, s.r.l.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Fraser Milner Casgrain, s.r.l.*, Vancouver, pour les demandeurs.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur, le ministre du Revenu national.  
*Stikeman Elliott*, Toronto, pour la défenderesse BDO Dunwoody, s.r.l.

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

[1] LE JUGE KELEN: La Cour statue sur une demande présentée en vertu de l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, en vue d'obtenir le contrôle judiciaire de deux décisions datées respectivement du 11 juillet 2001 et du 18 juillet 2001 par lesquelles le ministre du Revenu national a envoyé deux «demandes de production de renseignements» exigeant que le cabinet d'experts-comptables des demandeurs BDO Dunwoody, s.r.l., lui communique tous les dossiers

[2] The issues in this application are (a) whether the documents and information in the possession of the applicants' accountants (the respondent BDO Dunwoody LLP) are subject to a privilege protecting them from disclosure, and (b) whether the requirements are within the legal scope of subsection 231.2(1) of the *Income Tax Act* [R.S.C., 1985 (5th Supp), c. 1 (as am. by S.C. 2000, c. 30, s. 176)] (the Act).

[3] The applicants decided to emigrate from Canada and cease being Canadian residents for income tax purposes. They seek an order from this Court that they are not obligated to provide the Minister of National Revenue with the information set out in the requirements. The respondent BDO Dunwoody supports the applicants.

#### FACTS

[4] In 1997, the applicants formed the intention to emigrate from Canada and give up their Canadian residency. They communicated this intention to their accountants, BDO Dunwoody in Kelowna, and were referred to Mr. Jas Butalia, an international tax advisor at the Calgary office of BDO Dunwoody.

[5] With Mr. Butalia's advice, the applicants entered into certain investment arrangements with the CIBC bank, which resulted in each applicant filing their 1997 and 1998 tax returns and deducting interest payable to CIBC as a result of each having borrowed between \$77 million and \$141 million from the bank. The respondent Minister characterizes this transaction as a "departure trade"—a transaction whereby a person:

- borrows funds from a bank;
- loans the funds back to the bank (a loan-back);
- pays the interest owing on the original loan in their last year of residency;

fiscaux, documents de planification fiscale et autres dossiers se rapportant aux demandeurs.

[2] Les questions en litige dans la présente demande sont les suivantes: a) les documents et les renseignements qui se trouvent en la possession des experts-comptables des demandeurs (la défenderesse BDO Dunwoody, s.r.l.) sont-ils protégés par le secret professionnel? b) les demandes de production entrent-elles dans le cadre légal du paragraphe 231.2(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1 (mod. par L.C. 2000, ch. 30, art. 176)] (la Loi)?

[3] Les demandeurs ont décidé de quitter le Canada pour émigrer à l'étranger et de cesser d'être considérés comme des résidents canadiens sur le plan fiscal. Ils demandent à la Cour de rendre une ordonnance les dispensant de produire au ministre du Revenu national les renseignements réclamés dans les demandes de production. La défenderesse BDO Dunwoody appuie les demandeurs.

#### LES FAITS

[4] En 1997, l'idée d'émigrer à l'étranger et de renoncer à la résidence canadienne a germé dans l'esprit des demandeurs. Ils ont fait part de leur projet à leurs experts-comptables, la firme BDO Dunwoody de Kelowna, qui leur a suggéré de consulter M. Jas Butalia, un fiscaliste international du bureau de Calgary de la firme BDO Dunwoody.

[5] Sur le conseil de M. Butalia, les demandeurs ont conclu certains accords de placements avec la banque CIBC, à la suite de quoi chacun d'entre eux a produit sa déclaration de revenus pour 1997 et 1998 et déduit les intérêts payables à la CIBC à la suite d'emprunts variant de 77 millions de dollars à 141 millions de dollars que chacun avait contractés auprès de cette banque. Le ministre défendeur qualifie cette opération de «pacte de départ», une opération par laquelle une personne:

- emprunte de l'argent à une banque;
- reprête l'argent à la banque (l'auto-prêt);
- acquitte les intérêts accumulés sur le prêt initial au cours de la dernière année de résidence;

- receives an interest deduction on their taxation year which off-sets their income;
- does not receive an interest payment from the bank on the loan-back until the following year when the person is no longer a resident and not taxable on it.
- reçoit une déduction d'intérêts qui compense ses revenus pour l'année d'imposition;
- ne reçoit pas de paiement d'intérêts de la banque sur l'auto-prêt avant l'année suivante, alors qu'elle n'est plus un résident et qu'elle n'est plus imposable sur le prêt.

[6] By letters dated May 12, 2000, the Minister requested from the applicants information regarding the 1997 and 1998 tax deductions. By letters dated September 20, 2000, BDO Dunwoody responded on behalf of the applicants. Certain information requested in the May 12th letters was not supplied by BDO Dunwoody.

[6] Par lettres datées du 12 mai 2000, le ministre a réclamé aux demandeurs des renseignements concernant l'impôt déduit pour 1997 et 1998. Par lettres datées du 20 septembre 2000, BDO Dunwoody a répondu au ministre pour le compte des demandeurs. BDO Dunwoody n'a pas fourni tous les renseignements demandés dans les lettres du 12 mai.

[7] By letters dated May 11, 2001, the Minister set out his position as to why the applicants should not be allowed the deductions taken for the CIBC loans in the 1997 taxation year. Subsequently, the applicants were reassessed by the Minister and the interest deductions disallowed for the 1997 and 1998 taxation years.

[7] Par lettres datées du 11 mai 2001, le ministre a exposé les raisons pour lesquelles il estimait que les demandeurs n'avaient pas droit aux déductions réclamées au titre des prêts consentis par la CIBC au cours de l'année d'imposition 1997. Par la suite, les demandeurs ont fait l'objet d'une nouvelle cotisation de la part du ministre, qui a refusé la déduction des intérêts pour les années d'imposition 1997 et 1998.

[8] On July 11, 2001, the Minister prepared a "requirement to provide information" pursuant to subsection 231.2(1) of the Act. The requirement was served on BDO Dunwoody's Kelowna B.C. office. The three-page requirement requests a broad range of documents, including:

[8] Le 11 juillet 2001, le ministre a préparé une «demande de production de renseignements» conformément au paragraphe 231.2(1) de la Loi. La demande de production a été signifiée au bureau de Kelowna (C.-B.) de la firme BDO Dunwoody. Dans cette demande de trois pages, le ministre réclame un large éventail de documents, dont les suivants:

...all documents in your possession for the period January 1, 1997 to July 10, 2001, relating to [the applicants], and any corporation the shares of which were owned by any of them, directly or indirectly at any time . . ., including but not limited to:

[TRADUCTION] [. . .] tous les documents se trouvant en votre possession pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 1997 au 10 juillet 2001 qui se rapportent aux [demandeurs] et aux sociétés dans lesquelles ils avaient des actions, directement ou indirectement à quelque moment que ce soit et notamment:

- 1) All Working Paper files. . .  
All tax files and planning documents relating to, but not limited to, the taxpayers listed above.

- 1) Tous les dossiers de documents de travail [. . .]  
Tous les dossiers fiscaux et documents de planification se rapportant notamment aux contribuables susmentionnés;

All correspondence files including:

Tous les dossiers de correspondance, et notamment:

- i) all correspondence in any form, including electronic, to or from any of the taxpayers above,

- i) toute la correspondance sous quelque forme que ce soit, y compris sous forme électronique, provenant des contribuables susmentionnés ou leur étant destinée;

...

[. . .]



- 7) The reasons each individual sought financing through BDO as opposed to a lending institution.
- 8) The reason financing was required by each individual. . . .

- 7) Les raisons pour lesquelles chaque individu s'est adressé à BDO pour obtenir du financement au lieu de faire affaire avec un établissement de prêt [ . . . ]
- 8) La raison pour laquelle chaque individu a demandé du financement [ . . . ]

[9] On July 18, 2001, a second requirement was prepared and subsequently served on BDO Dunwoody's Calgary office. This document is similar to the first requirement.

[9] Le 18 juillet 2001, une seconde demande de production a été préparée puis signifiée au bureau de Calgary de BDO Dunwoody. Ce document est semblable à la première demande de production.

[10] The requirements called for BDO Dunwoody to provide documents and information to the Minister, pertaining to the applicants' CIBC interest deductions and other business and tax matters related to the 1997 and subsequent taxation years. Both requirements' due dates have been extended indefinitely pending the outcome of this matter.

[10] Dans ses demandes de production, le ministre exigeait de BDO Dunwoody qu'elle lui communique des documents et des renseignements se rapportant aux déductions des intérêts sur les prêts consentis par la CIBC aux demandeurs, ainsi qu'à d'autres questions commerciales et fiscales relatives à l'année d'imposition 1997 et aux années d'imposition subséquentes. La date limite fixée dans les deux demandes de production a été reportée indéfiniment en attendant l'issue de la présente affaire.

[11] On August 7, 2001, the applicants filed notices of objection to the 1997 reassessment. The Minister assigned the objections to the Appeals Branch. Submissions have been made by counsel for the applicants. It is expected that the Tax Court of Canada will eventually be seized with the reassessments of the applicants. In the meantime, the Minister has issued the requirements to provide information.

[11] Le 7 août 2001, les demandeurs ont déposé des avis d'opposition à la nouvelle cotisation de 1997. Le ministre a déferé les oppositions à la Direction des appels. L'avocat des demandeurs a formulé des observations. On s'attend à ce que la Cour canadienne de l'impôt soit éventuellement appelée à se prononcer sur les nouvelles cotisations des demandeurs. En attendant, le ministre a envoyé les demandes de production de renseignements.

#### RELEVANT LEGISLATION

[12] The relevant section of the *Income Tax Act* are as follows:

**231.2** (1) Notwithstanding any other provision of this Act, the Minister may, subject to subsection (2), for any purpose related to the administration or enforcement of this Act, including the collection of any amount payable under this Act by any person, by notice served personally or by registered or certified mail, require that any person provide, within such reasonable time as is stipulated in the notice,

(a) any information or additional information, including a return of income or a supplementary return; or

(b) any document.

#### DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

[12] Voici les dispositions pertinentes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*:

**231.2** (1) Malgré les autres dispositions de la présente loi, le ministre peut, sous réserve du paragraphe (2) et, pour l'application et l'exécution de la présente loi, par avis signifié à personne ou envoyé par courrier recommandé ou certifié, exiger d'une personne, dans le délai raisonnable que précise l'avis:

a) qu'elle fournisse tout renseignement ou tout renseignement supplémentaire, y compris une déclaration de revenu ou une déclaration supplémentaire;

b) qu'elle produise des documents.

## ANALYSIS WITH RESPECT TO PRIVILEGE

[13] The applicants submit that their communications with their accountants should be protected by either a “class privilege”, by virtue of the relationship akin to that between a solicitor and client, or by virtue of a “case-by-case privilege” if the party seeking the privilege meets the four-part test of Wigmore (*Evidence in Trials at Common Law*, Vol. 8, McNaughton Revision, paragraph 2285). The respondent BDO Dunwoody takes no position on whether a privilege applies.

[14] Privilege was discussed by Lamer C.J. in *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, at page 286. Part of this discussion is useful to clarify the issue here:

Before delving into an analysis of the issues raised by this appeal, I think it is important to clarify the terminology being used in this case. The parties have tended to distinguish between two categories: a “blanket”, *prima facie*, common law, or “class” privilege on the one hand, and a “case-by-case” privilege on the other. The first four terms are used to refer to a privilege which was recognized at common law and one for which there is a *prima facie* presumption of inadmissibility (once it has been established that the relationship fits within the class) unless the party urging admission can show why the communications should not be privileged (i.e., why they should be admitted into evidence as an exception to the general rule). Such communications are excluded not because the evidence is not relevant, but rather because, there are overriding policy reasons to exclude this relevant evidence. Solicitor-client communications appear to fall within this first category (see: *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353 and *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821). The term “case-by-case” privilege is used to refer to communications for which there is a *prima facie* assumption that they are not privileged (i.e., are admissible). The case-by-case analysis has generally involved an application of the “Wigmore test” (see above), which is a set of criteria for determining whether communications should be privileged (and therefore not admitted) in particular cases. In other words, the case-by-case analysis requires that the policy reasons for excluding otherwise relevant evidence be weighed in each particular case.

## ANALYSE DE LA QUESTION DU SECRET PROFESSIONNEL

[13] Les demandeurs soutiennent que les communications qu’ils ont échangées avec leurs comptables devraient être protégées par un «privilege générique» en raison de l’existence d’une relation qui s’apparente à celle qui existe entre l’avocat et son client, ou en raison de l’existence d’un «privilege fondé sur les circonstances de chaque cas» si celui qui revendique ce privilege satisfait au critère à quatre volets posé par Wigmore (*Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8, McNaughton Revision, paragraphe 2285). La défenderesse BDO Dunwoody n’adopte aucun point de vue sur la question de l’application d’un privilege.

[14] Le juge en chef Lamer a discuté du privilege du secret professionnel dans l’arrêt *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, à la page 286. Il est utile de reproduire une partie de son analyse pour clarifier la question en litige:

Avant de plonger dans une analyse des questions soulevées dans le présent pourvoi, j’estime qu’il est important de clarifier la terminologie utilisée en l’espèce. Les parties ont eu tendance à établir une distinction entre deux catégories: un privilege *prima facie* «général» de common law ou un privilege «générique», d’une part, et un privilege «fondé sur les circonstances de chaque cas», d’autre part. Les premiers termes sont utilisés pour désigner un privilege qui a été reconnu en common law et pour lequel il existe une présomption à première vue d’inadmissibilité (lorsqu’il a été établi que les rapports s’inscrivent dans la catégorie) à moins que la partie qui demande l’admission ne puisse démontrer pour quelles raisons les communications ne devraient pas être privilégiées (c.-à-d., pour quelles raisons elles devraient être admises en preuve à titre d’exception à la règle générale). De telles communications sont exclues non pas parce que l’élément de preuve n’est pas pertinent, mais plutôt parce qu’il existe des raisons de principe prépondérantes d’exclure cet élément de preuve pertinent. Les communications entre un avocat et son client paraissent s’inscrire dans le cadre de cette première catégorie (voir: *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353 et *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821). L’expression privilege «fondé sur les circonstances de chaque cas» est utilisée pour viser des communications à l’égard desquelles il y a une présomption à première vue qu’elles ne sont pas privilégiées (c.-à-d. qu’elles sont admissibles). L’analyse de chaque cas a généralement comporté une application du «critère de

### Proposed Accountant-Client Class Privilege

[15] There is a high threshold for finding a class privilege. Solicitor-client privilege, the standard to which the applicant seeks to draw an analogy, is enshrined in the common law and is a fundamental and necessary aspect of the dealings between lawyers and their clients.

[16] BDO Dunwoody has a “client confidentiality policy”, which reads, in part:

#### Client Confidentiality

...

All information concerning the affairs of any client of the Firm must be held under strict confidence and will not be released or disclosed to any other party outside the office unless required by law or other specific written request by the client, and in all cases, it can be released only by a Partner.

[17] It is well established that accountants and their clients do not have a class privilege with respect to income tax litigation. The Federal Court of Appeal in *Baron v. Canada*, [1991] 1 F.C. 688, at pages 710-711, varied at [1993] 1 S.C.R. 416 (but not on this point) stated:

As far as the claim for accountant/client privilege is concerned, a claim based on a number of provisions of Quebec law, the Trial Judge said [at pages 292-293]:

Even if I accept that the law of Quebec provides for an accountant-client privilege in the context of litigation, I am not persuaded that such a rule has been adopted with respect to federal income tax litigation. If such a rule were intended to apply one would expect to find it expressly so provided in either the *Canada Evidence Act* [R.S.C., 1985, c. C-5] or the *Income Tax Act*.

Wigmore» (voir précédemment), qui constitue un ensemble des critères pour déterminer si des communications devraient être privilégiées (et, par conséquent, ne pas être admises) dans des cas particuliers. En d’autres termes, l’analyse de chaque cas exige que les raisons de principe d’exclure des éléments de preuve par ailleurs pertinents soient évaluées dans chaque cas particulier.

### Privilège générique proposé dans le cas des comptables

[15] Le critère auquel il faut satisfaire pour pouvoir conclure à l’existence d’un privilège générique est rigoureux. Le privilège du secret professionnel de l’avocat, avec lequel le demandeur cherche à établir une analogie, est consacré en common law et constitue un aspect fondamental et nécessaire des rapports entre tout avocat et son client.

[16] BDO Dunwoody a une «politique de confidentialité» dont voici un extrait:

#### [TRADUCTION]

#### Confidentialité des rapports avec la clientèle

[. . .]

Tous les renseignements se rapportant aux affaires de tout client de la firme doivent être gardés strictement confidentiels et ne peuvent être communiqués ou divulgués à quiconque ne fait pas partie du bureau que si la loi l’exige ou que si le client en fait la demande expresse par écrit, et dans tous les cas ils ne peuvent être communiqués que par un des associés.

[17] Il est de jurisprudence constante que les comptables et leurs clients ne bénéficient pas d’un privilège générique en ce qui concerne les litiges fiscaux. La Cour d’appel fédérale a déclaré ce qui suit à ce sujet dans l’arrêt *Baron c. Canada*, [1991] 1 C.F. 688, aux pages 710 et 711, modifié à [1993] 1 R.C.S. 416 (sur un autre point):

Quant à l’argument du secret professionnel du comptable, fondé sur certaines dispositions du droit québécois, le juge déclare [aux pages 292 et 293]:

Même si je reconnais que le droit du Québec protège les communications entre le comptable et son client dans les litiges, je ne suis pas convaincu qu’une règle similaire ait été adoptée dans le cas des litiges concernant l’impôt sur le revenu fédéral. Si le législateur avait voulu que cette règle s’applique, celle-ci aurait été énoncée expressément dans la *Loi sur la preuve au Canada* [L.R.C. (1985), ch. C-5] ou dans la *Loi de l’impôt sur le revenu*.

and again [at pages 293-294]:

It is not at all strange that solicitor-client communications are privileged in so far as compellable evidence before the courts is concerned, while those between an accountant and client are not. The purpose of the solicitor-client privilege is to ensure free and uninhibited communications between a solicitor and his client so that the rendering of effective legal assistance can be given. This privilege preserves the basic right of individuals to prosecute actions and to prepare defences. As Mr. Justice Lamer indicated, in *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462 at page 883 S.C.R., the privilege is recognized because it is necessary for the proper administration of justice. I do not think there is an overriding policy consideration, of this nature, in the case of accountant-client communication. An accountant may, as a matter of professional ethics, be required to keep communications and other information concerning his or her client confidential. But this is not founded upon a need to ensure an effective system of the administration of justice.

We could see nothing to criticize in her treatment of either matter and accordingly did not require to hear from the respondents. [Emphasis added.]

[18] Further, in 1997 this Court in *Vancouver Trade Mart Inc. (Trustee of) v. Canada (Attorney General)* (1997), 50 C.B.R. (3d) 139 (F.C.T.D.), at pages 151-152, reiterated that communications between an accountant and his client are not privileged unless the communication was directed by a lawyer:

Jackett P. [in *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, (1969) 69 D.T.C. 5278 (Ex. Ct.)], following a discourse on the nature of solicitor/client privilege] then went on to examine the application of the solicitor/client privilege to "accountant's materials". At 5283, he put it as follows:

Applying these principles, as I understand them, to materials prepared by accountants, in a general way, it seems to me

(a) that no communication, statement or other material made or prepared by an accountant as such for a business man falls within the privilege unless it was prepared by the accountant as a result of a request by the business man's lawyer to be used in connection with litigation, existing or apprehended; and

Et encore [aux pages 293 et 294]:

Il est bien normal que le droit au secret professionnel de l'avocat existe en ce qui a trait à la preuve pouvant être exigée devant les tribunaux, tandis que ce droit n'existe pas pour le comptable. L'objet de ce droit est d'assurer des communications libres et dénuées de toute contrainte entre l'avocat et son client, de façon que celui-ci puisse recevoir une aide juridique efficace. Ce privilège préserve le droit fondamental qu'ont les particuliers de poursuivre et de préparer des contestations. Comme l'a dit le juge Lamer dans *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462, à la page 883 R.C.S., le privilège est reconnu parce qu'il est nécessaire pour assurer l'administration appropriée de la justice. Je ne crois pas qu'il existe un principe prépondérant de cette nature dans le cas de la communication, entre le comptable et son client. Le comptable peut être tenu, conformément à une règle de déontologie, de préserver le secret des communications et autres renseignements concernant son client. Mais cette obligation ne résulte nullement de la nécessité d'assurer l'administration efficace de la justice.

Nous n'avons rien à redire sur la façon dont le juge a tranché ces deux questions et nous n'avons donc pas demandé à entendre les intimés. [Non souligné dans l'original.]

[18] De plus, en 1997, dans le jugement *Vancouver Trade Mart Inc. (syndic) c. Canada (Procureur général)* (1997), 50 C.B.R. (3d) 139 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), aux pages 151 et 152, notre Cour a répété que les communications entre le comptable et son client ne sont pas protégées à moins que la communication n'ait été préparée par le comptable à la demande de l'avocat:

Le président Jackett [dans *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, (1969) 69 D.T.C. 5278 (Ex. Ct.)] entreprend ensuite d'examiner l'application du principe du secret professionnel de l'avocat aux «dossiers des comptables». À la page 5283, il s'exprime ainsi:

[TRADUCTION] Appliquant ces principes, tels que je crois les comprendre, aux pièces préparées par les comptables, il me semble, de façon générale:

(a) que nulle communication, état ou autre pièce établie ou préparée par un comptable en tant que tel pour un homme d'affaires ne peut bénéficier de la protection, à moins qu'il n'ait été préparé par le comptable à la suite d'une demande de l'avocat de l'homme d'affaires pour être utilisé dans un procès, actuel ou éventuel; et

(b) that, where an accountant is used as a representative, or one of a group of representatives, for the purpose of placing a factual situation or a problem before a lawyer to obtain legal advice or legal assistance, the fact that he is an accountant, or that he uses his knowledge and skill as an accountant in carrying out such task, does not make the communications that he makes, or participates in making, as such a representative, any the less communications from the principal, who is the client, to the lawyer; and similarly, communications received by such a representative from a lawyer whose advice has been so sought are none the less communications from the lawyer to the client. [Emphasis mine.]

[19] Counsel for the applicants rely upon *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445 to show that there can be identified a new “class privilege” on a principled basis if the privilege is essential to the effective operation of the legal system. Major J. wrote, at paragraphs 28-29:

For a relationship to be protected by a class privilege, thereby warranting a *prima facie* presumption of inadmissibility, the relationship must fall within a traditionally protected class. Solicitor-client privilege, because of its unique position in our legal fabric, is the most notable example of a class privilege. Other examples of class privileges are spousal privilege (now codified in s. 4(3) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5) and informer privilege (which is a subset of public interest immunity).

Other confidential relationships are not protected by a class privilege, but may be protected on a case-by-case basis. Examples of such relationships include doctor-patient, psychologist-patient, journalist-informant and religious communications. The Wigmore test, containing four criteria, has come to govern the circumstances under which privilege is extended to certain communications that are not traditionally-recognized class privileges (Wigmore, *supra*, at p. 527):

(1) The communications must originate in a confidence that they will not be disclosed.

(2) This element of confidentiality must be essential to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties.

(b) que, lorsqu’un comptable est engagé comme représentant, ou comme membre d’un groupe de représentants, pour expliquer un ensemble de faits ou un problème à un avocat en vue d’obtenir une consultation juridique ou un service juridique, le fait qu’il soit comptable ou qu’il utilise ses connaissances et ses compétences de comptable dans l’exécution de cette tâche n’empêche pas que les communications qu’il fait ou qu’il contribue à faire en tant que représentant soient des communications du mandant, c’est-à-dire du client, à l’avocat; et de la même façon, les communications faites à ce représentant par l’avocat dont les conseils ont été ainsi sollicités n’en sont pas moins des communications de l’avocat au client. [Non souligné dans l’original.]

[19] L’avocat des demandeurs invoque l’arrêt *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, pour démontrer qu’on peut logiquement discerner l’existence d’un nouveau «privilege générique» si ce privilege est essentiel à la bonne administration de la justice. Le juge Major écrit ce qui suit, aux paragraphes 28 et 29:

Pour que des rapports fassent l’objet d’un privilege générique et justifient ainsi l’application d’une présomption *prima facie* d’inadmissibilité, ils doivent relever d’une catégorie traditionnellement protégée. Le secret professionnel de l’avocat, en raison de la place exceptionnelle qu’il occupe dans notre système juridique, est l’exemple de privilege générique le plus remarquable. Le privilege relatif aux conjoints (maintenant codifié au par. 4(3) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5) et le privilege relatif aux indicateurs de police (qui est une composante de l’immunité d’intérêt public) sont d’autres exemples de privilege générique.

D’autres rapports confidentiels ne font pas l’objet d’un privilege générique, mais peuvent faire l’objet d’un privilege fondé sur les circonstances de chaque cas. À titre d’exemples, mentionnons les rapports médecin-patient, psychologue-patient et journaliste-informateur, ainsi que les communications religieuses. Le critère de Wigmore, qui comporte quatre conditions, en est venu à régir les circonstances dans lesquelles le privilege s’applique à certaines communications qui ne font pas l’objet de privileges génériques traditionnellement reconnus (Wigmore, *op. cit.*, p. 527):

[TRADUCTION]

(1) Les communications doivent avoir été transmises confidentiellement avec l’assurance qu’elles ne seraient pas divulguées.

(2) Le caractère confidentiel doit être un élément essentiel au maintien complet et satisfaisant des rapports entre les parties.

(3) The relation must be one which in the opinion of the community ought to be sedulously fostered.

(4) The injury that would inure to the relation by the disclosure of the communications must be greater than the benefit thereby gained for the correct disposal of litigation. [Emphasis mine.]

[20] Therefore *McClure* does not extend the protection of a class privilege, however, leaves open the possibility of a case-by-case privilege following the Wigmore test.

[21] The applicants submit that tax advice from an accountant with respect to the *Income Tax Act* is no different than tax advice from a lawyer and, accordingly, ought to be accorded the same class privilege. I cannot agree for the reasons referred to by Mr. Justice Lamer (as he then was) in *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860. Privilege for lawyer-client communications is necessary for the proper administration of justice as it preserves the basic right of individuals to prosecute actions and to prepare defences. None of this applies to a client's communications with an accountant because the accountant does not represent the client with respect to the administration of justice.

[22] Therefore, no class privilege attaches to the material set out in the requirements.

#### Case-by-Case Privilege

[23] I deal next with the alternative claim of "case-by-case privilege" as set out in Wigmore, based on the analogy of advice from a tax accountant as being akin to advice from a tax lawyer, and entitled to similar protection. The Wigmore test was set out by Lamer C.J. in *R. v. Gruenke*, *supra*, at page 284:

(3) Les rapports doivent être de la nature de ceux qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être entretenus assidûment.

(4) Le préjudice permanent que subiraient les rapports à la suite de la divulgation des communications doit être plus considérable que l'avantage à retirer d'une juste décision. [Non souligné dans l'original.]

[20] L'arrêt *McClure* n'a donc pas pour effet d'étendre la portée de la protection du privilège générique, mais la Cour suprême y laisse entrevoir qu'on pourrait éventuellement reconnaître l'existence d'un privilège fondé sur les circonstances de chaque cas en appliquant le critère de Wigmore.

[21] Les demandeurs font valoir que les conseils fiscaux que donne un comptable au sujet de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne diffèrent en rien de ceux que donne un avocat et qu'en conséquence, ces conseils devraient être protégés par le même privilège. Je ne suis pas d'accord avec cette thèse, pour les motifs évoqués par le juge Lamer (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860. Il est nécessaire que les communications entre l'avocat et son client soient protégées par le privilège du secret professionnel pour assurer la bonne administration de la justice, étant donné que la reconnaissance de ce privilège a pour effet de protéger le droit fondamental des particuliers d'ester en justice. Or, aucune de ces considérations ne vaut dans le cas des communications échangées entre un comptable et son client parce que le comptable ne représente pas son client en justice.

[22] Les documents réclamés en l'espèce dans les demandes de production ne font par conséquent l'objet d'aucun privilège.

#### Privilège fondé sur les circonstances de chaque cas

[23] Je passe maintenant au moyen subsidiaire relatif au «privilège fondé sur les circonstances de chaque cas» qui a été défini par Wigmore. Cet argument repose sur l'analogie qui existerait entre les conseils que donne un comptable fiscaliste et ceux qu'offre un avocat fiscaliste et qui donneraient droit à une protection semblable. Le juge en chef Lamer a exposé le critère de Wigmore dans l'arrêt *R. c. Gruenke*, précité, à la page 284:

Given that the Wigmore criteria play a central role in this case, I will set out the “test” below for ease of reference (Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8, McNaughton Revision, para. 2285):

(1) The communications must originate in a confidence that they will not be disclosed.

(2) This element of *confidentiality must be essential* to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties.

(3) The *relation* must be one which in the opinion of the community ought to be sedulously *fostered*.

(4) The *injury* that would inure to the relation by the disclosure of the communications must be *greater than the benefit* thereby gained for the correct disposal of litigation.

[24] In my view, the applicants fail the Wigmore test. The relationship between a client and his tax accountant is not one which in the opinion of the community ought to be sedulously fostered. The *Income Tax Act* is complicated and individuals rely upon their accountants to prepare their returns and to deal with the tax department about their returns. The records which a client provides his accountants are his income tax records, and must be produced upon demand so that the tax department can verify or question an individual’s tax return. Clients understand that information must be produced to the tax department upon demand.

[25] Moreover, the “community” of North America is currently experiencing a crisis of confidence in the accounting of financial information with respect to many public companies, and public outrage over accounting misdeeds (such as with Enron Corporation and WorldCom Inc.). Such events, and the resulting outcry, are illustrative of the view of the “community” that a client-accountant privilege is not to be “sedulously fostered” as per Wigmore.

Étant donné que le critère de Wigmore joue un rôle crucial en l’espèce, je vais, par souci de commodité, en énoncer les éléments (Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8, McNaughton Revision, para. 2285):

[TRADUCTION] (1) Les communications doivent avoir été transmises *confidentiellement* avec l’assurance qu’elles ne seraient pas divulguées.

(2) Le *caractère confidentiel* doit être un élément essentiel au maintien complet et satisfaisant des rapports entre les parties.

(3) Les *rapports* doivent être de la nature de ceux qui, selon l’opinion de la collectivité, doivent être entretenus assidûment.

(4) Le *préjudice* permanent que subiraient les rapports par la divulgation des communications doit être *plus considérable que l’avantage* à retirer d’une juste décision.

[24] À mon avis, les demandeurs n’ont pas satisfait au critère de Wigmore. Les rapports entre un client et son comptable fiscaliste ne sont pas de la nature de ceux qui, selon l’opinion de la collectivité, doivent être entretenus assidûment. La *Loi de l’impôt sur le revenu* est complexe et les particuliers s’en remettent à leur comptable pour préparer leur déclaration de revenus et pour traiter avec le fisc au sujet de leur déclaration. Les dossiers qu’un client communique à son comptable sont des dossiers fiscaux et ils doivent être produits sur demande pour que le fisc puisse vérifier ou contester sa déclaration de revenus. Les clients comprennent que des renseignements doivent être communiqués sur demande aux autorités fiscales.

[25] Qui plus est, en Amérique du Nord, la «collectivité» passe présentement par une crise de confiance en ce qui concerne la comptabilisation des renseignements financiers de nombreuses compagnies publiques et le public s’indigne au sujet des irrégularités comptables (notamment celles imputées à Enron Corporation et à WorldCom Inc.). Ces événements et le tollé de protestations qu’ils ont soulevé illustrent bien l’opinion de la «collectivité» suivant laquelle le privilège du secret professionnel du comptable ne devrait pas être «entretenu assidûment» au sens du critère de Wigmore.

## ANALYSIS WITH RESPECT TO THE LEGAL SCOPE OF THE REQUIREMENTS

[26] The applicants and the respondent BDO Dunwoody challenge the legal scope of the requirements as being too broadly drawn and authorizing “an exploratory sortie” or “fishing expedition” into the applicants’ affairs beyond the subject of the Minister’s “genuine and serious inquiry” with respect to the loans from the CIBC and the deduction of the interest costs of these loans in the applicants’ last two tax years prior to leaving Canada. Moreover, the requirements demand that BDO Dunwoody not only provide documents and information with respect to the applicants, but “subjective” explanations as to the purpose and intention of the applicants with respect to the loan transactions and their decision to emigrate from Canada. In the applicants’ submission, this is beyond the scope of the requirements.

[27] The case law is clear that the requirements under subsection 231.2(1) of the *Income Tax Act* cannot be construed, as the Supreme Court of Canada held in *James Richardson & Sons, Ltd. v. Minister of National Revenue et al.*, [1984] 1 S.C.R. 614 [at page 622], to “authorize an exploratory sortie into any taxpayer’s affairs and require anyone having anything to contribute to the exploration to participate”. The Court stated that it would be necessary for the Minister to suspect a taxpayer’s non-compliance with the Act and to require information which had a bearing on the taxpayer’s tax liability.

### Evidence from the Minister’s Representative

[28] The Minister’s representative, Mr. S. M. Marischuk, deposed at paragraph 13 of his affidavit that the applicants are the subject of audits to determine their correct tax liability. He testified that the requirements relate to this general audit, as well as the only “serious and genuine inquiry” identified to date: whether the applicants are entitled to the interest expense deduction on the loan transactions, which the Minister

## ANALYSE DE LA PORTÉE JURIDIQUE DES DEMANDES DE PRODUCTION

[26] Les demandeurs et la défenderesse BDO Dunwoody contestent la portée juridique des demandes de production au motif qu’elles sont rédigées de façon trop large et qu’elles permettent d’explorer «à l’aveuglette» les affaires des demandeurs, débordant ainsi le cadre strict de «l’enquête véritable et sérieuse» du ministre sur les prêts consentis par la CIBC et la déduction des frais d’intérêts sur ces prêts au cours des deux années d’imposition que les demandeurs ont passé au Canada avant de partir pour l’étranger. Qui plus est, dans ses demandes de production, le ministre exige non seulement que BDO Dunwoody lui communique des documents et des renseignements au sujet des demandeurs, mais aussi des explications «subjectives» au sujet du but et de l’intention poursuivis par les demandeurs en ce qui concerne les opérations de prêt et leur décision d’immigrer à l’étranger. Suivant les demandeurs, ces aspects débordent le cadre des demandes de production.

[27] Il est de jurisprudence constante que les demandes de production dont il est question au paragraphe 231.2(1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* ne peuvent, ainsi que la Cour suprême du Canada l’a statué dans l’arrêt *James Richardson & Sons, Ltd. c. Ministre du Revenu national et autres*, [1984] 1 R.C.S. 614 [à la page 622], être interprétées de manière à «permettre d’explorer les affaires d’un contribuable et [à enjoindre] à quiconque est en mesure de contribuer à cette exploration d’y participer». La Cour a affirmé qu’il serait nécessaire que le ministre soupçonne le contribuable de ne pas s’être conformé à la Loi et d’exiger des renseignements qui ont une incidence sur la dette fiscale du contribuable.

### Témoignage du représentant du ministre

[28] Le représentant du ministre, M. S. M. Marischuk, a déposé, au paragraphe 13 de son affidavit, que les demandeurs font l’objet d’une vérification visant à déterminer leur obligation fiscale exacte. Il a témoigné que les demandes de production se rapportent à cette vérification générale, de même qu’à la seule «enquête véritable et sérieuse» qui a été entreprise jusqu’à maintenant et qui porte sur la question de savoir si les



characterizes as a “departure trade”.

#### Test of Relevancy and Reasonableness under Subsection 231.2(1)

[29] In *AGT Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1997] 2 F.C. 878, the Federal Court of Appeal held that the requirement to provide information under subsection 231.2(1) is drafted in broad language but has been “reduced through the rules of interpretation” to situations where the information sought by the Minister is relevant to the tax liability of a specific person and the tax liability of such person is the subject of a “genuine and serious inquiry”. The Court found that it is often impossible to determine whether an impropriety has occurred in the preparation of a tax return without studying the process by which a suspected business or person has made and implemented a decision. The Court held at paragraphs 23-24:

Investigatory mechanisms which force corporations and other businesses to divulge what they and only they can know about their internal affairs are part of the state’s interest in the enforcement of the Act.

While an individual or a corporation’s interest in having business strategies kept in confidence is recognized, the balancing [*sic*] no doubt favours the state.

[30] The Court of Appeal further stated that the Minister has no way of knowing whether certain records are relevant until he has had an opportunity to examine them.

[31] In the case at bar, the general tax liability of the applicants is the subject of an audit. This is a genuine and serious inquiry as required in *AGT, supra*.

[32] Under the Act, the Minister is entitled to require the production of “information” for the purpose of studying “the process by which a suspected corporation or business has made and implemented its decision”. The applicants seek to restrict the requirements to only

demandeurs ont droit à la déduction des frais d’intérêts sur les opérations de prêt que le ministre qualifie de «pacte de départ».

#### Critère de la pertinence et du caractère raisonnable du paragraphe 231.2(1)

[29] Dans l’arrêt *AGT Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1997] 2 C.F. 878, la Cour d’appel fédérale a statué que la demande de production de renseignements prévue au paragraphe 231.2(1) est libellée en des termes larges mais que sa portée a été «restreinte, par application des règles d’interprétation,» aux situations dans lesquelles les renseignements réclamés par le ministre sont utiles pour établir la dette fiscale d’une ou de plusieurs personnes déterminées, et lorsque la dette fiscale de cette ou de ces personnes fait l’objet d’une «enquête véritable et sérieuse». La Cour a fait remarquer qu’il est souvent impossible de dire si une déclaration a été préparée de façon irrégulière sans étudier les moyens que la société ou l’entreprise soupçonnée a utilisés pour prendre sa décision ou pour la mettre en application. La Cour a statué ce qui suit, aux paragraphes 23 et 24:

Le recours à des mécanismes d’enquête qui forcent les sociétés et d’autres entreprises à divulguer ce qu’elles et elles seules peuvent connaître au sujet de leurs affaires internes fait partie des droits qu’a l’État de veiller au respect de la Loi.

Bien que l’on reconnaisse le droit d’une personne physique ou d’une personne morale de garder confidentielles ses stratégies commerciales, la mise en balance des intérêts en jeu favorise incontestablement l’État.

[30] La Cour d’appel a également signalé que le ministre est absolument incapable de savoir si certains documents sont utiles avant d’avoir eu la possibilité de les examiner.

[31] En l’espèce, l’assujettissement général des demandeurs à l’impôt fait l’objet d’une vérification. Et il y a une enquête véritable et sérieuse au sens de l’arrêt *AGT, précité*.

[32] Aux termes de la Loi, le ministre a le droit d’exiger la production de «renseignements» pour étudier «les moyens que la société ou l’entreprise soupçonnée a utilisés pour prendre sa décision ou pour la mettre en application». Les demandeurs cherchent à restreindre les

information relevant to the loans from the CIBC to the applicants at the end of the 1997 tax year. I cannot unduly restrict the Minister's right to require the production of information to only these loans. These loans triggered a concern with verifying the general tax liability of the applicants. The tax liability of the applicants is the subject of a genuine and serious audit and the requirements thereby meet the test of relevancy and reasonableness.

[33] When the applicants decided to emigrate from Canada and undertake sophisticated multi-million dollar loans to obtain income tax deductions to off-set capital gains on leaving Canada, it is reasonable to expect that the Minister may audit the applicants not only with respect to the loan transactions, but also with respect to their total income tax liability.

#### Subjective Information

[34] The applicants and BDO Dunwoody object to the parts of the requirements that BDO Dunwoody create and produce documents and information which does not exist. The requirements ask that individuals at BDO prepare new documents with their subjective understanding of the intention of the applicants and BDO.

[35] The broad powers of subsection 231.2(1) require the production of documents and information in existence. It is not framed so broadly that accountants can be required to respond to written interrogatories. This subsection does not authorize the Minister to demand responses to written interrogatories. If subsection 231.2(1) of the Act were intended to be so broad as to provide the Minister with the option to conduct a written examination for discovery, Parliament would have so provided. Accordingly, the parts of the requirements which require the creation of responses to questions are outside the legal scope of subsection 231.2(1) of the Act, and will be set aside.

demandes de production aux seuls renseignements pertinents aux prêts consentis par la CIBC aux demandeurs à la fin de l'exercice 1997. Je ne peux restreindre indûment le droit du ministre d'exiger la production de renseignements à ces seuls prêts. Ces prêts ont éveillé les soupçons du ministre et l'on amené à vérifier la dette fiscale générale des demandeurs. La dette fiscale des demandeurs fait l'objet d'une vérification véritable et sérieuse et les demandes de production satisfont donc au critère de la pertinence et du caractère raisonnable.

[33] Compte tenu du fait que les demandeurs ont décidé d'émigrer à l'étranger et de contracter des prêts complexes de plusieurs millions de dollars pour obtenir des déductions de l'impôt sur le revenu afin de diminuer le montant des gains en capital à leur départ du Canada, il était raisonnable de s'attendre à ce que le ministre les soumettent à une vérification non seulement en ce qui concerne les opérations de prêt, mais aussi en ce qui concerne leur dette fiscale totale.

#### Renseignements subjectifs

[34] Les demandeurs et BDO Dunwoody s'opposent aux passages des demandes de production dans lesquelles le ministre exige que BDO Dunwoody crée et produise des documents et des renseignements qui n'existent pas. Dans les demandes de production, le ministre demande aux particuliers qui travaillent chez BDO de préparer de nouveaux documents avec leur compréhension subjective de l'intention des demandeurs et de BDO.

[35] Les vastes pouvoirs que le paragraphe 231.2(1) confère au ministre lui permettent d'exiger la production de documents et de renseignements qui existent déjà. Il n'est pas libellé de façon assez large pour permettre au ministre d'exiger des comptables qu'ils répondent à un interrogatoire préalable écrit. Ce paragraphe n'autorise par le ministre à exiger une réponse à un interrogatoire préalable écrit. S'il avait voulu donner une portée aussi large au paragraphe 231.2(1) de la Loi de manière à offrir au ministre le choix de mener un interrogatoire préalable écrit, le législateur fédéral l'aurait dit. En conséquence, les passages des demandes de production dans lesquelles le ministre exige que BDO Dunwoody réponde à des renseignements qui n'existent pas

[36] In *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, the Supreme Court considered the nature of the requirement to provide information. That Court's findings were summarized by the Federal Court of Appeal in *Bisailon et al. v. The Queen et al.* (1999), 99 DTC 5695 (F.C.A.), at paragraph 3, as follows:

- (a) the Act is essentially a regulatory measure;
- (b) s. 231(3) (the predecessor of s. 231.2(1)) is not criminal or quasi-criminal law;
- . . .
- (f) in a taxation system based on the principle of self-reporting and self-assessment, the Minister of National Revenue has to have broad powers to audit taxpayers' returns and inspect records which may have been used to prepare those returns;
- (g) the Minister of National Revenue must be able to exercise these powers whether or not he has reasonable grounds to believe that a particular taxpayer has breached the Act;
- (h) s. 231(3) provides the least intrusive means by which effective monitoring of compliance with the Act can be carried out; and
- (i) the taxpayer's privacy interest with regard to documents which may be relevant in income tax returns is relatively low in relation to the Minister. [Emphasis added.]

[37] Implicit in the Supreme Court's decision is the concept that a requirement to provide information under the Act only applies to documents and other records already in existence.

[38] Any ambiguity as to the information subject to a requirement under subsection 231.2(1) shall be resolved in favour of the taxpayer. See *Seaspan International Ltd. v. Canada*, 2002 FCT 675; [2002] F.C.J. No. 911 (T.D.) (QL), as *per* Blais J., at paragraphs 40-41:

The Supreme Court of Canada has already repeated many times that any ambiguities found in the taxing statutes shall be resolved in favour of the taxpayer as *per* Mr. Justice Estey in

débordent le cadre juridique du paragraphe 231.2(1) de la Loi et ils seront annulés.

[36] Dans l'arrêt *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, la Cour suprême du Canada a examiné la nature des demandes de production de renseignements. La Cour d'appel fédérale a résumé les conclusions de la Cour suprême dans l'arrêt *Bisailon et al. c. La Reine et al.* (1999), 99 DTC 5695 (C.A.F.), au paragraphe 3:

- a) la Loi est essentiellement une mesure de réglementation;
- b) le paragraphe 231(3) (qui est l'ancêtre du paragraphe 231.2(1)) ne constitue pas du droit criminel ou quasi criminel;
- [. . .]
- f) le Ministre du Revenu doit, dans un système d'impôt fondé sur le principe de l'auto-déclaration et de l'auto-cotisation, pouvoir disposer de larges pouvoirs de vérification des déclarations des contribuables et d'examen des documents qui ont pu servir à préparer ces déclarations;
- g) le Ministre du Revenu doit être capable d'exercer ces pouvoirs, qu'il ait ou non des motifs raisonnables de croire qu'un certain contribuable a violé la Loi;
- h) le paragraphe 231(3) prescrit la méthode la moins envahissante pour contrôler efficacement le respect de la Loi; et
- i) le droit du contribuable à la protection de sa vie privée en rapport avec les documents qui peuvent être utiles aux déclarations d'impôt sur le revenu est relativement faible vis-à-vis le ministre. [Soulignements ajoutés]

[37] Il ressort implicitement de l'arrêt de la Cour suprême que les demandes de production de renseignements prévues par la Loi ne s'appliquent qu'aux documents qui existent déjà.

[38] Toute ambiguïté quant aux renseignements qui font partie ou non d'une demande de production adressée en vertu du paragraphe 231.2(1) doit être résolue en faveur du contribuable (voir le jugement *Seaspan International Ltd. c. Canada*, 2002 CFPI 675; [2002] A.C.F. n° 911 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), le juge Blais) aux paragraphes 40 et 41:

La Cour suprême du Canada a déjà dit à maintes reprises que toute ambiguïté constatée dans les lois fiscales doit jouer en faveur du contribuable, comme l'avait statué Monsieur le

*Johns-Manville Canada Inc. v. The Queen*, 85 D.T.C. 5373 (SCC) at 5384 where he stated:

Such a determination is, furthermore, consistent with another basic concept in tax law that where the taxing statute is not explicit, reasonable uncertainty or factual, ambiguity resulting from lack of explicitness in the statute should be resolved in favour of the taxpayer.

In addition, Justice Sopinka of the Supreme Court of Canada held in *Fries v. The Queen*, 90 D.T.C. 6662 (SCC) said that:

We are not satisfied that the payments by way of strike pay in this case come within the definition of 'income. . . from a source' within the meaning of s. 3 of the *Income Tax Act*. In these circumstances the benefit of the doubt must go to the taxpayers.

[39] Therefore, the scope of the Minister's power in a requirement to provide information under subsection 231.2(1) extends to documents and records already in existence. The power does not provide the Minister with the right to conduct a written examination for discovery.

#### Right to Redaction to Expunge Names of Any Person Unrelated to the Applicants

[40] If any of the documents or information to be produced under the requirements refer to a client of BDO Dunwoody unrelated to the applicants, BDO Dunwoody has the right to redact the documents to expunge that person's name before the document or information is submitted.

#### DISPOSITION

[41] For these reasons, this application is allowed in part. The parts of the requirements which demand responses to written interrogatories, and which require the creation of new documents by BDO Dunwoody, are outside the legal scope of subsection 231.2(1) of the *Income Tax Act* and are set aside. The remainder of the requirements are within the legal scope of the subsection and must be complied with. In view of the divided success, there is no order as to costs.

juge Estey dans l'arrêt *Johns-Manville Canada Inc. c. La Reine*, 85 D.T.C. 5373 (C.S.C.), page 5384:

Une telle décision est de plus conforme à un autre concept fondamental de droit fiscal portant que, si la loi fiscale n'est pas explicite, l'incertitude raisonnable ou l'ambiguïté des faits découlant du manque de clarté de la loi doit jouer en faveur du contribuable.

De plus, Monsieur le juge Sopinka, de la Cour suprême de Canada, a statué ce qui suit dans l'arrêt *Fries c. La Reine*, 90 D.T.C. 6662 (C.S.C.):

Nous ne sommes pas convaincus que les paiements sous forme d'allocation de grève constituent en l'espèce un «revenu [...] dont la source» au sens de l'art. 3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Dans ces circonstances, ce doute doit profiter aux contribuables.

[39] En conséquence, la portée des pouvoirs conférés au ministre dans le cas d'une demande de production de renseignements adressée en vertu du paragraphe 231.2(1) est limitée aux documents et dossiers qui existent déjà. Les pouvoirs qui lui sont conférés ne donnent pas au ministre le droit de mener un interrogatoire préalable écrit.

#### Droit de corriger un document en vue de supprimer le nom de toute personne n'ayant pas de liens avec les demandeurs

[40] Si l'un quelconque des documents ou des renseignements à produire en réponse aux demandes de production mentionne un client de BDO Dunwoody qui n'a aucun lien avec les demandeurs, BDO Dunwoody a le droit de corriger les documents en question pour biffer le nom de cette personne avant de produire le document ou les renseignements en question.

#### DISPOSITIF

[41] Par ces motifs, la présente demande est accueillie en partie. Les passages des demandes de production dans lesquels le ministre exige des réponses aux questions posées dans le cadre de l'interrogatoire préalable écrit et la création de nouveaux documents par le cabinet BDO Dunwoody débordent le cadre légal du paragraphe 232.1(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et sont annulés. Les autres passages des demandes de production font partie du cadre légal du paragraphe en question et les demandeurs doivent s'y conformer. Comme chacune des parties obtient en partie gain de cause, il n'y a pas d'adjudication de dépens.

A-367-01  
2002 FCA 309

A-367-01  
2002 CAF 309

**Percy Schmeiser and Schmeiser Enterprises Ltd.**  
(Appellants) (Defendants)

**Percy Schmeiser et Schmeiser Enterprises Ltd.**  
(appelants) (défendeurs)

v.

c.

**Monsanto Canada Inc. and Monsanto Company**  
(Respondents) (Plaintiffs)

**Monsanto Canada Inc. et Monsanto Company**  
(intimées) (demanderesses)

**INDEXED AS: MONSANTO CANADA INC. v. SCHMEISER (C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: MONSANTO CANADA INC. c. SCHMEISER (C.A.)**

Court of Appeal, Isaac, Noël and Sharlow JJ.A.—  
Saskatoon, May 15, 16; Ottawa, September 4, 2002.

Cour d'appel, juges Isaac, Noël et Sharlow, J.C.A.—  
Saskatoon, les 15 et 16 mai; Ottawa, le 4 septembre  
2002.

*Patents — Infringement — Respondents owner, licensee of patent “Glyphosate-Resistant Plants” — Trial Judge finding patent infringed — Grounds of appeal relating to infringement, remedies — Infringement function of scope of statutory monopoly — Principles applicable to construction of patent claims reviewed — Trial Judge correctly applying those principles — Neither misapprehending evidence nor considering inadmissible evidence.*

*Brevets — Contrefaçon — Les intimées étaient respectivement propriétaire et titulaire d'un brevet appelé «Plantes résistant au glyphosate» — Le juge de première instance a conclu que le brevet avait été contrefait — Les moyens d'appel se rapportaient à la contrefaçon et aux réparations — La contrefaçon est fonction de l'étendue du monopole conféré par la loi — Examen des principes applicables à l'interprétation des revendications d'un brevet — Le juge de première instance a correctement appliqué ces principes — Il n'a pas mal interprété la preuve et n'a pas tenu compte d'éléments de preuve non admissibles.*

*Agriculture — Appellants allegedly infringing Monsanto's Canadian patent by planting crop of glyphosate-resistant canola having patented genetic insert — Canola seed containing Monsanto gene produced in Canada since 1996 under licence from Monsanto, marketed to farmers under trade-name “Round Ready Canola” — Monsanto not waiving right to assert patent rights against appellant by allowing glyphosate-resistant canola to be released into environment — Cultivation of crop of canola grown from seeds of glyphosate-resistant canola plants infringing patent.*

*Agriculture — Les appelants auraient contrefait le brevet canadien de Monsanto en plantant, aux fins de la récolte, du canola résistant au glyphosate contenant un insert génétique breveté — Des graines de canola contenant le gène Monsanto étaient produites au Canada depuis 1996 en vertu d'une licence accordée par Monsanto, et commercialisées auprès des agriculteurs sous le nom commercial «Round Ready Canola» — Monsanto n'avait pas renoncé au droit de revendiquer les droits qu'elle possédait sur le brevet à l'encontre de l'appelant en laissant du canola résistant au glyphosate s'échapper dans l'environnement — La culture du canola à l'aide de graines provenant de plantes résistant au glyphosate violait le brevet.*

*Damages — Compensatory — Under Patent Act, s. 55(1), person infringing patent liable for all damages sustained by patent holder by reason of infringement — Injunction preventing use of seeds appellants “knows to or ought to know” contain patented genes not overly broad — Award of damages not excessive — Costs considered in accounting of profits those directly associated with infringing activity — Award of profits as remedy for patent infringement equitable remedy — Trial Judge making no error in reducing award to reflect reasonable allowance for farmer's labour.*

*Dommages-intérêts — Compensatoires — En vertu de l'art. 55(1) de la Loi sur les brevets, la personne qui contrefait un brevet est responsable de tous les dommages-intérêts subis par le titulaire du brevet en raison de la contrefaçon — L'injonction interdisant l'utilisation de graines qui contenaient les gènes brevetés, ce que les appelants «savaient ou auraient dû savoir», n'était pas trop générale — Le montant accordé au titre des dommages-intérêts n'était pas excessif — Les coûts pris en considération dans la comptabilisation des bénéfices sont ceux qui se rattachaient*

This was an appeal and cross-appeal of a Trial Division decision finding that certain claims of Monsanto's Canadian patent had been infringed and granting Monsanto an injunction, an order for delivery up, damages, pre- and post-judgment interest and costs. Monsanto Company and Monsanto Canada Inc. are the owner and licensee respectively of a patent for the invention of a genetic insert which, when introduced into the DNA of canola cells by a transformation vector, produces a variety of canola with a high level of resistance to glyphosate. Most plants sprayed with a glyphosate-based herbicide do not survive. However, a canola plant grown from seed containing the modified gene will survive if sprayed with a glyphosate-based herbicide. The modified gene (the "Monsanto gene"), is the subject of the Monsanto patent. Since 1996, canola seed containing the Monsanto gene has been produced in Canada under licence from Monsanto and marketed to farmers under the trade-name "Roundup Ready Canola". The latter reflects its resistance to a herbicide sold under the trade-name "Roundup", a glyphosate-based herbicide. A farmer who wishes to grow Roundup Ready Canola must enter into a licensing agreement called a Technology Use Agreement (TUA) and must pay a licensing fee for each acre planted with Roundup Ready Canola. Mr. Schmeiser, one of the appellants, has grown canola since the 1950s but has never purchased Roundup Ready Canola and has never signed a TUA relating to Roundup Ready Canola. In 1996 a neighbour grew Roundup Ready Canola on a field diagonally adjacent to Schmeiser's field. In 1997, Mr. Schmeiser noticed that a large number of canola plants from seeds saved from the field survived his normal spraying with Roundup for weed control along road allowances. He tested a section of the field by spraying it with Roundup, and 60% of the plants survived. Seed from that crop was used to plant all of his fields in 1998. Tests revealed the presence of the Monsanto patented gene in the plants that survived the spraying with Roundup. The Trial Judge found that, on the balance of probabilities, the appellants had infringed a number of the claims under the respondents' patent by planting, in 1998, without leave or licence, canola fields with seed saved from the 1997 crop which was known, or ought to have been known by the appellants to be Roundup tolerant and, when tested, was found to contain the gene and cells claimed under said patent. Four issues were raised on appeal: (1) was the patent infringed if Mr. Schmeiser did not use Roundup in the 1998 crop? (2) did it matter how the Monsanto gene came to be in the 1998 Schmeiser crop? (3) did the Trial Judge misapprehend the evidence or consider inadmissible evidence? (4) did the Trial Judge err in the relief

*directement à l'activité de contrefaçon — L'octroi des profits comme réparation à la suite de la contrefaçon d'un brevet constitue une réparation en equity — Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en réduisant le montant adjugé de façon qu'il soit tenu compte d'un montant raisonnable refétant le travail de l'agriculteur.*

Il s'agissait d'un appel et d'un appel incident d'une décision de la Section de première instance qui avait conclu que certaines revendications du brevet canadien de Monsanto avaient été contrefaites et qui accordait à Monsanto une injonction, une ordonnance de remise, des dommages-intérêts, l'intérêt avant et après jugement et les dépens. Monsanto Company et Monsanto Canada Inc. sont respectivement propriétaire et titulaire d'un brevet divulguant l'invention d'un insert génétique qui, lorsqu'il est introduit dans l'ADN des cellules de canola par un vecteur de transformation, produit une variété de canola qui résiste fortement au glyphosate. La plupart des plantes qui sont traitées par pulvérisation avec un herbicide à base de glyphosate ne survivent pas. Toutefois, une plante de canola qui est produite à partir d'une graine contenant le gène modifié survivra s'il est traité avec un herbicide à base de glyphosate. C'est le gène modifié (le «gène Monsanto») qui fait l'objet du brevet de Monsanto. Depuis 1996, des graines de canola contenant le gène Monsanto ont été produites au Canada en vertu d'une licence accordée par Monsanto, et commercialisées auprès des agriculteurs sous le nom commercial «Roundup Ready Canola». Ce nom commercial indique que la graine est résistante à un herbicide vendu sous le nom commercial «Roundup», qui est un herbicide à base de glyphosate. L'agriculteur qui veut cultiver le canola Roundup Ready doit conclure un accord de licence appelé l'Entente sur les utilisations technologiques (EUT) et doit payer des droits de licence pour chaque acre sur lequel il plante le canola Roundup Ready. M. Schmeiser, l'un des appellants, cultive du canola depuis les années 1950, mais il n'a jamais acheté de canola Roundup Ready et il n'a jamais signé une EUT à l'égard du canola Roundup Ready. En 1996, un voisin cultivait du canola Roundup Ready dans un champ situé en diagonale, juste à côté du champ des Schmeiser. En 1997, M. Schmeiser a remarqué qu'un grand nombre de plants de canola provenant de graines de ce champ qui avaient été conservées avaient survécu à la pulvérisation normale de l'herbicide Roundup le long de la route. Il a effectué un test sur une partie du champ en y pulvérisant l'herbicide Roundup; 60 p. 100 des plants ont survécu. Les graines provenant de cette récolte ont été semées dans tous les champs en 1998. Les tests ont permis de déceler la présence du gène breveté de Monsanto dans les plants traités avec l'herbicide Roundup qui avaient survécu. Le juge de première instance a conclu que, suivant la probabilité la plus forte, les appellants avaient contrefait un certain nombre de revendications visées par le brevet des intimées en plantant, en 1998, des champs en canola avec des semences gardées de leur récolte de 1997,

granted?

*Held*, the appeal and the cross-appeal should be dismissed.

(1) It was argued that Mr. Schmeiser could not be held to have infringed Monsanto's patent rights by growing a canola crop that is resistant to glyphosate unless he also took advantage of its glyphosate resistant quality by spraying Roundup to control weeds within the crop. Section 42 of the *Patent Act* gives the holder of a patent the right to exclude others, for the term of the patent, from making, constructing or using the invention, or selling it to others to be used. This is a monopoly that Parliament gives an inventor for disclosing the invention to the public. To determine whether a certain act amounts to infringement, the scope of the statutory monopoly must be determined by construing the claims of the patent. The construction of a patent claim is a question of law. A patent claim must be given a purposive construction rather than a purely literal one derived from applying to it a meticulous verbal analysis. A patent claim construction should be reasonable and fair to both the patent holder and the public, which is another expression of the purposive approach to the construction of patent claims, emphasizing the statutory bargain represented by the grant of a patent. In construing the claims of a patent, recourse to the disclosure portion of the specification is permissible to assist in understanding the terms used in the claims, but unnecessary where the words are plain and unambiguous, and improper to vary the scope or ambit of the claims. The only characteristic added to a plant by the presence of the Monsanto gene is resistance to glyphosate, and the desire for glyphosate-resistance was what motivated the work that led to the invention. However, it does not follow that the use of Roundup is essential to a finding of infringement. The argument made for Mr. Schmeiser on this point was flawed in two respects. First, it incorrectly relied on the disclosure in the patent to import a limitation that is not found in the words of the claims themselves. Second, it proposed a construction of the patent claim that was defined or limited by the alleged infringement. The Trial Judge correctly applied the principles applicable to the construction of patent claims. Having found no ambiguity in the claims that would justify recourse to the disclosure, he concluded that the

sans autorisation ou licence des intimées, même s'ils savaient, ou auraient dû savoir, que ces semences étaient tolérantes au Roundup et que des tests avaient révélé qu'elles contenaient le gène et les cellules revendiqués dans ledit brevet. Quatre questions ont été soulevées en appel: 1) le brevet était-il contrefait si M. Schmeiser n'avait pas utilisé l'herbicide Roundup pour la récolte de 1998? 2) les circonstances dans lesquelles le gène Monsanto s'est retrouvé dans la récolte de 1998 des Schmeiser entraînent-elles en ligne de compte? 3) le juge de première instance a-t-il mal interprété la preuve ou a-t-il tenu compte d'éléments de preuve non admissibles? 4) le juge de première instance a-t-il commis une erreur en accordant la réparation?

*Arrêt*: l'appel et l'appel incident doivent être rejetés.

1) On a prétendu que M. Schmeiser n'a pu avoir violé les droits que possédait Monsanto sur le brevet en cultivant du canola résistant au glyphosate à moins qu'il n'ait également tiré parti de la résistance au glyphosate en pulvérisant l'herbicide Roundup pour lutter contre les mauvaises herbes. L'article 42 de la *Loi sur les brevets* confère au breveté le droit d'empêcher les autres, pour la durée du brevet, de fabriquer, de construire, d'exploiter ou de vendre à d'autres, pour qu'ils l'exploitent, l'objet de l'invention. Il s'agit d'un monopole que le législateur accorde à l'inventeur qui divulgue l'invention au public. Pour décider si un certain acte constitue une contrefaçon, il faut déterminer l'étendue du monopole conféré par la loi en interprétant les revendications du brevet. L'interprétation d'une revendication est une question de droit. Le mémoire descriptif d'un brevet doit recevoir une interprétation téléologique plutôt qu'une interprétation littérale résultant d'une analyse verbale méticuleuse. L'interprétation d'une revendication doit être équitable et raisonnable à la fois pour le breveté et pour le public; il s'agit d'une autre façon de définir l'approche téléologique qui s'applique à l'interprétation des revendications d'un brevet, en soulignant le marché conclu par le législateur qui a délivré un brevet. En interprétant les revendications d'un brevet, on peut se reporter à la partie divulgation du mémoire descriptif pour mieux comprendre les termes employés dans les revendications, mais il n'est pas nécessaire de s'y référer lorsque l'énoncé de la revendication est clair et non équivoque et on ne peut à bon droit y avoir recours pour modifier la portée des revendications. La seule caractéristique qui est ajoutée à un plant par suite de la présence du gène Monsanto est la résistance au glyphosate et c'est la résistance au glyphosate recherchée qui a entraîné les travaux ayant mené à l'invention. Cela ne veut pas pour autant dire qu'il faut absolument que l'herbicide Roundup soit utilisé pour qu'il soit possible de conclure à la contrefaçon. L'argument qui a été invoqué au nom de M. Schmeiser sur ce point était défectueux, et ce, pour deux raisons. En premier lieu, il se fondait à tort sur la divulgation qui était faite dans le brevet

essence of each claim was the presence of the Monsanto gene. His construction was correct.

(2) It was argued that, in the absence of any evidence that Mr. Schmeiser caused the glyphosate-resistant canola plants to grow on or near his property in 1997, the resulting 1998 crop should not be burdened with a patent claim. Alternatively, Monsanto should be held to have waived or surrendered its patent rights when it permitted glyphosate-resistant canola to be released into the environment. These arguments were dealt with under three headings. First, concerning the conflict of rights, there is no authority for the proposition that ownership of a plant must necessarily supersede the rights of the holder of a patent for a gene found in the plant. On the contrary, there are a number of examples in which the rights of ownership of property were compromised to the extent required to protect the patent holder's statutory monopoly. Generally, the existence of such a conflict of rights is not relevant to the determination of infringement, but only when fashioning the remedy if infringement is found. The second set of arguments related to the innocent infringer. According to counsel for Mr. Schmeiser, it would be unfair to grant Monsanto a remedy for infringement where volunteer Roundup Ready Canola grows in a farmer's field but its resistance to glyphosate remains unknown. It has often been said that intention is not material to a finding of infringement. In most cases of patent infringement, to allow a defence of ignorance or lack of intention to infringe would destroy the efficacy of the patent, because the actual content of any particular patent is known to very few people. In this case, Mr. Schmeiser cultivated glyphosate-resistant canola plants. The Trial Judge found as a fact that Mr. Schmeiser knew or should have known that those plants were glyphosate-resistant when he saved their seeds in 1997 and planted them the following year. It was the cultivation, harvest and sale of the 1998 crop in those circumstances that made Mr. Schmeiser vulnerable to Monsanto's infringement claim. Finally, counsel for Mr. Schmeiser invoked the effect of unconfined release. They argued that Monsanto, by permitting farmers to plant Roundup Ready Canola without undertaking steps to limit its spread by means of the movement of pollen and through accidental spillage, waived any exclusive rights it may have had. The Trial Judge correctly rejected that argument. There was no waiver by Monsanto of its patent rights. There was even less justification for concluding that Monsanto had waived the

pour incorporer une restriction qui ne figurait pas dans le libellé des revendications elles-mêmes. En second lieu, il proposait une interprétation de la revendication qui était définie ou limitée par la présumée contrefaçon. Le juge de première instance a correctement appliqué les principes à utiliser pour interpréter les revendications d'un brevet. Il n'a pu trouver, dans les revendications, aucune ambiguïté justifiant le recours à la divulgation et il a conclu que l'essence de chaque revendication était la présence du gène Monsanto. Son interprétation était correcte.

2) Il a été soutenu qu'en l'absence de quelque élément de preuve montrant que M. Schmeiser avait fait en sorte que les plants de canola résistant au glyphosate poussent sur ou à côté de sa propriété en 1997, la récolte qui en a résulté en 1998 ne devrait pas être assujettie à la revendication d'un brevet. Subsidiairement, Monsanto est censée avoir renoncé aux droits qu'elle possédait sur le brevet ou les avoir abandonnés en laissant du canola résistant au glyphosate s'échapper dans l'environnement. Ces arguments ont été examinés sous trois titres. Premièrement, en ce qui concerne le conflit de droits, il n'existe aucune décision appuyant la thèse selon laquelle le droit de propriété existant sur un plant doit nécessairement l'emporter sur les droits que possède le breveté sur un gène contenu dans le plant. Au contraire, il existe un certain nombre d'exemples dans lesquels les droits de propriété existant sur un bien ont été compromis dans la mesure nécessaire pour protéger le monopole conféré par la loi au breveté. En général, l'existence de pareil conflit de droits n'est pas pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a contrefaçon, car on en tient uniquement compte pour décider de la réparation à accorder en cas de contrefaçon. Le deuxième ensemble d'arguments se rapportait au contrefacteur innocent. Selon l'avocat de M. Schmeiser, il serait inéquitable d'accorder à Monsanto une réparation par suite de la contrefaçon lorsqu'il y a des repousses spontanées de canola Roundup Ready dans le champ d'un agriculteur, mais que sa résistance au glyphosate n'est pas connue. On a souvent affirmé que l'intention n'est pas essentielle à une conclusion de contrefaçon. Dans la plupart des cas de contrefaçon de brevet, permettre un moyen de défense fondé sur l'ignorance ou sur l'absence d'intention de se livrer à une contrefaçon détruirait l'efficacité du brevet parce que fort peu de gens connaissent le contenu réel d'un brevet particulier. Dans ce cas-ci, M. Schmeiser a cultivé des plantes de canola résistant au glyphosate. Le juge de première instance a conclu, en se fondant sur de nombreux éléments de preuve, que M. Schmeiser savait ou aurait dû savoir que ces plants résistaient au glyphosate lorsqu'il avait conservé leurs graines en 1997 et qu'il les avait semées l'année suivante. C'était la culture, la moisson et la vente de la récolte de 1998 dans ces circonstances qui rendaient M. Schmeiser vulnérable à l'allégation de contrefaçon faite par Monsanto. Enfin, l'avocat de M. Schmeiser a invoqué l'effet de la dissémination en



right to assert its patent rights against Mr. Schmeiser who was found to be cultivating a crop of canola that he knew or ought to have known was grown from seeds of glyphosate-resistant canola plants.

(3) The Trial Judge erred when he said that there was no evidence that seed was saved in 1996 to be used as seed for his 1997 crop. However, this error was inconsequential because the source of the seed for the 1997 crop was irrelevant. An appellate court cannot interfere with the findings of fact made by a trial judge unless there is a palpable and overriding error that affected the assessment of the facts. There was no such error underlying the Trial Judge's factual findings as to the proportion of glyphosate-resistant canola on the Schmeiser fields. The Trial Judge correctly concluded that Monsanto had not breached the August 12, 1998 court order by taking crop samples from Mr. Schmeiser's fields for testing. Mr. Schmeiser admitted that he had been advised of the sampling before it was done, and the evidence disclosed no reason to believe that he could not have accompanied the Monsanto representatives if he had wished to do so. Moreover, the Trial Judge did not err in admitting the testing evidence from the roadside samples or the samples from the Humboldt Flour Mill obtained without Mr. Schmeiser's consent.

(4) Under subsection 55(1) of the *Patent Act*, a person who infringes a patent is liable for all damages sustained by the patent holder by reason of the infringement. The Court may also, under subsection 57(1), grant other remedies, including an injunction and, in lieu of damages, an accounting of the profits from the infringement. The Trial Judge quantified the profit from the sale of the 1998 crop at \$19,832 and granted Monsanto an injunction. This injunction was not overly broad since it would not preclude Mr. Schmeiser from saving canola seeds unless he knew or ought to know because of the use of Roundup or some means of chemical testing that the seeds were glyphosate resistant. Monsanto was entitled to some assurance that Mr. Schmeiser would not repeat the actions that have been established to be an infringement of the Monsanto patent. The injunction granted by the Trial Judge gave that assurance. The Trial Judge was correct in saying that it is the

milieu ouvert. Il a soutenu qu'en autorisant des agriculteurs à planter du canola Roundup Ready sans prendre de mesures pour limiter sa propagation par suite du déplacement du pollen et du déversement accidentel, Monsanto avait renoncé à tout droit exclusif qu'elle possédait. Le juge de première instance a correctement rejeté cet argument. Monsanto n'a pas renoncé aux droits qu'elle possédait sur le brevet. Il était encore moins justifié de conclure que Monsanto avait renoncé au droit de revendiquer les droits qu'elle possédait sur le brevet à l'encontre de M. Schmeiser qui avait cultivé du canola alors qu'il savait ou aurait dû savoir que ce canola provenait de graines de plantes résistant au glyphosate.

3) Le juge de première instance a commis une erreur en disant que rien dans la preuve n'indiquait que les graines avaient été conservées en 1996 pour être utilisées comme semences pour la récolte de 1997. Toutefois, cette erreur ne tirait pas à conséquence parce que la provenance des graines pour la récolte de 1997 n'entraînait pas en ligne de compte. Une cour d'appel ne peut pas modifier les conclusions de fait tirées par le juge de première instance à moins qu'une erreur manifeste et dominante n'ait influé sur son appréciation des faits. Aucune erreur sous-tendant les conclusions factuelles que le juge de première instance a tirées au sujet de la proportion du canola résistant au glyphosate dans les champs des Schmeiser n'a été commise. Le juge de première instance a correctement conclu que Monsanto n'avait pas violé l'ordonnance judiciaire du 12 août 1998 en prélevant des échantillons dans les champs de M. Schmeiser aux fins des tests. M. Schmeiser a admis avoir reçu un préavis du prélèvement, et la preuve ne permettait pas de croire qu'il n'aurait pas pu accompagner les représentants de Monsanto s'il l'avait voulu. En outre, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en admettant la preuve relative aux tests d'échantillons prélevés le long de la route ou d'échantillons provenant de la minoterie Humboldt obtenus sans le consentement de M. Schmeiser.

4) Selon le paragraphe 55(1) de la *Loi sur les brevets*, quiconque contrefait un brevet est responsable du dommage que cette contrefaçon a fait subir au breveté. En vertu du paragraphe 57(1), la Cour peut également accorder d'autres réparations, notamment une injonction et, au lieu des dommages-intérêts, une comptabilisation des bénéfices découlant de la contrefaçon. Le juge de première instance a fixé à 19 832 \$ le profit tiré de la vente de la récolte de 1998 et il a accordé une injonction à Monsanto. Cette injonction n'était pas trop générale puisqu'elle n'empêcherait pas M. Schmeiser de conserver des graines de canola à moins qu'il ne sache ou qu'il ne doive savoir, à cause de l'utilisation de l'herbicide Roundup ou au moyen d'un test chimique, que les graines résistaient au glyphosate. Monsanto avait le droit d'obtenir une garantie selon laquelle M. Schmeiser ne commettrait pas de nouveau les actes qui, constituaient une

profit from the sale of the infringing crop that Monsanto may claim, not the difference between that profit and the profit from the sale of an alternative crop that was not grown. In an accounting of profits for patent infringement, the patent holder has the onus of proving the amount of the gross revenue made from the acts of infringement. The infringer has the onus of proving the costs incurred to obtain the profits. Generally, the only costs to be taken into account are those directly associated with the infringing activity. The award of profits as a remedy for patent infringement is an equitable remedy. If the application of accounting principles in a mechanical fashion results in a quantum that does not reflect the economic profit from the infringement, it is open to the Trial Judge to adjust the quantum provided he does so on a principled basis. The Trial Judge did not err in principle in reducing the award to reflect a reasonable amount as an allowance for Mr. Schmeiser's labour. He made no error in the quantification of the accounting of profits that warranted the intervention of the Court.

contrefaçon du brevet de Monsanto. L'injonction accordée par le juge de première instance fournissait cette garantie. Celui-ci a eu raison de dire que ce sont les bénéfices provenant de la vente de la récolte contrefaite que Monsanto peut réclamer, et non la différence entre les profits de la vente de cette récolte et ceux de la vente d'une récolte de plantes qui n'ont pas été cultivées. Dans une comptabilisation des bénéfices résultant de la contrefaçon d'un brevet, le breveté a la charge d'établir le montant des recettes brutes provenant des actes de contrefaçon. De son côté, le contrefacteur a la charge d'établir les coûts qu'il a engagés pour faire un profit. En général, les seuls coûts à prendre en compte sont ceux qui se rattachent directement à l'activité de contrefaçon. L'octroi des profits à la suite de la contrefaçon d'un brevet constitue une réparation en *equity*. Si l'application mécanique des principes comptables donne un montant qui ne représente pas le profit tiré de la contrefaçon, il est loisible au juge de première instance d'ajuster le montant, à condition qu'il le fasse de façon motivée. Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur de principe en réduisant le montant adjugé de façon qu'il soit tenu compte d'un montant raisonnable au titre de la valeur du travail de M. Schmeiser. Il n'a pas commis d'erreur justifiant l'intervention de la Cour en fixant le montant des profits.

#### 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. 24.
- Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, s. 38(1) (as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 20).
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 20(2) (as am. by S.C. 1990, c. 37, s. 34), 27(1)(a).
- Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 27 (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 31), 42 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 16), 54(1),(2), 55(1) (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 48), 57(1)(a),(b),(2).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

- Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067; (2000), 194 D.L.R. (4th) 193; 9 C.P.R. (4th) 129; 262 N.R. 88; *Catnic Components Limited and Another v. Hill & Smith Limited*, [1982] R.P.C. 183 (H.L.); *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.)*, [1981] 1 S.C.R. 504; (1981), 122 D.L.R. (3d) 203; 56 C.P.R. (2d) 145; 35 N.R. 390; *Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Corp.*, [1995] 1 F.C. 483; (1994), 58 C.P.R. (3d) 359; 175 N.R. 225 (C.A.).

#### 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. 24.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 20(2) (mod. par L.C. 1990, ch. 37, art. 34), 27(1)a).
- Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 38(1) (mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 20).
- Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 27 (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 31), 42 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 33, art. 16), 54(1),(2), 55(1) (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 48), 57(1)a),b),2).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067; (2000), 194 D.L.R. (4th) 193; 9 C.P.R. (4th) 129; 262 N.R. 88; *Catnic Components Limited and Another v. Hill & Smith Limited*, [1982] R.P.C. 183 (H.L.); *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.)*, [1981] 1 R.C.S. 504; (1981), 122 D.L.R. (3d) 203; 56 C.P.R. (2d) 145; 35 N.R. 390; *Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Corp.*, [1995] 1 C.F. 483; (1994), 58 C.P.R. (3d) 359; 175 N.R. 225 (C.A.).

## DISTINGUISHED:

*Reymes-Cole v. Elite Hosiery Co. Ltd.*, [1965] R.P.C. 102 (C.A.).

## CONSIDERED:

*Pope Appliance Corporation v. Spanish River Pulp and Paper Mills*, [1929] A.C. 269 (P.C.); *Lishman v. Eron Roche Inc.* (1996), 66 C.P.R. (3d) 72; 111 F.T.R. 44 (F.C.T.D.); *affd* (1996), 71 C.P.R. (3d) 146 (F.C.A.); *Diversified Products Corp. v. Tye-Sil Corp.* (1988), 21 C.I.P.R. 70; 25 C.P.R. (3d) 347 (F.C.T.D.); *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.* (2002), 210 D.L.R. (4th) 385; 17 C.P.R. (4th) 161; 23 B.L.R. (3d) 1; 285 N.R. 267 (S.C.C.).

## REFERRED TO:

*Forget v. Specialty Tools of Canada Inc.*, [1996] 1 W.W.R. 12; (1995), 11 B.C.L.R. (3d) 183; 62 B.C.A.C. 211; 62 C.P.R. (3d) 537 (C.A.); *Steers v. Rogers*, [1893] A.C. 232 (H.L.); *Dableh v. Ontario Hydro*, [1996] 3 F.C. 751; (1996), 68 C.P.R. (3d) 129; 199 N.R. 57 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. denied [1997] 1 S.C.R. x; *Stiga Aktiebolag and Noma Outdoor Products Inc. v. S.L.M. Canada Inc.* (1990), 39 F.T.R. 13 (F.C.T.D.); *Computalog Ltd. v. Comtech Logging Ltd.* (1992), 44 C.P.R. (3d) 77; 142 N.R. 216 (F.C.A.); *Stead v. Anderson* (1847), 2 Web. P.C. 151; 72 R.R. 730; *Wright v. Hitchcock* (1870), L.R. 5 Ex. 37; *Young v. Rosenthal* (1884), 1 R.P.C. 29 (Q.B.); *Skelding v. Daly et al.* (1941), 57 B.C.R. 121; [1942] 1 D.L.R. 355; [1942] 1 W.W.R. 489; 1 C.P.R. 266 (C.A.); *Housen v. Nikolaisen* (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 286 N.R. 1 (S.C.C.); *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; (1986), 33 D.L.R. (4th) 174; [1987] 1 W.W.R. 577; 9 B.C.L.R. (2d) 273; 38 C.C.L.T. 184; 87 CLLC 14,002; 25 C.R.R. 321; [1987] D.L.Q. 69; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; (1987), 38 D.L.R. (4th) 508; [1987] 3 W.W.R. 699; 13 B.C.L.R. (2d) 1; 33 C.C.C. (3d) 1; 56 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 122; 74 N.R. 276.

## AUTHORS CITED

Fox, Harold G. *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed. Toronto: Carswell, 1969.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a Trial Division decision ((2001), 12 C.P.R. (4th) 204; 202 F.T.R. 78) finding that certain claims of Monsanto's patent had been infringed and granting Monsanto an injunction, an

## DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*Reymes-Cole v. Elite Hosiery Co. Ltd.*, [1965] R.P.C. 102 (C.A.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Pope Appliance Corporation v. Spanish River Pulp and Paper Mills*, [1929] A.C. 269 (P.C.); *Lishman c. Eron Roche Inc.* (1996), 66 C.P.R. (3d) 72; 111 F.T.R. 44 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *conf. par* (1996), 71 C.P.R. (3d) 146 (C.A.F.); *Diversified Products Corp. c. Tye-Sil Corp.* (1988), 21 C.I.P.R. 70; 25 C.P.R. (3d) 347 (C.F. 1<sup>re</sup> inst); *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.* (2002), 210 D.L.R. (4th) 385; 17 C.P.R. (4th) 161; 23 B.L.R. (3d) 1; 285 N.R. 267 (C.S.C.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Forget v. Specialty Tools of Canada Inc.*, [1996] 1 W.W.R. 12; (1995), 11 B.C.L.R. (3d) 183; 62 B.C.A.C. 211; 62 C.P.R. (3d) 537 (C.A.); *Steers v. Rogers*, [1893] A.C. 232 (H.L.); *Dableh c. Ontario Hydro*, [1996] 3 C.F. 751; (1996), 68 C.P.R. (3d) 129; 199 N.R. 57 (C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [1997] 1 R.C.S. x; *Stiga Aktiebolag and Noma Outdoor Products Inc. c. S.L.M. Canada Inc.* (1990), 39 F.T.R. 13 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Computalog Ltd. c. Comtech Logging Ltd.* (1992), 44 C.P.R. (3d) 77; 142 N.R. 216 (C.A.F.); *Stead v. Anderson* (1847), 2 Web. P.C. 151; 72 R.R. 730; *Wright v. Hitchcock* (1870), L.R. 5 Ex. 37; *Young v. Rosenthal* (1884), 1 R.P.C. 29 (Q.B.); *Skelding v. Daly et al.* (1941), 57 B.C.R. 121; [1942] 1 D.L.R. 355; [1942] 1 W.W.R. 489; 1 C.P.R. 266 (C.A.); *Housen c. Nikolaisen* (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 286 N.R. 1 (C.S.C.); *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; (1986), 33 D.L.R. (4th) 174; [1987] 1 W.W.R. 577; 9 B.C.L.R. (2d) 273; 38 C.C.L.T. 184; 87 CLLC 14,002; 25 C.R.R. 321; [1987] D.L.Q. 69; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; (1987), 38 D.L.R. (4th) 508; [1987] 3 W.W.R. 699; 13 B.C.L.R. (2d) 1; 33 C.C.C. (3d) 1; 56 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 122; 74 N.R. 276.

## DOCTRINE

Fox, Harold G. *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed. Toronto: Carswell, 1969.

APPEL et APPEL INCIDENT d'une décision de la Section de première instance ((2001), 12 C.P.R. (4th) 204; 202 F.T.R. 78) ayant conclu que certaines revendications du brevet de Monsanto avaient été

order for delivery up, an award of damages, pre- and post-judgment interest and costs. Appeal and cross-appeal dismissed.

APPEARANCES:

*Terry J. Zakreski and Robert Stack* for appellants (defendants).  
*Roger T. Hughes, Q.C., Arthur B. Renaud and L. E. Trent Horne* for respondents (plaintiffs).

SOLICITORS OF RECORD:

*Priel, Stevenson, Hood & Thornton*, Saskatoon, for appellants (defendants).  
*Sim, Hughes, Ashton & McKay LLP*, Toronto, for respondents (plaintiffs).

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

[1] SHARLOW J.A.: This is an appeal and cross-appeal of the decision of Mr. Justice MacKay of the Trial Division rendered on March 29, 2001, reported as *Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser* (2001), 12 C.P.R. (4th) 204.

[2] At trial, Monsanto Canada Inc. and Monsanto Company (collectively, Monsanto) alleged that Schmeiser Enterprises Ltd. and Percy Schmeiser had infringed Monsanto's Canadian Patent No. 1313830 in 1998 by planting for harvest a crop of glyphosate-resistant canola having a gene or cell that is the subject of the patent. The Trial Judge found that certain claims of the patent had been infringed and granted Monsanto an injunction, an order for delivery up, an award of damages (only against Schmeiser Enterprises Ltd.) in the amount of \$19,832, pre-judgment interest, post-judgment interest, and costs.

[3] Schmeiser Enterprises Ltd. and Mr. Schmeiser appealed the finding of infringement, the award of damages and the granting of the injunction. Monsanto cross-appealed on a number of grounds, but at the hearing relied only on the argument that the award of

contrefaites et accordant à Monsanto, une injonction, une ordonnance de remise, des dommages-intérêts, l'intérêt avant et après jugement et les dépens. Appel et appel incident rejetés.

ONT COMPARU:

*Terry J. Zakreski et Robert Stack* pour les appelants (défendeurs).  
*Roger T. Hughes, c.r., Arthur B. Renaud et L. E. Trent Horne* pour les intimées (demandereses).

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Priel, Stevenson, Hood & Thornton*, Saskatoon, pour les appelants (défendeurs).  
*Sim, Hughes, Ashton & McKay LLP*, Toronto, pour les intimées (demandereses).

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

[1] LE JUGE SHARLOW, J.C.A.: Il s'agit d'un appel et d'un appel incident de la décision que M. le juge MacKay, de la Section de première instance, a rendue le 29 mars 2001, laquelle est publiée sous l'intitulé *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser* (2001), 12 C.P.R. (4th) 204.

[2] À l'instruction, Monsanto Canada Inc. et Monsanto Company (collectivement appelées Monsanto) ont allégué qu'en 1998, Schmeiser Enterprises Ltd. et Percy Schmeiser avaient contrefait le brevet canadien de Monsanto n° 1313830 en plantant, aux fins de la récolte, du canola résistant au glyphosate contenant un gène ou une cellule visés par le brevet. Le juge de première instance a conclu que certaines revendications du brevet avaient été contrefaites et il a accordé à Monsanto une injonction, une ordonnance de remise, des dommages-intérêts (à l'encontre de Schmeiser Enterprises Ltd. seulement) d'un montant de 19 832 \$, l'intérêt avant jugement, l'intérêt après jugement et les dépens.

[3] Schmeiser Enterprises Ltd. et M. Schmeiser ont interjeté appel contre la conclusion relative à la contrefaçon, l'adjudication des dommages-intérêts et l'octroi de l'injonction. Monsanto a interjeté un appel incident en invoquant un certain nombre de motifs, mais

damages was too low.

#### Statutory framework

[4] The provisions of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, that are most relevant to this appeal are as follows [ss. 42 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 16), 54(1), (2), 55(1) (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 48), 57(1)(a), (b), (2)]:

42. Every patent granted under this Act shall contain the title or name of the invention, with a reference to the specification, and shall, subject to this Act, grant to the patentee and the patentee's legal representatives for the term of the patent, from the granting of the patent, the exclusive right, privilege and liberty of making, constructing and using the invention and selling it to others to be used, subject to adjudication in respect thereof before any court of competent jurisdiction.

...

54. (1) An action for the infringement of a patent may be brought in that court of record that, in the province in which the infringement is said to have occurred, has jurisdiction, pecuniarily, to the amount of the damages claimed and that, with relation to the other courts of the province, holds its sittings nearest to the place of residence or of business of the defendant, and that court shall decide the case and determine the costs, and assumption of jurisdiction by the court is of itself sufficient proof of jurisdiction.

(2) Nothing in this section impairs the jurisdiction of the Federal Court under section 20 of the *Federal Court Act* or otherwise.

55. (1) A person who infringes a patent is liable to the patentee and to all persons claiming under the patentee for all damage sustained by the patentee or by any such person, after the grant of the patent, by reason of the infringement.

...

57. (1) In any action for infringement of a patent, the court, or any judge thereof, may, on the application of the plaintiff or defendant, make such order as the court or judge sees fit,

(a) restraining or enjoining the opposite party from further use, manufacture or sale of the subject-matter of the patent, and for his punishment in the event of disobedience of that order, or

(b) for and respecting inspection or account,

à l'audience, elle s'est uniquement fondée sur l'argument selon lequel le montant adjugé au titre des dommages-intérêts était trop bas.

#### Contexte législatif

[4] Les dispositions de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, qui sont les plus pertinentes dans cet appel sont ainsi libellées [art. 42 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 33, art. 16), 54(1), (2), 55(1) (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 48), 57(1)a), b), (2)]:

42. Tout brevet accordé en vertu de la présente loi contient le titre ou le nom de l'invention avec renvoi au mémoire descriptif et accorde, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, au breveté et à ses représentants légaux, pour la durée du brevet à compter de la date où il a été accordé, le droit, la faculté et le privilège exclusif de fabriquer, construire, exploiter et vendre à d'autres, pour qu'ils l'exploitent, l'objet de l'invention, sauf jugement en l'espèce par un tribunal compétent.

[...]

54. (1) Une action en contrefaçon de brevet peut être portée devant la cour d'archives qui, dans la province où il est allégué que la contrefaçon s'est produite, a juridiction, pécuniairement, jusqu'à concurrence du montant des dommages-intérêts réclamés et qui, par rapport aux autres tribunaux de la province, tient ses audiences dans l'endroit le plus rapproché du lieu de résidence ou d'affaires du défendeur. Ce tribunal juge la cause et statue sur les frais, et l'appropriation de juridiction par le tribunal est en soi une preuve suffisante de juridiction.

(2) Le présent article n'a pas pour effet de restreindre la juridiction attribuée à la *Cour fédérale* par l'article 20 de la *Loi sur la Cour fédérale* ou autrement.

55. (1) Quiconque contrefait un brevet est responsable envers le breveté et toute personne se réclamant de celui-ci du dommage que cette contrefaçon leur a fait subir après l'octroi du brevet.

[...]

57. (1) Dans toute action en contrefaçon de brevet, le tribunal, ou l'un de ses juges, peut, sur requête du plaignant ou du défendeur, rendre l'ordonnance qu'il juge à propos de rendre:

a) pour interdire ou défendre à la partie adverse de continuer à exploiter, fabriquer ou vendre l'article qui fait l'objet du brevet, et pour prescrire la peine à subir dans le cas de désobéissance à cette ordonnance;

b) pour les fins et à l'égard de l'inspection ou du règlement de comptes,

and generally, respecting the proceedings in the action.

(2) An appeal lies from any order made under subsection (1) in the same circumstances and to the same court as from other judgments or orders of the court in which the order is made.

[5] The jurisdiction of the Federal Court in this matter is based on the following provisions of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [ss. 20(2) (as am. by S.C. 1990, c. 37, s. 34), 27(1)]:

20. . . .

(2) The Trial Division has concurrent jurisdiction in all cases . . . in which a remedy is sought under the authority of any Act of Parliament or at law or in equity respecting any patent of invention . . . .

. . .

27. (1) An appeal lies to the Federal Court of Appeal from any

(a) final judgment,

. . .

of the Trial Division.

#### Facts

[6] Canola is a valuable crop for western Canadian farmers because of the development, mainly by Canadian scientists, of high yield varieties. The utility of canola lies in its seeds, which are crushed to extract oil for human consumption. The part of the seed that remains after the extraction of the oil is used for animal feed.

[7] Monsanto Company and Monsanto Canada Inc. are the owner and licensee respectively of Canadian Patent No. 1313830, entitled “Glyphosate-Resistant Plants”. The patent was issued on February 23, 1993 and will expire on February 23, 2010.

[8] The Monsanto patent discloses the invention of a genetic insert which, when introduced into the DNA of canola cells by a transformation vector, produces a variety of canola with a high level of resistance to glyphosate. Glyphosate inhibits an enzyme required to

et d’une façon générale, quant aux procédures de l’action.

(2) Appel peut être interjeté de cette ordonnance dans les mêmes circonstances et au même tribunal qu’appel peut être interjeté des autres jugements ou ordonnances du tribunal qui a rendu l’ordonnance.

[5] En l’espèce, la compétence de la Cour fédérale est fondée sur les dispositions suivantes de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 20(2) (mod. par L.C. 1990, ch. 37, art. 34), 27(1)]:

20. [. . .]

(2) La Section de première instance a compétence concurrente dans tous les autres cas de recours sous le régime d’une loi fédérale [. . .] relativement à un brevet d’invention [. . .]

[. . .]

27. (1) Il peut être interjeté appel, devant la Cour d’appel fédérale, des décisions suivantes de la Section de première instance:

a) jugement définitif

[. . .]

#### Les faits

[6] Le canola est une culture de valeur pour les agriculteurs de l’Ouest du Canada par suite de la mise au point, principalement par des scientifiques canadiens, de variétés à rendement élevé. Ce sont les graines de canola qui sont particulièrement utiles; on les broie afin d’extraire de l’huile destinée à la consommation humaine. Une fois l’huile extraite, le reste de la graine est utilisé pour alimenter les animaux.

[7] Monsanto Company et Monsanto Canada Inc. sont respectivement propriétaire et titulaire d’une licence à l’égard du brevet canadien n° 1313830, appelé [TRADUCTION] «Plantes résistant au glyphosate». Le brevet a été délivré le 23 février 1993; il expirera le 23 février 2010.

[8] Le brevet de Monsanto divulgue l’invention d’un insert génétique qui, lorsqu’il est introduit dans l’ADN des cellules de canola par un vecteur de transformation, produit une variété de canola qui résiste fortement au glyphosate. Le glyphosate inhibe l’enzyme nécessaire

produce a particular amino acid essential for the growth and survival of a broad range of plants. Most plants sprayed with a glyphosate-based herbicide do not survive. However, a canola plant grown from seed containing the modified gene will be comprised of cells with the modified gene, and for that reason will survive if sprayed with a glyphosate-based herbicide. The modified gene, which I will refer to as the “Monsanto gene”, is the subject of the Monsanto patent.

[9] Since 1996, canola seed containing the Monsanto gene has been produced in Canada under licence from Monsanto and marketed to farmers under the trade-name “Roundup Ready Canola”. The trade-name reflects its resistance to a herbicide sold under the trade-name “Roundup”, a glyphosate-based herbicide manufactured by Monsanto.

[10] Farmers who grow Roundup Ready Canola are said to do so because Roundup can be sprayed after the canola plants have emerged, killing all plants except the canola. This is said to avoid the need to delay seeding to accommodate early weed spraying, and to avoid the need for other special types of herbicides. It is also said to preserve moisture in the ground by eliminating the need for extensive tillage.

[11] In 1996, approximately 600 farmers in Canada planted Roundup Ready Canola on some 50,000 acres. In 2000, approximately 20,000 farmers in Canada planted it on approximately 4.5 to 5 million acres, producing nearly 40% of the canola grown in Canada.

[12] A farmer who wishes to grow Roundup Ready Canola must enter into a licensing agreement called a Technology Use Agreement (TUA), and must attend a Grower Enrollment Meeting conducted by Monsanto representatives, who describe the technology and its licensing terms. By signing the TUA, the farmer becomes entitled to purchase Roundup Ready Canola from an authorized seed agent but must promise to use

pour produire un acide aminé particulier essentiel à la croissance et à la survie d’une vaste gamme de plantes. La plupart des plantes qui sont traitées par pulvérisation avec un herbicide à base de glyphosate ne survivent pas. Toutefois, une plante de canola qui est produite à partir d’une graine contenant le gène modifié sera composée de cellules renfermant le gène modifié, et il survivra donc s’il est traité avec un herbicide à base de glyphosate. C’est le gène modifié, que j’appellerai le «gène Monsanto», qui fait l’objet du brevet de Monsanto.

[9] Depuis 1996, des graines de canola contenant le gène Monsanto ont été produites au Canada en vertu d’une licence accordée par Monsanto; ces graines ont été commercialisées auprès des agriculteurs sous le nom commercial «Roundup Ready Canola». Ce nom commercial indique que la graine est résistante à un herbicide vendu sous le nom commercial «Roundup», qui est un herbicide à base de glyphosate fabriqué par Monsanto.

[10] On dit que les agriculteurs cultivent le canola Roundup Ready parce que l’herbicide Roundup peut être pulvérisé après l’émergence des plants de canola, cet herbicide tuant toutes les plantes à l’exception du canola. Il semble que ce processus permet d’éviter de retarder l’ensemencement à cause de la pulvérisation des mauvaises herbes précoces et d’éviter d’avoir à utiliser d’autres types spéciaux d’herbicides. Ce processus permettrait également de conserver l’humidité dans le sol en éliminant le travail extensif du sol.

[11] En 1996, environ 600 agriculteurs canadiens ont planté du canola Roundup Ready sur environ 50 000 acres. En l’an 2000, environ 20 000 agriculteurs canadiens ont planté ce canola sur environ 4,5 à 5 millions d’acres, produisant près de 40 p. 100 du canola cultivé au Canada.

[12] L’agriculteur qui veut cultiver le canola Roundup Ready doit conclure un accord de licence appelé l’Entente sur les utilisations technologiques (EUT) et doit assister à une réunion d’inscription des producteurs organisée par des représentants de Monsanto, qui décrivent la technologie et expliquent les conditions des licences. L’agriculteur qui signe l’EUT peut acheter le canola Roundup Ready chez un représentant autorisé,

the seed for planting only one crop, to sell the crop for consumption to a commercial purchaser authorized by Monsanto, and not to sell or give seed to any third party or save seed for replanting or inventory. The TUA gives Monsanto the right to inspect the fields of the contracting farmer and to take samples to verify compliance with the TUA. The farmer must also pay a licensing fee for each acre planted with Roundup Ready Canola. In 1998 the licensing fee was \$15 per acre.

[13] A Roundup Ready Canola plant cannot be distinguished from other canola plants except by a chemical test that detects the presence of the Monsanto gene, or by spraying the plant with Roundup. A canola plant that survives being sprayed with Roundup is Roundup Ready Canola.

[14] Mr. Schmeiser has been farming near Bruno in the Rural Municipality of Bayne, Saskatchewan for approximately 50 years. He has grown canola since the 1950s. Schmeiser Enterprises Ltd. is a corporation of which Mr. Schmeiser and his wife are the only shareholders and directors. Mr. Schmeiser's farming business was assigned to Schmeiser Enterprises Ltd. in 1996. For convenience, I will sometimes refer to farming activities as being those of Mr. Schmeiser, but it is to be understood that Mr. Schmeiser's farming activities are undertaken on behalf of Schmeiser Enterprises Ltd.

[15] In 1997 and 1998, the Schmeiser farm property consisted of nine fields, designated for the purposes of the trial as fields 1 through 9. A map of the area (Exhibit P-53 at trial) shows all of the Schmeiser fields and surrounding fields for a considerable distance. The map also shows the town of Bruno, located mostly on the east side of a road that runs north and south (I will call that the Bruno road).

[16] The most southerly Schmeiser field is field 9. It does not border any other Schmeiser field and is approximately 1/2 mile south of Bruno. It is adjacent to

mais il doit promettre de se servir de la semence pour une seule récolte et de vendre la récolte aux fins de la consommation à un acheteur commercial autorisé par Monsanto plutôt que de vendre ou de donner les graines à un tiers ou de les conserver pour les réensemencer ou pour ses stocks. L'EUT confère à Monsanto le droit d'inspecter les champs de l'agriculteur contractant et de prélever des échantillons afin de vérifier si l'EUT est respectée. L'agriculteur doit également payer des droits de licence pour chaque acre sur lequel il plante le canola Roundup Ready. En 1998, les droits de licence s'élevaient à 15 \$ l'acre.

[13] Il est impossible de distinguer les plantes de canola Roundup Ready et les autres plantes de canola, si ce n'est au moyen d'un test chimique permettant de détecter la présence du gène Monsanto, ou en pulvérisant l'herbicide Roundup sur les plantes. Une plante de canola qui survit, après l'application de l'herbicide Roundup, est une plante de canola Roundup Ready.

[14] M. Schmeiser s'occupe d'agriculture près de Bruno, dans la municipalité rurale de Bayne (Saskatchewan), depuis environ 50 ans. Il cultive du canola depuis les années 1950. Schmeiser Enterprises Ltd. est une société dont M. Schmeiser et sa conjointe sont les seuls actionnaires et administrateurs. L'exploitation agricole de M. Schmeiser a été cédée à Schmeiser Enterprises Ltd. en 1996. Pour plus de commodité, je désignerai parfois les activités agricoles comme étant celles de M. Schmeiser, mais il est entendu que les activités agricoles de M. Schmeiser sont exercées pour le compte de Schmeiser Enterprises Ltd.

[15] En 1997 et en 1998, la ferme des Schmeiser était composée de neuf champs, désignés aux fins de l'instruction sous les numéros 1 à 9. Sur une carte de la région (pièce P-53 déposée à l'instruction) figurent tous les champs des Schmeiser ainsi que, sur une distance considérable, les autres champs. La ville de Bruno, située surtout du côté est d'une route allant en direction nord-sud (que j'appellerai la route de Bruno) est également indiquée sur la carte.

[16] Le champ situé le plus au sud est le champ n° 9. Il ne borde aucun autre champ des Schmeiser et il est situé à environ un demi-mille au sud de Bruno. Il est



the Bruno road on the east side. Field 6 is approximately 1/2 mile north of Bruno and is adjacent to the Bruno road on the west side. Field 6 is the home quarter, and is the location of the granaries. Fields 1, 2, 3 and 4 are next to each other, north of Bruno and adjacent to the Bruno road on the east side. Of those four, field 1 is the furthest north and field 4 the furthest south. The southern boundary of field 4 is approximately 4 and 1/2 miles north of field 6. Field 5 is next to field 4, the east boundary of which is the west boundary of field 5. Fields 7 and 8 are northwest of Bruno and are next to each other approximately 2 miles west of the Bruno road. The south boundary of field 7 is the north boundary of field 8.

[17] Mr. Schmeiser explained his farming practices in some detail at trial. He testified that the crops normally grown on the Schmeiser fields are canola, wheat and peas. Mr. Schmeiser said that he routinely saves part of his canola harvest for future planting, and that the last time prior to the trial he purchased canola seed was 1993.

[18] The uncontradicted evidence of Mr. Schmeiser was that he has never purchased Roundup Ready Canola and has never signed a TUA relating to Roundup Ready Canola. Monsanto had initially alleged that Mr. Schmeiser had somehow acquired Roundup Ready Canola in 1997 but that allegation was withdrawn along with all claims of infringement with respect to Mr. Schmeiser's 1997 canola crop.

[19] Mr. Schmeiser testified that he avoids tilling potentially diseased plants back into the ground in fall, thus reducing the risk of disease infecting the next crop. He sometimes grows canola in the same field for a period of up to four years (referred to as back-to-back planting) because he believes this makes more efficient use of fertilizer applied to that field. Mr. Schmeiser believes that his farming practices have led to the development of his own strain of canola that is relatively resistant to various diseases. He said that he produces

contigu à la route de Bruno, du côté est. Le champ n° 6 est situé à environ un demi-mille au nord de Bruno et il est contigu à la route de Bruno, du côté ouest. La maison et les greniers sont situés dans le champ n° 6. Les champs n°s 1, 2, 3 et 4 sont voisins les uns des autres, au nord de Bruno, et ils sont contigus à la route de Bruno, du côté est. Parmi ces quatre champs, le champ n° 1 est celui qui est situé le plus au nord et le champ n° 4 est celui qui est situé le plus au sud. La limite sud du champ n° 4 est située à environ 4 miles et demi au nord du champ n° 6. Le champ n° 5 est situé à côté du champ n° 4, dont la limite est constitue la limite ouest du champ n° 5. Les champs n°s 7 et 8 sont situés au nord-ouest de Bruno et sont voisins l'un de l'autre, à environ deux milles à l'ouest de la route de Bruno. La limite sud du champ n° 7 constitue la limite nord du champ n° 8.

[17] À l'instruction, M. Schmeiser a donné des explications plutôt détaillées au sujet de ses pratiques agricoles. Il a témoigné que, normalement, il cultive du canola, du blé et des pois. Il a déclaré qu'habituellement, il conserve une partie de la récolte de canola pour l'ensemencement et que c'est en 1993 qu'il a acheté des graines de canola pour la dernière fois avant l'instruction.

[18] Selon la preuve non contredite qu'il a présentée, M. Schmeiser n'a jamais acheté de canola Roundup Ready et il n'a jamais signé une EUT à l'égard du canola Roundup Ready. Monsanto avait initialement allégué que M. Schmeiser avait d'une façon ou d'une autre acquis du canola Roundup Ready en 1997, mais cette allégation a été retirée ainsi que toutes les allégations de contrefaçon relatives à la récolte de canola de 1997 de M. Schmeiser.

[19] M. Schmeiser a témoigné qu'il évite d'enfouir dans le sol, à l'automne, les plantes qui sont potentiellement malades, de façon à réduire le risque de maladie dans la récolte suivante. Il cultive parfois du canola dans le même champ pour une période pouvant aller jusqu'à quatre ans (appelée la culture unique) parce qu'il croit que cela constitue une utilisation plus efficace de l'engrais qu'il étale dans ce champ. M. Schmeiser croit que ses pratiques agricoles ont entraîné la mise au point de sa propre lignée de canola qui est relativement

better than average canola yields for the Bruno area.

[20] Mr. Schmeiser also testified that he uses various herbicides and routinely uses Roundup to clear weeds from summerfallow fields or along road allowances adjacent to his property. He prefers to spray his fields for weeds early in the spring, before planting. Roundup is not intended to be used that way. Rather, it is intended to be sprayed after the crop has emerged, a practice referred to as “in-crop spraying”. Mr. Schmeiser does not favour in-crop spraying. His view is that in-crop spraying does nothing to stop the weeds from consuming fertilizer in the ground, and entails some risk of damage to the crop from the spraying machinery. He also testified as to his belief that Roundup sprayed on a growing crop leaves a residue that kills bacteria in the soil, reducing the yield from back-to-back planting and increasing the possibility of root diseases in canola.

[21] In 1996, there were five growers in the Rural Municipality of Bayne who grew Roundup Ready Canola under license. One was Mr. Huber, who grew Roundup Ready Canola on a field north and west of, and diagonally adjacent to, Schmeiser field 6. In that year Mr. Schmeiser had a total of 370 acres of canola planted in all or part of the Schmeiser fields 1, 4, 6 and 7. In 1997, a total of 780 acres of canola were planted in all or parts of six Schmeiser fields (that is, all of them except fields 4, 7 and 9). Mr. Schmeiser testified that he believed that field 2 was planted with canola seed saved in 1996 from fields 1 and 6.

[22] In late June or early July of 1997, Mr. Schmeiser and his employee Carlyle Moritz hand sprayed Roundup around power poles and in the ditches along the Bruno road where it bordered fields 1, 2, 3 and 4. This was part of his normal weed control practice. Several days after

résistante à diverses maladies. Il a affirmé obtenir un rendement supérieur à la moyenne pour la région de Bruno.

[20] M. Schmeiser a également témoigné utiliser divers herbicides et se servir habituellement de l’herbicide Roundup pour enlever les mauvaises herbes dans les champs laissés en jachère ou le long des réserves routières contiguës à sa propriété. Il préfère traiter ses champs pour y enlever les mauvaises herbes tôt au printemps, avant l’ensemencement. Or, l’herbicide Roundup n’est pas destiné à être ainsi utilisé. Il est plutôt destiné à être pulvérisé après l’émergence des plants, pratique connue sous le nom de «pulvérisation de post-levée». M. Schmeiser ne favorise pas la pulvérisation de post-levée. À son avis, cela n’empêche pas les mauvaises herbes de consommer l’engrais qui est dans le sol; de plus, le pulvérisateur risque d’endommager les plants. M. Schmeiser a également témoigné croire que l’herbicide Roundup qui est pulvérisé sur des plants en pleine croissance laisse un résidu qui tue les bactéries dans le sol, ce qui a pour effet de réduire le rendement de la culture unique et d’accroître la possibilité que le canola soit atteint de maladies du système racinaire.

[21] En 1996, cinq producteurs, dans la municipalité rurale de Bayne, cultivaient du canola Roundup Ready en vertu d’une licence. L’un d’eux était M. Huber, qui cultivait du canola Roundup Ready dans un champ situé au nord et à l’ouest du champ n° 6 des Schmeiser, lequel était situé en diagonale, juste à côté de ce champ. Cette année-là, M. Schmeiser cultivait en tout 370 acres de canola sur la totalité ou sur une partie des champs n°s 1, 4, 6 et 7. En 1997, 780 acres de canola en tout ont été plantés sur la totalité ou sur certaines parties des six champs de M. Schmeiser (c’est-à-dire dans tous les champs à l’exception des champs n°s 4, 7 et 9). M. Schmeiser a témoigné croire que des graines de canola provenant des champs n°s 1 et 6 et conservées en 1996 avaient été semées dans le champ n° 2.

[22] À la fin du mois de juin ou au début du mois de juillet 1997, M. Schmeiser et son employé, Carlyle Moritz, ont pulvérisé à la main l’herbicide Roundup autour des pylônes et dans les fossés le long de la route de Bruno, en bordure des champs n°s 1, 2, 3 et 4. Cela

the spraying, he noticed that a large number of canola plants had survived the spraying. To determine why the canola plants had survived the Roundup spraying, Mr. Schmeiser conducted a test in field 2. Using a machine sprayer set to spray 40 feet, he sprayed Roundup on a section of field 2 in a strip along the road. He made two passes, the first weaving between and around the power poles and the second adjacent to the first pass, parallel to the power poles. He testified that by this means he sprayed a good three acres of field 2. According to Mr. Schmeiser's evidence, after some days, approximately 60% of the canola plants sprayed were still alive, growing in clumps that were thickest near the road and thinner as one moved into the field.

[23] At harvest time in 1997, Mr. Schmeiser, who was then recovering from a leg injury, instructed Mr. Moritz to swath and combine field 2. Mr. Moritz did so, harvesting the canola in the field as well as the surviving canola along the roadside. The harvested seed was put into the box of a 1962 Ford pickup truck. The box was covered with a tarp and the truck with its tarped load of canola seed was stored in one of Mr. Schmeiser's buildings over the winter.

[24] Mr. Schmeiser testified that in the spring of 1998 the seed from the Ford truck was transferred to another truck and taken to the Humboldt Flour Mill for treatment, a normal process to rid the seeds of disease before planting. The treated seed, mixed with untreated seed from his granary (bin-run seed), was planted in all or part of each of his nine fields, for a total of 1,030 acres.

[25] The 1998 Schmeiser canola crop was sold for \$142,625. All canola seed saved from the 1998 crop was

faisait partie de la pratique normale en matière de lutte contre les mauvaises herbes. Plusieurs jours après, il a remarqué qu'un grand nombre de plants de canola qui avaient été traités avaient survécu. Afin de déterminer pourquoi les plants de canola avaient survécu, M. Schmeiser a effectué un test dans le champ n° 2. En se servant d'un pulvérisateur qui était réglé pour pulvériser l'herbicide sur une distance de 40 pieds, il a traité avec l'herbicide Roundup une bande de terre en bordure de la route, dans le champ n° 2. Il est passé à deux reprises avec le pulvérisateur, la première fois en contournant les pylônes et, la deuxième fois, à côté de l'endroit où il était passé la première fois, sur une bande parallèle aux pylônes. Il a témoigné avoir ainsi traité le champ n° 2 sur une superficie d'au moins trois acres. Selon la preuve présentée par M. Schmeiser, au bout de quelques jours, environ 60 p. 100 des plantes de canola qui avaient été traitées étaient encore vivantes et poussaient en touffes qui étaient plus épaisses près de la route et qui commençaient à s'éclaircir au fur et à mesure que l'on avançait dans le champ.

[23] Au moment de la récolte, en 1997, M. Schmeiser, qui se rétablissait alors d'une blessure à la jambe, a demandé à M. Moritz de faucher et de moissonner le champ n° 2. C'est ce que M. Moritz a fait, en récoltant le canola qui était dans le champ ainsi que le canola qui avait survécu le long de la route. Les graines récoltées ont été mises dans la caisse d'une camionnette Ford 1962. On a recouvert la caisse d'une bâche et la camionnette, avec son chargement de graines de canola recouvertes, a été garée pour l'hiver dans l'un des bâtiments appartenant à M. Schmeiser.

[24] M. Schmeiser a témoigné qu'au printemps 1998, les graines qui étaient dans la camionnette Ford ont été mises dans un autre camion et apportées à la minoterie Humboldt pour être traitées comme on le fait normalement pour débarrasser les graines de toute maladie avant de les semer. Les graines traitées, mélangées à des graines non traitées provenant du grenier de M. Schmeiser (les graines «tout-venant»), ont été semées sur la totalité ou sur une partie de chacun des neuf champs, sur une superficie totale de 1 030 acres.

[25] Les Schmeiser ont vendu la récolte de canola de 1998 pour la somme de 142 625 \$. Toutes les graines de

destroyed as a result of legal advice Mr. Schmeiser received after the commencement of these proceedings.

[26] Experts for the parties conducted a number of tests on the canola plants growing beside field 2 in 1997, some seeds from those plants, and the canola plants growing in all the Schmeiser fields in 1998. These included “grow-out tests” in which canola seeds from the subject fields were planted and the resulting plants were sprayed with Roundup. The result of the tests was that the presence of the Monsanto patented gene was found in the plants that survived the spraying. The opinion of Dr. Downey, an expert called by Monsanto, was that the high rate of survival of plants that had germinated from the 1997 samples was consistent only with the presence in field 2 of canola grown from commercial Roundup resistant seed. The evidence of the various tests, as explained by the expert witnesses, led the Trial Judge to this conclusion (at paragraph 114 of his reasons):

*Despite questions raised about particular aspects of the sampling and the handling of samples of the defendants’ 1998 canola crop, subject to consideration of any defence raised, the balance of probabilities supports a conclusion that the growing and sale of Roundup tolerant canola by the defendants infringed the exclusive rights of the plaintiffs to use the patented gene and cell. I reach that tentative conclusion having also concluded on a balance of probabilities that the samples taken from the borders of nine fields in July 1998 and three samples taken at random from within each field in August 1998 are representative of the entire crop, bearing in mind that all of the nine fields were planted with seed that was saved in 1997 in field number 2, which seed was known to be Roundup tolerant.*

[27] A number of submissions were made on behalf of Mr. Schmeiser to defend against the allegation of infringement. Some of the same issues are raised in this appeal. The Trial Judge rejected all of the suggested defences and found that the Monsanto patent had been infringed. His conclusions are summarized as follows at

canola provenant de la récolte de 1998 qui avaient été gardées ont été détruites à la suite de conseils juridiques que M. Schmeiser avait reçus après l’introduction de la présente instance.

[26] Les experts des parties ont effectué un certain nombre de tests sur les plantes de canola à côté du champ n° 2 en 1997, sur certaines graines provenant de ces plantes et sur les plantes de canola qui poussaient dans tous les champs des Schmeiser en 1998. On a notamment effectué des «tests de croissance» dans le cadre desquels des graines de canola provenant des champs en cause ont été semées et les plantes qu’elles ont données ont été traitées avec l’herbicide Roundup. Les tests ont permis de déceler la présence du gène breveté de Monsanto dans les plantes traitées qui avaient survécu. De l’avis de M. Downey, que Monsanto avait cité comme témoin expert, le taux élevé de survie des plants qui avaient germé dans les échantillons de 1997 pouvait uniquement s’expliquer par la présence, dans le champ n° 2, de canola cultivé à partir de graines commerciales résistantes Roundup. La preuve fournie par les divers tests, telle qu’elle a été expliquée par les témoins experts, a amené le juge de première instance à tirer la conclusion suivante (au paragraphe 114 de ses motifs):

*Malgré les questions qui ont été soulevées au sujet de certains aspects de l’échantillonnage et du traitement des échantillons de la récolte de canola de 1998 des défendeurs, j’estime, sous réserve de l’examen de tout moyen de défense invoqué, que la prépondérance de la preuve appuie la conclusion que la culture et la vente par les défendeurs de canola résistant au Roundup portent atteinte aux droits exclusifs des demanderesse d’exploiter le gène et la cellule brevetés. J’arrive à cette conclusion provisoire après avoir également conclu, selon la prépondérance de la preuve, que les échantillons prélevés dans les fossés des neuf champs en juillet 1998 et les trois échantillons prélevés au hasard dans chacun des champs en août 1998 sont représentatifs de toute la récolte, si l’on songe que les neuf champs avaient tous été ensemencés avec des graines prélevées sur la récolte effectuée en 1997 dans le champ n° 2 et que l’on savait résistantes au Roundup.*

[27] Un certain nombre d’arguments ont été soumis pour le compte de M. Schmeiser à l’encontre de l’allégation de contrefaçon. Certaines questions soulevées dans cet appel sont les mêmes. Le juge de première instance a rejeté tous les moyens de défense proposés et il a conclu que le brevet de Monsanto avait

paragraph 2 of his reasons for judgment:

On consideration of the evidence adduced, and the submissions, oral and written, on behalf of the parties I conclude that the plaintiffs' action is allowed and some of the remedies they seek should be granted. These reasons set out the bases for my conclusions, in particular my finding that, on the balance of probabilities, the defendants infringed a number of the claims under the plaintiffs' Canadian patent number 1,313,830 by planting, in 1998, without leave or licence by the plaintiffs, canola fields with seed saved from the 1997 crop which seed was known, or ought to have been known by the defendants to be Roundup tolerant and when tested was found to contain the gene and cells claimed under the plaintiffs' patent. By selling the seed harvested in 1998 the defendants further infringed the plaintiffs' patent.

#### Points in issue

[28] Seventeen grounds of appeal are set out in the memorandum of fact and law submitted for Mr. Schmeiser and his corporation. At the hearing counsel for Mr. Schmeiser conveniently presented these under four categories, three relating to infringement and one relating to remedies. I will deal with each of the four categories of issues below, although not in the order in which they were presented at the hearing of the appeal. The discussion relating to the fourth category (remedies) will include a discussion of the issue raised by Monsanto on the cross-appeal.

#### (1) Is the patent infringed if Mr. Schmeiser did not use Roundup in the 1998 crop?

[29] The uncontradicted evidence of Mr. Schmeiser is that he did not spray Roundup on his 1998 canola crop. The Trial Judge did not say whether he believed Mr. Schmeiser on that point or not, because he concluded that spraying with Roundup was not an essential element of the alleged infringement. Counsel for Mr. Schmeiser argued that this conclusion was based on an incorrect construction of the Monsanto patent. He argued that Mr. Schmeiser cannot be held to have infringed Monsanto's patent rights by growing a canola crop that is resistant to glyphosate unless he also took

été contrefait. Les conclusions du juge sont résumées comme suit au paragraphe 2 de ses motifs de jugement:

Après avoir examiné la preuve produite et les observations faites, oralement et par écrit, pour le compte des parties, je suis d'avis d'accueillir l'action des demandereses et de leur accorder certaines des réparations recherchées. J'expose dans les présents motifs les fondements de mes conclusions, plus particulièrement de ma conclusion portant que, suivant la prépondérance de la preuve, les défendeurs ont contrefait un certain nombre de revendications visées par les lettres patentes canadiennes n° 1,313,830 des demandereses, en plantant, en 1998, des champs en canola avec des semences gardées de leur récolte de 1997, sans autorisation ou licence des demandereses, même s'ils savaient, ou auraient dû savoir, que ces semences étaient tolérantes au Roundup et que des tests avaient révélé qu'elles contenaient le gène et les cellules revendiqués dans le brevet des demandereses. En vendant les semences récoltées en 1998, les défendeurs ont de nouveau contrefait le brevet des demandereses.

#### Points litigieux

[28] Dix-sept moyens d'appel sont énoncés dans l'exposé des faits et du droit que M. Schmeiser et sa société ont soumis. À l'audience, l'avocat de M. Schmeiser a divisé ces moyens, pour plus de commodité, en quatre catégories, dont trois se rapportaient à la contrefaçon et une aux réparations. J'examinerai ci-dessous chacune des quatre catégories de questions, mais pas dans l'ordre où elles ont été présentées à l'audition de l'appel. L'analyse se rapportant à la quatrième catégorie (les réparations) comprendra une analyse des questions que Monsanto a soulevées dans l'appel incident.

#### 1) Le brevet est-il contrefait si M. Schmeiser n'a pas utilisé l'herbicide Roundup pour la récolte de 1998?

[29] Selon la preuve non contredite qu'il a présentée, M. Schmeiser n'a pas pulvérisé l'herbicide Roundup sur le canola cultivé en 1998. Le juge de première instance n'a pas dit s'il croyait M. Schmeiser sur ce point, parce qu'il a conclu que la pulvérisation avec l'herbicide Roundup ne constituait pas un élément essentiel de la présumée contrefaçon. L'avocat de M. Schmeiser a soutenu que cette conclusion était fondée sur une interprétation erronée du brevet de Monsanto. Il a affirmé qu'il ne peut pas être statué que M. Schmeiser a violé les droits que possédait Monsanto sur le brevet

advantage of its glyphosate-resistant quality by spraying Roundup to control weeds within the crop.

[30] To assess this argument, it is necessary to determine what Monsanto's patent rights are. The starting point is section 42 of the *Patent Act*, which gives the holder of a patent the right to exclude others, for the term of the patent, from making, constructing or using the invention, or selling it to others to be used: see *Forget v. Specialty Tools of Canada Inc.*, [1996] 1 W.W.R. 12 (B.C.C.A.), citing *Steers v. Rogers*, [1893] A.C. 232 (H.L.). This is a monopoly that Parliament gives an inventor for disclosing the invention to the public. The statutory bargain is described as follows by Viscount Dunedin in *Pope Appliance Corporation v. Spanish River Pulp and Paper Mills*, [1929] A.C. 269 (P.C.), at page 281:

. . . a patent represents a quid pro quo. The quid to the patentee is the monopoly; the quo is that he presents to the public the knowledge which they have not got.

[31] The same thought was expressed by Mr. Justice Binnie, writing for the Supreme Court of Canada in *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067, at paragraph 42:

The content of a patent specification is regulated by s. 34 of the *Patent Act* [now s. 27 [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 31]]. The first part is a "disclosure" in which the patentee must describe the invention "with sufficiently complete and accurate details as will enable a workman, skilled in the art to which the invention relates, to construct or use that invention when the period of the monopoly has expired": *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504, at p. 517. The disclosure is the *quid* provided by the inventor in exchange for the *quo* of a 17-year (now 20-year) monopoly on the exploitation of the invention. The monopoly is enforceable by an array of statutory and equitable remedies and it is therefore important for the public to know what is prohibited and where they may safely go while the patent is still in existence. The public notice function is performed by the claims that conclude the specification and must state "distinctly and in explicit terms the things or combinations that the applicant regards as new and in which he claims an exclusive property or privilege" (s. 34(2) [now s. 27(4) [as am. *idem*]]).

en cultivant du canola résistant au glyphosate à moins qu'il n'ait également tiré parti de la résistance au glyphosate en pulvérisant l'herbicide Roundup pour lutter contre les mauvaises herbes.

[30] Pour apprécier cet argument, il faut déterminer quels sont les droits de Monsanto sur le brevet. Le point de départ est l'article 42 de la *Loi sur les brevets*, qui confère au breveté le droit d'empêcher les autres, pour la durée du brevet, de fabriquer, de construire, d'exploiter ou de vendre à d'autres, pour qu'ils l'exploitent, l'objet de l'invention: voir *Forget v. Specialty Tools of Canada Inc.*, [1996] 1 W.W.R. 12 (C.A.C.-B.), mentionnant *Steers v. Rogers*, [1893] A.C. 232 (H.L.). Il s'agit d'un monopole que le législateur accorde à l'inventeur qui divulgue l'invention au public. Ce marché conclu par le législateur est décrit comme suit par le vicomte Dunedin dans la décision *Pope Appliance Corporation c. Spanish River Pulp and Paper Mills*, [1929] A.C. 269 (P.C.), at page 281:

[TRADUCTION] [. . .] un brevet est un échange. En contrepartie du monopole qui lui est octroyé, le breveté divulgue au public une connaissance que celui-ci ne possède pas.

[31] La même idée a été exprimée par M. le juge Binnie, au nom de la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067, au paragraphe 42:

Le contenu du mémoire descriptif d'un brevet est régi par l'art. 34 de la *Loi sur les brevets* [maintenant art. 27 [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 31]]. La première partie est une «divulgation» dans laquelle le breveté doit fournir une description de l'invention «comportant des détails assez complets et précis pour qu'un ouvrier, versé dans l'art auquel l'invention appartient, puisse construire ou exploiter l'invention après la fin du monopole»: *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504, à la p. 517. La divulgation est ce que l'inventeur fournit en contrepartie d'un monopole de 17 ans (maintenant 20 ans) sur l'exploitation de l'invention. On peut faire respecter le monopole au moyen de toute une gamme de recours en droit et en *equity*, de sorte qu'il importe que le public sache ce qui est interdit et ce qu'il peut faire sans risque lorsque le brevet est encore en vigueur. Les revendications qui concluent le mémoire descriptif servent d'avis public et doivent énoncer «distinctement et en termes explicites les choses ou combinaisons que le demandeur considère comme nouvelles et dont il revendique la propriété ou le privilège exclusif» (par. 34(2)) [maintenant par. 27(4) [mod., *idem*]].

[32] Infringement is not defined in the *Patent Act*, but it has been said that infringement is any act that “interferes with the full enjoyment of the monopoly granted”: *Lishman v. Eron Roche Inc.* (1996), 68 C.P.R. (3d) 72 (F.C.T.D.); affirmed by (1996), 71 C.P.R. (3d) 146 (F.C.A.). Counsel for Mr. Schmeiser argued that this definition of infringement is too broad because the words “full enjoyment” may imply that mere possession of a patented invention can be infringement. In my view, the definition of infringement stated in *Lishman* is intended to reflect the idea that what constitutes infringement in a particular case is a function of the scope of the statutory monopoly, so that any act that impairs the statutory monopoly is by definition “infringement”. I do not read the *Lishman* definition as saying anything more than that.

[33] Thus, to determine whether a certain act amounts to infringement, the scope of the statutory monopoly must be determined by construing the claims of the patent. The construction of a patent claim is a question of law: *Whirlpool, supra*, at paragraph 76.

[34] It is a fundamental principle that a patent claim must be given a purposive construction. Purposive construction of a patent claim is explained as follows by Lord Diplock in *Catnic Components Limited and Another v. Hill & Smith Limited*, [1982] R.P.C. 183 (H.L.), at pages 242-243:

My Lords, a patent specification is a unilateral statement by the patentee, in words of his own choosing, addressed to those likely to have a practical interest in the subject matter of his invention (i.e. “skilled in the art”), by which he informs them what he claims to be the essential features of the new product or process for which the letters patent grant him a monopoly. It is those novel features only that he claims to be essential that constitute the so-called “pith and marrow” of the claim. A patent specification should be given a purposive construction rather than a purely literal one derived from applying to it the kind of meticulous verbal analysis in which lawyers are too often tempted by their training to indulge.

[35] In *Whirlpool, supra*, Mr. Justice Binnie endorsed the above quotation and added this (at paragraph 45):

[32] La contrefaçon n’est pas définie dans la *Loi sur les brevets*, mais il a été affirmé qu’il s’agit de tout acte qui «nuit à la pleine jouissance du monopole accordé»: *Lishman c. Eron Roche Inc.* (1996), 68 C.P.R. (3d) 72 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); confirmé par (1996), 71 C.P.R. (3d) 146 (C.A.F.). L’avocat de M. Schmeiser a soutenu que cette définition de la contrefaçon est trop générale parce que les mots «pleine jouissance» donnent peut-être à entendre que la simple possession d’une invention brevetée peut constituer une contrefaçon. À mon avis, la définition de la contrefaçon énoncée dans la décision *Lishman* vise à indiquer que ce qui constitue de la contrefaçon dans un cas particulier est fonction de l’étendue du monopole conféré par la loi, de sorte que tout acte qui nuit à ce monopole est par définition une «contrefaçon». Je n’interprète pas la définition donnée dans la décision *Lishman* comme ayant une portée plus étendue.

[33] Par conséquent, pour décider si un certain acte constitue une contrefaçon, il faut déterminer l’étendue du monopole conféré par la loi en interprétant les revendications du brevet. L’interprétation d’une revendication est une question de droit: *Whirlpool, précité*, au paragraphe 76.

[34] Selon un principe fondamental, il faut donner aux revendications une interprétation téléologique. Cette interprétation est expliquée comme suit par lord Diplock dans la décision *Catnic Components Limited and Another c. Hill & Smith Limited*, [1982] R.P.C. 183 (H.L.), aux pages 242 et 243:

[TRADUCTION] Le mémoire descriptif d’un brevet est une déclaration unilatérale du breveté, rédigée en ses propres mots, à l’intention de tous ceux qui, sur le plan pratique, pourront s’intéresser à l’objet de l’invention (c.-à-d. «les hommes du métier»). Par sa déclaration, le breveté informe ces personnes de ce qu’il estime être les éléments essentiels du produit ou du procédé nouveau sur lequel des lettres patentes lui accordent un monopole. Ce ne sont que ces caractéristiques originales qu’il dit essentielles qui constituent ce qu’on appelle la «substance» de la revendication. Le mémoire descriptif d’un brevet doit recevoir une interprétation utilitaire plutôt qu’une interprétation littérale résultant du genre de méticuleuse analyse verbale à laquelle les avocats, en raison de leur formation, sont trop souvent enclins.

[35] Dans l’arrêt *Whirlpool, précité*, le juge Binnie a approuvé le passage précité et a ajouté ce qui suit (au paragraphe 45):

The key to purposive construction is therefore the identification by the court, with the assistance of the skilled reader, of the particular words or phrases in the claims that describe what the inventor considered to be the “essential” elements of his invention. This is no different, I think, than the approach adopted roughly 40 years earlier by Duff C.J. in *J. K. Smit & Sons, Inc. v. McClintock*, [1940] S.C.R. 279.

[36] Shortly before *Catnic*, Mr. Justice Dickson [as he then was] had said in *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504, at page 520, that a patent claim construction should be reasonable and fair to both the patent holder and the public. As I understand it, this is simply another expression of the purposive approach to the construction of patent claims, emphasizing the statutory bargain represented by the grant of a patent. I reach this conclusion because of the following comments of Mr. Justice Binnie in *Whirlpool*, *supra*, at paragraph 49(g):

While “purposive construction” is a label introduced into claims construction by *Catnic*, *supra*, the approach itself is quite consistent, in my view, with what was said by Dickson J. the previous year in *Consolboard*, *supra*, on the topic of claims construction, at pp. 520-21:

We must look to the whole of the disclosure and the claims to ascertain the nature of the invention and methods of its performance, (*Noranda Mines Limited v. Minerals Separation North American Corporation*, [1950] S.C.R. 36), being neither benevolent nor harsh, but rather seeking a construction which is reasonable and fair to both patentee and public. There is no occasion for being too astute or technical in the matter of objections to either title or specification for, as Duff C.J.C. said, giving the judgment of the Court in *Western Electric Company, Incorporated, and Northern Electric Company v. Baldwin International Radio of Canada*, [1934] S.C.R. 570, at p. 574, “where the language of the specification, upon a reasonable view of it, can be so read as to afford the inventor protection for that which he has actually in good faith invented, the court, as a rule, will endeavour to give effect to that construction”.

Not only is “purposive construction” consistent with these well-established principles, it advances Dickson J.’s objective of an interpretation of the patent claims that “is reasonable and fair to both patentee and public”.

L’interprétation téléologique repose donc sur l’identification par la cour, avec l’aide du lecteur versé dans l’art, des mots ou expressions particuliers qui sont utilisés dans les revendications pour décrire ce qui, selon l’inventeur, constituait les éléments «essentiels» de son invention. J’estime que cette méthode n’est pas différente de celle que le juge en chef Duff avait adoptée environ 40 ans auparavant dans l’arrêt *J. K. Smit & Sons, Inc. c. McClintock*, [1940] R.C.S. 279.

[36] Peu de temps avant le prononcé du jugement *Catnic*, M. le juge Dickson [tel était alors son titre] avait dit, dans l’arrêt *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504, à la page 520, que l’interprétation d’une revendication doit être équitable et raisonnable à la fois pour le breveté et pour le public. Si je comprends bien, il s’agit simplement d’une autre façon de définir l’approche téléologique qui s’applique à l’interprétation des revendications d’un brevet, en soulignant le marché conclu par le législateur en délivrant un brevet. J’arrive à cette conclusion à cause des remarques suivantes que le juge Binnie a faites dans l’arrêt *Whirlpool*, précité, au paragraphe 49g):

Même si elle est une appellation qui a été appliquée à l’interprétation des revendications par l’arrêt *Catnic*, précité, l’«interprétation téléologique» elle-même est fort compatible, selon moi, avec ce que le juge Dickson avait affirmé, l’année précédente, dans l’arrêt *Consolboard*, précité, au sujet de l’interprétation des revendications (aux pp. 520 et 521):

Il faut considérer l’ensemble de la divulgation et des revendications pour déterminer la nature de l’invention et son mode de fonctionnement (*Noranda Mines Limited c. Minerals Separation North American Corporation*, [1950] R.C.S. 36), sans être ni indulgent ni dur, mais plutôt en cherchant une interprétation qui soit raisonnable et équitable à la fois pour le titulaire du brevet et pour le public. Ce n’est pas le moment d’être trop rusé ou formaliste en matière d’oppositions soit au titre ou au mémoire descriptif puisque, comme le dit le juge en chef Duff, au nom de la Cour, dans l’arrêt *Western Electric Company, Incorporated, et Northern Electric Company c. Baldwin International Radio of Canada*, [1934] R.C.S. 570, à la p. 574: [TRADUCTION] «quand le texte du mémoire descriptif, interprété de façon raisonnable, peut se lire de façon à accorder à l’inventeur l’exclusivité de ce qu’il a inventé de bonne foi, la Cour, en règle générale, cherche à mettre cette interprétation à effet».

Non seulement l’«interprétation téléologique» est-elle compatible avec ces principes bien établis, mais encore elle favorise l’atteinte de l’objectif visé par le juge Dickson, à savoir une interprétation des revendications de brevet qui «soit



[37] It is also well settled that in construing the claims of a patent, recourse to the disclosure portion of the specification is (1) permissible to assist in understanding the terms used in the claims, (2) unnecessary where the words are plain and unambiguous, and (3) improper to vary the scope or ambit of the claims: *Dableh v. Ontario Hydro*, [1996] 3 F.C. 751 (C.A.), at paragraph 30; leave to appeal refused, [1997] S.C.R. x.

[38] In this case, the claims of the Monsanto patent that were said to be infringed include the following (Appeal Book, at pages 304-308):

1. A chimeric plant gene which comprises
  - (a) a promoter sequence which functions in plant cells;
  - (b) a coding sequence which causes the production of RNA, encoding a chloroplast transit peptide/5-enolpyruvylshikimate-3-phosphate synthase (EPSPS) fusion polypeptide, which chloroplast transit peptide permits the fusion polypeptide to be imported into a chloroplast of a plant cell; and
  - (c) a 3' non-translated region which encodes a polyadenylation signal which functions in plant cells to cause the addition of polyadenylate nucleotides to the 3' end of the RNA;

the promoter being heterologous with respect to the coding sequence and adapted to cause sufficient expression of the fusion polypeptide to enhance the glyphosate resistance of a plant cell transformed with the gene.

2. A chimeric gene of Claim 1 in which the promoter sequence is a plant virus promoter sequence.
- ...
5. A chimeric gene of Claim 1 in which the coding sequence encodes a mutant 5-enolpyruvylshikimate-3-phosphate synthase (EPSPS).
6. A chimeric gene of Claim 1 in which the EPSPS coding sequence encodes an EPSPS from an organism selected

raisonnable et équitable à la fois pour le titulaire du brevet et pour le public».

[37] Il est également bien établi qu'en interprétant les revendications d'un brevet, 1) on peut se reporter à la partie divulgation du mémoire descriptif pour mieux comprendre les termes employés dans les revendications; 2) il n'est pas nécessaire de s'y référer lorsque l'énoncé de la revendication est clair et non équivoque; et 3) on ne peut à bon droit y avoir recours pour modifier la portée des revendications: *Dableh c. Ontario Hydro*, [1996] 3 C.F. 751 (C.A.), au paragraphe 30; autorisation de pourvoi refusée, [1997] R.C.S. x.

[38] En l'espèce, les revendications du brevet de Monsanto qui auraient été contrefaites comprennent (dossier d'appel, aux pages 304 à 308):

[TRADUCTION]

1. Un gène chimère pour plante qui comprend:
  - a) un promoteur fonctionnant dans des cellules végétales;
  - b) une séquence de codage qui produit l'ARN codant le peptide de transfert vers les chloroplastes et le polypeptide de fusion 5-énolpyruvylshikimate-3-phosphate synthase (EPSPS), lequel peptide de transfert vers les chloroplastes permet de transporter le polypeptide de fusion jusque dans un chloroplaste de cellule végétale;
  - c) une région non traduite en 3' qui code un signal de polyadénylation qui, dans les cellules végétales, permet l'addition de nucléotides de polyadénylates à l'extrémité 3' de l'ARN;

le promoteur est hétérologue eu égard à la séquence de codage et adapté pour permettre une expression suffisante du polypeptide de fusion afin d'améliorer la résistance au glyphosate de la cellule végétale transformée à l'aide du gène.

2. Un gène chimère de la revendication 1, dans lequel le promoteur est une séquence de promoteur de virus végétal.

[. . .]

5. Un gène chimère de la revendication 1, dans lequel la séquence de codage code une 5-énolpyruvylshikimate-3-phosphate synthase (EPSPS) mutante.
6. Un gène chimère de la revendication 1, dans lequel la séquence de code de l'EPSPS code une EPSPS d'un

from the group consisting of bacteria, fungi and plants.

7. A chimeric gene of Claim 1 in which the chloroplast transit peptide is from a plant EPSPS gene.

...

22. A glyphosate-resistant plant cell comprising a chimeric plant gene of Claim 1.

23. A glyphosate-resistant plant cell of Claim 22 in which the promoter sequence is a plant virus promoter sequence.

...

26. A glyphosate-resistant plant cell of Claim 22 in which the coding sequence encodes a mutant 5-enolpyruvylshikimate-3-phosphate synthase.

27. A glyphosate-resistant plant cell of Claim 22 in which the coding sequence encodes an EPSPS from an organism selected from the group consisting of bacteria, fungi and plants.

28. A glyphosate-resistant plant cell of Claim 22 in which the chloroplast transit peptide is from a plant EPSPS gene.

...

45. A glyphosate-resistant oil seed rape cell of Claim 22.

[39] A chimeric plant gene is one that has been molecularly engineered using multiple sources that may include plant, viral and bacterial DNA.

[40] The Trial Judge construed the claims as follows (at paragraph 26 of his reasons):

Claims 1, 2, 5, 6 and 7 each claim a chimeric plant gene with characteristics as specified in the claim. Claims 22, 23, 26, 27, and 28, each concern a glyphosate-resistant plant cell comprising a chimeric plant gene of claim 1, with other specified characteristics of the cell specified for claims other than claim 22. Finally, claim 45 claims simply a glyphosate-resistant oil seed rape cell of claim 22. The presence of the chimeric plant gene described in claim 1 is essential for all of the claims. The claims relate to genes and cells which are glyphosate-resistant. Obviously the invention has utility in resistance to glyphosate, but none of the claims specifies this utility nor does it require the use of glyphosate,

organisme choisi dans le groupe des bactéries, des champignons et des plantes.

7. Un gène chimère de la revendication 1, dans lequel le peptide de transfert vers un chloroplaste provient d'un gène d'EPSPS de plante.

[. . .]

22. Une cellule végétale résistant au glyphosate, renfermant un gène chimère pour plante de la revendication 1.

23. Une cellule végétale résistant au glyphosate de la revendication 22, dans laquelle le promoteur est une séquence de promoteur de virus végétal.

[. . .]

26. Une cellule végétale résistant au glyphosate de la revendication 22, dans laquelle la séquence de codage code une 5-énolpyruvylshikimate-3-phosphate synthase mutante.

27. Une cellule végétale résistant au glyphosate de la revendication 22, dans laquelle la séquence de codage code une EPSPS d'un organisme choisi dans le groupe des bactéries, des champignons et des plantes.

28. Une cellule végétale résistant au glyphosate de la revendication 22, dans laquelle le peptide de transfert vers un chloroplaste provient d'un gène d'EPSPS de plante.

[. . .]

45. Une cellule de colza oléagineux résistant au glyphosate de la revendication 22.

[39] Le gène «chimère» pour plante est un gène qui a été conçu par un processus moléculaire à partir de sources multiples, et notamment d'ADN végétal, viral et bactérien.

[40] Le juge de première instance a interprété les revendications comme suit (au paragraphe 26 de ses motifs):

Les revendications 1, 2, 5, 6 et 7 concernent chacune un gène chimère pour plante, dont les caractéristiques sont celles spécifiées dans la revendication. Les revendications 22, 23, 26, 27 et 28 concernent chacune une cellule de plante résistant au glyphosate renfermant un gène chimère pour plante de la revendication 1, avec d'autres caractéristiques de cellule spécifiées pour les revendications autres que la revendication 22. Enfin, la revendication 45 concerne simplement une cellule de colza oléagineux résistant au glyphosate de la revendication 22. La présence du gène chimère pour plante décrit dans la revendication 1 est essentielle pour toutes les revendications. Les revendications concernent les gènes et les

such as Roundup herbicide, for the invention claimed.

[41] Counsel for Mr. Schmeiser argued that if merely planting a crop of Roundup Ready Canola is infringement, then the patent claims have been too broadly construed because the patented invention, the Monsanto gene, has no function if it is present in a plant that has not actually survived an application of Roundup. Echoing Mr. Justice Dickson in *Consolboard*, it is argued that the construction propounded by Monsanto and accepted by the Trial Judge is unfair to the public, as represented by Mr. Schmeiser, because if it stands Mr. Schmeiser could find himself liable for infringement simply by following his normal farming practices.

[42] It is true that the only characteristic added to a plant by the presence of the Monsanto gene is resistance to glyphosate, and that the desire for glyphosate resistance was what motivated the work that led to the invention. The latter point is clear from the following statements in the disclosure in the patent (Appeal Book, at page 238):

The object of this invention is to provide a method of genetically transforming plant cells which causes the cells and plants regenerated therefrom to become resistant to glyphosate and the herbicidal salts thereof.

...

This invention involves a cloning or expression vector comprising a gene which encodes 5-enolpyruvylshikimate-3-phosphate synthase (EPSPS) polypeptide which, when expressed in a plant cell contains a chloroplast transit peptide which allows the polypeptide, or an enzymatically active portion thereof, to be transported from the cytoplasm of the plant cell into a chloroplast in the plant cell, and confers a substantial degree of glyphosate resistance upon the plant cell and plants regenerated therefrom.

[43] However, it does not follow that the use of Roundup is essential to a finding of infringement. It

cellules qui sont résistants au glyphosate. À l'évidence, l'invention est utile eu égard à la résistance au glyphosate, mais aucune des revendications ne spécifie cette utilité et aucune n'exige l'utilisation de glyphosate, comme l'herbicide Roundup, pour l'invention revendiquée.

[41] L'avocat de M. Schmeiser a soutenu que si le simple fait de planter du canola Roundup Ready constitue de la contrefaçon, les revendications du brevet sont interprétées d'une façon trop libérale parce que le gène Monsanto, soit l'invention brevetée, n'a aucune fonction s'il est présent dans une plante qui en fait n'a pas survécu à la pulvérisation d'herbicide Roundup. L'avocat a repris les paroles prononcées par le juge Dickson dans l'arrêt *Consolboard* et a soutenu que l'interprétation proposée par Monsanto et retenue par le juge de première instance est inéquitable pour le public, tel qu'il est représenté par M. Schmeiser; en effet, si cette interprétation était maintenue, M. Schmeiser pourrait être tenu responsable de la contrefaçon simplement parce qu'il a suivi les pratiques agricoles qu'il suit normalement.

[42] Il est vrai que la seule caractéristique qui est ajoutée à une plante par suite de la présence du gène Monsanto est la résistance au glyphosate et que c'est la résistance au glyphosate recherchée qui a entraîné les travaux ayant mené à l'invention. Ce dernier point ressort clairement des énoncés suivants figurant dans la divulgation du brevet (dossier d'appel, à la page 238):

[TRADUCTION] L'objet de cette invention est de fournir une méthode pour l'obtention de cellules végétales génétiquement modifiées, qui rend ces cellules et les plantes produites à partir de celles-ci résistantes au glyphosate et aux sels herbicides de ce dernier.

[. . .]

Cette invention fait appel à un vecteur de clonage ou d'expression, comprenant un gène pour coder le polypeptide 5-énolpyruvylshikimate-3-phosphate synthase (EPSPS) qui, lorsqu'il est exprimé dans une cellule végétale, contient un peptide de transfert vers les chloroplastes, permettant le transport du polypeptide, ou d'une fraction de ce dernier possédant une activité enzymatique, à partir du cytoplasme de la cellule végétale jusque dans un chloroplaste à l'intérieur de la cellule, ce qui confère à la cellule végétale et aux plants qui en sont dérivés une résistance substantielle au glyphosate.

[43] Toutefois, cela ne veut pas pour autant dire qu'il faut absolument que l'herbicide Roundup soit utilisé

seems to me that the argument made for Mr. Schmeiser on this point is flawed in two respects. First, it incorrectly relies on the disclosure in the patent to import a limitation that is not found in the words of the claims themselves (see *Dableh, supra*). Second, it proposes a construction of the patent claim that is defined or limited by the alleged infringement. Mr. Justice Binnie said in *Whirlpool, supra*, at paragraph 49(a), that such a result oriented approach to patent construction is incorrect.

[44] Counsel for Mr. Schmeiser cited *Reymes-Cole v. Elite Hosiery Co. Ltd.*, [1965] R.P.C. 102 (C.A.) in support of his argument. That case involved a number of patents for the manufacture of nylon stockings. One of the patents was for a stocking with a certain tuck made in the toe seam. The evidence was that such a tuck was often found in manufactured nylon stockings but usually the tuck was present accidentally, because of momentary inattention by the sewing machine operator, and when discovered it was considered a flaw. The patent holder found the tuck to have a certain advantage, and obtained a patent for stockings with the tuck made deliberately. Lord Diplock, speaking for the majority, said this at pages 117 to 118:

... If this patent were valid, as the judge held, then I should have been inclined to hold that the plaintiff could establish infringement even though the tucks in the infringing stockings were accidental. But with great respect to the learned judge, I do not think that he was right in holding, as he did, that this patent was valid.

It would seem an odd result of patent law if the plaintiff, by patenting as he has purported to do in the product claims of the specification stockings containing small tucks of this kind, could prevent manufacturers from continuing a process of manufacture which they had previously used in which such tucks were produced accidentally, and from marketing the products of such process which contained an unintentional tuck. In my view, the law does not entail this consequence. The plaintiff may have been the first to recognise that a physical characteristic which was already well-known, but regarded as an accidental imperfection in a stocking, was an

pour qu'il soit possible de conclure à la contrefaçon. Il me semble que l'argument qui a été invoqué au nom de M. Schmeiser sur ce point est défectueux, et ce, pour deux raisons. En premier lieu, il se fonde à tort sur la divulgation qui est faite dans le brevet pour incorporer une restriction qui ne figure pas dans le libellé des revendications elles-mêmes (voir *Dableh, précité*). En second lieu, il propose une interprétation de la revendication qui est définie ou limitée par la présumée contrefaçon. Dans l'arrêt *Whirlpool, précité*, au paragraphe 49a), le juge Binnie a dit qu'une approche axée sur les résultats, en ce qui concerne l'interprétation d'un brevet, est erronée.

[44] L'avocat de M. Schmeiser a mentionné l'arrêt *Reymes-Cole v. Elite Hosiery Co. Ltd.*, [1965] R.P.C. 102 (C.A.) à l'appui de son argument. Cette affaire se rapportait à un certain nombre de brevets concernant la fabrication de bas de nylon. L'un des brevets se rapportait à des bas dont la couture, aux orteils, comportait un pli. Selon la preuve, on trouvait souvent pareil pli dans les bas de nylon, mais habituellement il ne s'y trouvait qu'accidentellement, à cause d'une inattention momentanée de l'opérateur de la machine à coudre, et lorsqu'il était découvert, il était considéré comme un défaut. Or, le breveté estimait que le pli comportait certains avantages, et il a obtenu un brevet pour des bas dans lesquels on faisait délibérément ce pli. Lord Diplock, au nom de la majorité, a dit ceci, aux pages 117 et 118:

[TRADUCTION] [. . .] Si le brevet était valide, comme le juge l'a statué, j'aurais été porté à conclure que le demandeur pouvait établir la contrefaçon même si les plis qui se trouvaient dans les bas contrefaits étaient accidentels. Cependant, malgré tout le respect que j'éprouve pour le juge, je ne crois pas qu'il ait eu raison de conclure comme il l'a fait que le brevet était valide.

Il semble que le droit des brevets entraînerait un résultat étrange si, en obtenant un brevet comme il a tenté de le faire, selon les revendications du mémoire descriptif, à l'égard de bas renfermant de petits plis de ce genre, le demandeur pouvait empêcher les fabricants de continuer à utiliser un procédé de fabrication qu'ils avaient antérieurement utilisé et dans lequel des plis étaient accidentellement produits, et de commercialiser les produits résultant de pareil procédé renfermant le pli involontaire. À mon avis, le droit n'emporte pas une telle conséquence. Le demandeur a peut-être bien été le premier à reconnaître qu'une caractéristique physique qui

advantage, but such recognition, without more, is not an invention, and does not involve any inventive step.

[45] I see no useful analogy between this case and *Reymes-Cole*. *Reymes-Cole* is not authority for the proposition that a patent should be narrowly construed if a broad construction could result in accidental infringement. On the contrary, Lord Diplock appeared to recognize that accidental infringement of a valid patent can occur. The point of *Reymes-Cole* is that something as common as a tuck in the toe seam of a stocking is not novel. Monsanto is not claiming a monopoly over any farming practice or technique, however common or well known.

[46] In my view, the Trial Judge correctly applied the principles applicable to the construction of patent claims. He was presented with expert evidence to assist in understanding the claims through the eyes of persons skilled in the art. Having heard that evidence, he found no ambiguity in the claims that would justify recourse to the disclosure, and concluded that the essence of each claim was the presence of the Monsanto gene. In my view, his construction is correct. It is also a complete answer to the argument of counsel for Mr. Schmeiser that the claims of the patent cannot be infringed by someone who cultivates plants containing the Monsanto gene but does not spray them with Roundup.

(2) Does it matter how the Monsanto gene came to be in the 1998 Schmeiser crop?

[47] Only the Schmeiser canola crop for 1998 was found to infringe the Monsanto patent. That crop came mainly from seed saved from the glyphosate-resistant canola found on and adjacent to the Schmeiser property in 1997. However, the Trial Judge did not reach any conclusion as to how glyphosate-resistant canola came to be there in 1997, because in his view it did not matter. He explains why it did not matter at paragraphs 119 and

était déjà bien connue, mais qui était considérée comme un défaut accidentel dans un bas, comportait un avantage; cependant, pareille reconnaissance, sans plus, n'est pas une invention et ne comporte pas d'étape inventive.

[45] Je ne puis constater aucune analogie utile entre la présente affaire et l'affaire *Reymes-Cole*. L'arrêt *Reymes-Cole* ne fait pas autorité en ce qui concerne la thèse selon laquelle un brevet doit être interprété d'une façon restrictive si une interprétation large peut entraîner une contrefaçon accidentelle. Au contraire, lord Diplock semblait reconnaître qu'un brevet valide peut donner lieu à une contrefaçon accidentelle. Le point qui ressort de l'arrêt *Reymes-Cole* est qu'une chose qui est aussi commune qu'un pli, dans la couture d'un bas, aux orteils, n'est pas nouvelle. Or, Monsanto ne revendique pas un monopole sur une pratique ou sur une technique agricole, aussi commune ou connue soit-elle.

[46] À mon avis, le juge de première instance a correctement appliqué les principes à utiliser pour interpréter les revendications d'un brevet. Il avait à sa disposition le témoignage d'experts pour l'aider à comprendre les revendications comme une personne versée dans l'art les comprendrait. Le juge a entendu ces témoignages; il n'a pu trouver, dans les revendications, aucune ambiguïté justifiant le recours à la divulgation et il a conclu que l'essence de chaque revendication était la présence du gène Monsanto. À mon avis, son interprétation était correcte. Cette interprétation répond par ailleurs complètement à l'argument de l'avocat de M. Schmeiser selon lequel les revendications du brevet ne peuvent pas être contrefaites par une personne qui cultive des plantes contenant le gène Monsanto, mais qui ne les traite pas avec l'herbicide Roundup.

2) Les circonstances dans lesquelles le gène Monsanto s'est retrouvé dans la récolte de 1998 des Schmeiser entrent-elles en ligne de compte?

[47] Il a été conclu que seule la récolte de canola de 1998 des Schmeiser contrefaisait le brevet de Monsanto. Cette récolte provenait principalement de graines du canola résistant au glyphosate qui avait poussé ou à côté de la propriété des Schmeiser en 1997. Toutefois, le juge de première instance n'a tiré aucune conclusion au sujet des circonstances dans lesquelles le canola résistant au glyphosate s'était retrouvé à cet endroit en 1997 parce

120 of his reasons:

Yet the source of the Roundup resistant canola in the defendants' 1997 crop is really not significant for the resolution of the issue of infringement which relates to the 1998 crop. It is clear from Mr. Schmeiser himself that he retained seed grown in 1996 in field number 1 to be his seed for the 1997 crop. In 1997 he was aware that the crop in field number 2 showed a very high level of tolerance to Roundup herbicide and seed from that field was harvested, and retained for seed for 1998.

I find that in 1998 Mr. Schmeiser planted canola seed saved from his 1997 crop in his field number 2 which seed he knew or ought to have known was Roundup tolerant, and that seed was the primary source for seeding and for the defendants' crops in all nine fields of canola in 1998.

[48] It was submitted for Mr. Schmeiser that the Trial Judge was wrong to say that the source of the 1997 glyphosate resistant canola is irrelevant, because infringement could not have been found if Mr. Schmeiser took no steps to cause glyphosate-resistant canola plants to grow on or adjacent to his property in 1997.

[49] The argument for Mr. Schmeiser on this point is a combination of interrelated points, which I summarize as follows. The seed of the glyphosate resistant canola plants that appeared in 1997 on and adjacent to the Schmeiser property became the property of Mr. Schmeiser by operation of law. Those plants could have resulted from canola seed spilled from a passing truck or carried from neighbouring fields by wind or flood water. In the absence of any evidence that Mr. Schmeiser somehow caused those glyphosate-resistant canola plants to grow on or near his property in 1997, the resulting 1998 crop should not be burdened with a patent claim. To find otherwise is an unjustified intrusion on Mr. Schmeiser's property rights, in particular the ownership of his crops and his right to harvest whatever is growing on his land and to save the seed for cultivation in subsequent years. Alternatively, Monsanto should be held to have waived or surrendered

que, à son avis, cela importait peu. Aux paragraphes 119 et 120 de ses motifs, le juge a expliqué pourquoi il en était ainsi:

La provenance du canola résistant au Roundup qui s'est retrouvé dans la récolte de 1997 des défendeurs ne revêt cependant pas une si grande importance lorsqu'il s'agit de résoudre la question de la contrefaçon en ce qui concerne la récolte de 1998. M. Schmeiser reconnaît lui-même qu'il a conservé des semences cultivées en 1996 dans le champ n° 1 pour s'en servir pour la récolte de 1997. En 1997, il savait que les plantes cultivées dans le champ n° 2 montraient un degré très élevé de résistance à l'herbicide Roundup et il a récolté des semences provenant de ce champ qu'il a gardées en vue de les ensemençer en 1998.

Je conclus que, en 1998, M. Schmeiser a planté des graines de canola qu'il avait gardées de sa récolte de 1997 dans son champ n° 2 alors qu'il savait ou aurait dû savoir que ces graines étaient résistantes au Roundup. Je conclus également qu'il s'est principalement servi de ces graines pour ensemençer la totalité de ses neuf champs de canola en 1998.

[48] Il a été soutenu au nom de M. Schmeiser que le juge de première instance avait commis une erreur en disant que la provenance du canola résistant au glyphosate produit en 1997 importe peu, parce qu'il n'aurait pas pu y avoir contrefaçon si M. Schmeiser n'avait pas pris de mesures pour que des plantes de canola résistant au glyphosate poussent sur sa propriété ou à côté de sa propriété en 1997.

[49] L'argument invoqué au nom de M. Schmeiser sur ce point est une combinaison de points liés les uns aux autres, que je résumerai comme suit. Les graines des plantes de canola résistant au glyphosate qui sont apparues en 1997 dans les champs des Schmeiser ou à côté devenues la propriété de M. Schmeiser par application de la loi. Ces plantes auraient pu provenir de graines de canola qu'un camion avait échappées en passant ou de graines que le vent ou les eaux de crue avaient transportées depuis les champs voisins. En l'absence de quelque élément de preuve montrant que M. Schmeiser avait de quelque façon fait en sorte que ces plantes de canola résistant au glyphosate poussent sur à côté de sa propriété en 1997, la récolte qui en a résulté en 1998 ne devrait pas être assujettie à la revendication d'un brevet. Conclure le contraire constitue une atteinte injustifiée aux droits de propriété de M. Schmeiser, en particulier au droit de propriété sur

its patent rights when it permitted glyphosate-resistant canola to be released into the environment.

[50] I will deal with these arguments under three headings, (a) conflict of rights, (b) the innocent infringer, and (c) the effect of unconfined release.

(a) Conflict of rights

[51] I am prepared to assume, without deciding, that the owner of real property has legal title to any volunteer plant found on his land, and generally has a right to save the seed from such a plant, and to plant and harvest the seed for profit in subsequent years. However, there is no authority for the proposition that ownership of a plant must necessarily supersede the rights of the holder of a patent for a gene found in the plant. On the contrary, the jurisprudence presents a number of examples in which the rights of ownership of property are compromised to the extent required to protect the patent holder's statutory monopoly. Generally, the existence of such a conflict of rights is not relevant to the determination of infringement, but only when fashioning the remedy if infringement is found.

[52] The closest analogy is found in the cases where there is a conflict between the rights of an owner of a machine and the rights of the holder of a patent for a component of the machine. Absent the consent of the patent holder to that particular use of the invention, the owner of the machine may be ordered to remove the infringing component or, if that cannot be done, to deliver the machine to the patent holder: *Stiga Aktiebolag and Noma Outdoor Products Inc. v. S.L.M. Canada Inc.* (1990), 39 F.T.R. 13 (F.C.T.D.), and *Diversified Products Corp. v. Tye-Sil Corp.* (1988), 21 C.I.P.R. 70 (F.C.T.D.). Mr. Justice Cullen explained these remedies as follows in *Diversified Products* (at page 72):

ses récoltes et au droit de récolter ce qui pousse sur ses terres et de conserver les graines pour les semer par la suite. Subsidiairement, il devrait être conclu que Monsanto a renoncé aux droits qu'elle possédait sur le brevet ou qu'elle les a abandonnés en laissant du canola résistant au glyphosate s'échapper dans l'environnement.

[50] J'examinerai ces arguments sous trois titres: a) le conflit de droits, b) le contrefacteur innocent, c) l'effet de la dissémination en milieu ouvert.

a) Le conflit de droits

[51] Je suis prête à supposer, sans toutefois me prononcer sur la question, que le propriétaire d'un bien immobilier possède le titre légal afférent à toute repousse spontanée qui se trouve sur son bien-fonds et en général qu'il a le droit de conserver les graines provenant de pareille plante et de semer les graines et de récolter ce qu'il a semé pour en tirer un profit au cours d'années subséquentes. Toutefois, il n'existe aucune décision appuyant la thèse selon laquelle le droit de propriété existant sur une plante doit nécessairement l'emporter sur les droits que possède le breveté sur un gène contenu dans la plante. Au contraire, la jurisprudence présente un certain nombre d'exemples dans lesquels les droits de propriété existant sur un bien sont compromis dans la mesure nécessaire pour protéger le monopole conféré par la loi au breveté. En général, l'existence de pareil conflit de droits n'est pas pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a contrefaçon, car on en tient uniquement compte pour décider de la réparation à accorder en cas de contrefaçon.

[52] La meilleure analogie se trouve dans les affaires où il existe un conflit entre les droits du propriétaire d'une machine et les droits du breveté à l'égard d'un composant de la machine. Si le breveté ne consent pas à l'exploitation particulière de l'objet de l'invention, il peut être ordonné au propriétaire de la machine d'enlever le composant contrefait ou, s'il lui est impossible de le faire, de remettre la machine au breveté: *Stiga Aktiebolag and Noma Outdoor Products Inc. c. S.L.M. Canada Inc.* (1990), 39 F.T.R. 13 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) et *Diversified Products Corp. c. Tye-Sil Corp.* (1988), 21 C.I.P.R. 70 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). M. juge Cullen a expliqué ces réparations comme suit dans la décision *Diversified Products* (à la page 72):

The law is quite clear that: “an order for delivery up is ancillary to the grant of an injunction, and is granted by way of protection to the patentee against the use or sale of infringing articles by the defendant who has been found guilty of infringement, and is not by way of punishment to the infringer” H. Fox, *Canada Patent Law* (4th ed. 1969), at 505. To the same effect is a comment by Blanco-White, T.A. *Patents for Inventions* 4th ed, at 429. “Delivery up will be confined to what is reasonable to safeguard the patentee against further infringement; thus where a small part of a complicated machine infringed a valid patent, only the infringing parts were ordered to be delivered up.” There is of course the necessity to protect the patentee from any use after the expiry of the patent from a machine made during its currency.

Secondly, ownership does not flow to the patentee, Fox, at 505: “In this sense the defendant is not deprived of his property in the articles so long as they can be rendered non-infringing” [Emphasis added.]

[53] Counsel for Mr. Schmeiser cited *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.* (2002), 210 D.L.R. (4th) 385 (S.C.C.), as an example of a situation where intellectual property rights were not permitted to supersede the rights of the owner of property. I do not read that case as establishing the principle propounded by counsel for Mr. Schmeiser.

[54] In *Théberge*, an artist created certain paintings and assigned to a publisher the right to make posters and other copies of his works on paper. A gallery purchased some of the authorized posters, and chemically moved the ink from the paper to canvas, leaving the paper blank. The artist applied for an injunction, accounting and damages in the Quebec Superior Court, and also obtained a writ of seizure before judgment under subsection 38(1) [as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 20] of the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, with respect to all canvas-backed copies of his work. Subsection 38(1) authorizes the seizure of infringing copies of a work. Mr. Justice Binnie, speaking for the majority, held that what the gallery had done with the posters was not a reproduction of the work at all, and therefore it was something it was entitled to do as the legal owner of the posters. The artist's real objection to the gallery's acts

Le droit applicable dit clairement que: [TRADUCTION] «une ordonnance prescrivant la remise est accessoire à la délivrance d'une injonction, et elle vise à protéger la breveté contre l'utilisation et la vente d'articles constituant contrefaçon par la défenderesse qui a été reconnue coupable de contrefaçon; il ne s'agit pas d'une punition infligée au contrefacteur» H. Fox, *Canada Patent Law*, 4th ed. (1969), p. 505. Va dans le même sens un commentaire de T.A. Blanco-White dans *Patents for Invention*, 4th edition, à la page 429 [TRADUCTION]: «La remise se limitera à ce qui est raisonnable pour protéger le breveté contre d'autres contrefaçons: ainsi, lorsqu'une petite partie d'une machine compliquée constituait la contrefaçon d'un brevet valide, seules les pièces qui empiétaient sur ce brevet devaient être remises.» Évidemment, il est nécessaire de protéger le breveté contre toute utilisation, après l'expiration du brevet, d'une machine fabriquée lorsque le brevet était encore valide.

Deuxièmement, la propriété n'est pas transférée au breveté, comme le dit Fox (précité) à la page 505 [TRADUCTION]: «En ce sens, le défendeur n'est pas privé de son droit de propriété sur les articles incriminés pourvu que l'on puisse les empêcher de constituer contrefaçon» [Non souligné dans l'original.]

[53] L'avocat de M. Schmeiser a mentionné l'arrêt *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.* (2002), 210 D.L.R. (4th) 385 (C.S.C.), comme exemple d'un cas dans lequel on n'a pas laissé des droits de propriété intellectuelle l'emporter sur les droits du propriétaire d'un bien. Je n'interprète pas cet arrêt-là comme établissant le principe proposé par l'avocat de M. Schmeiser.

[54] Dans l'affaire *Théberge*, un artiste créait certaines peintures et cédait à un éditeur le droit de faire des affiches et d'autres reproductions papier de ses œuvres. Une galerie d'art avait acheté certaines affiches autorisées et, en utilisant un processus chimique, elle avait reporté l'encre du papier sur une toile, laissant l'affiche blanche. L'artiste avait sollicité une injonction, une comptabilisation des dommages-intérêts devant la Cour supérieure du Québec; il avait également obtenu un bref de saisie avant jugement en vertu du paragraphe 38(1) [mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 20] de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, à l'égard de toutes les reproductions sur toile de son œuvre. Le paragraphe 38(1) autorise la saisie des exemplaires contrefaits d'une œuvre. Le juge Binnie, au nom de la majorité, a statué que ce que la galerie d'art avait fait avec les affiches ne constituait aucunement



was that the gallery had infringed his moral rights, but subsection 38(1) of the *Copyright Act* does not authorize a pre-trial seizure of goods to enforce an artist's moral rights.

(b) The innocent infringer

[55] Counsel for Mr. Schmeiser submitted that a finding for Monsanto in this case would be highly prejudicial to any farmer who does not wish to grow Roundup Ready Canola. That is because glyphosate-resistant canola can appear in a field without having been planted there, but a farmer cannot detect it without spraying Roundup, thereby killing any conventional canola in the field.

[56] There is considerable force to the argument that it would be unfair to grant Monsanto a remedy for infringement where volunteer Roundup Ready Canola grows in a farmer's field but its resistance to glyphosate remains unknown, or if that characteristic becomes apparent but the seeds of the volunteer plants are not retained for cultivation. It is often said that intention is not material to a finding of infringement: H. Fox, *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed. (1969), at page 381; *Computalog Ltd. v. Comtech Logging Ltd.* (1992), 44 C.P.R. (3d) 77 (F.C.A.). That principle was developed in the context of patents for conventional inventions: see, for example, *Stead v. Anderson* (1847), 2 Web. P.C. 151; 72 R.R. 730; *Wright v. Hitchcock* (1870), L.R. 5 Ex. 37; *Young v. Rosenthal* (1884), 1 R.P.C. 29 (Q.B.); *Skelding v. Daly et al.* (1941), 57 B.C.R. 121 (C.A.). Clearly, in most cases of patent infringement, to allow a defence of ignorance or lack of intention to infringe would destroy the efficacy of the patent, because the actual content of any particular patent is known to very few people.

une reproduction de l'œuvre et qu'il s'agissait donc d'une chose qu'elle avait le droit de faire en sa qualité de propriétaire des affiches. L'objection réelle de l'artiste, en ce qui concerne les actes commis par la galerie d'art, était que cette dernière avait porté atteinte à ses droits moraux, mais le paragraphe 38(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* n'autorise pas la saisie avant l'instruction de marchandises visant à assurer l'exercice des droits moraux d'un artiste.

b) Le contrefacteur innocent

[55] L'avocat de M. Schmeiser a soutenu qu'en l'espèce, tirer une conclusion en faveur de Monsanto causerait un préjudice sérieux à tout agriculteur qui ne veut pas cultiver le canola Roundup Ready, et ce, parce que le canola résistant au glyphosate peut apparaître dans un champ sans y avoir été planté, mais que l'agriculteur ne peut pas le détecter sans pulvériser l'herbicide Roundup, tuant ainsi tout canola ordinaire qui se trouve dans le champ.

[56] Il y a beaucoup de force à l'argument selon lequel il serait inéquitable d'accorder à Monsanto une réparation par suite de la contrefaçon lorsqu'il y a des repousses spontanées de canola Roundup Ready dans le champ d'un agriculteur, mais que sa résistance au glyphosate n'est pas connue, ou si cette caractéristique devient apparente, lorsque les graines des plantes spontanées ne sont pas conservées pour être cultivées. On affirme souvent que l'intention n'est pas essentielle à une conclusion de contrefaçon: H. Fox, *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4<sup>e</sup> éd. (1969), à la page 381; *Computalog Ltd. c. Comtech Logging Ltd.* (1992), 44 C.P.R. (3d) 77 (C.A.F.). Ce principe a été élaboré dans le contexte de brevets concernant des inventions habituelles: voir par exemple *Stead v. Anderson* (1847), 2 Web. P.C. 151; 72 R.R. 730; *Wright v. Hitchcock* (1870), L.R. 5 Ex. 37; *Young v. Rosenthal* (1884), 1 R.P.C. 29 (Q.B.); *Skelding v. Daly et al.* (1941), 57 B.C.R. 121 (C.A.). À coup sûr, dans la plupart des cas de contrefaçon de brevet, permettre un moyen de défense fondé sur l'ignorance ou sur l'absence d'intention de se livrer à une contrefaçon détruirait l'efficacité du brevet parce que fort peu de gens connaissent le contenu réel d'un brevet particulier.

[57] However, it seems to me arguable that the patented Monsanto gene falls into a novel category. It is a patented invention found within a living plant that may, without human intervention, produce progeny containing the same invention. It is undisputed that a plant containing the Monsanto gene may come fortuitously onto the property of a person who has no reason to be aware of the presence of the characteristic created by the patented gene. It is also reasonable to suppose that the person could become aware that the plant has that characteristic but may tolerate the continued presence of the plant without doing anything to cause or promote the propagation of the plant or its progeny (by saving and planting the seeds, for example). In my view, it is an open question whether Monsanto could, in such circumstances, obtain a remedy for infringement on the basis that the intention of the alleged infringer is irrelevant. However, that question does not need to be resolved in this case.

[58] In this case, Mr. Schmeiser cultivated glyphosate-resistant canola plants. His 1998 canola crop was mostly glyphosate resistant, and it came from seed that Mr. Schmeiser had saved from his own fields and the adjacent road allowances in 1997. Although the Trial Judge did not find that Mr. Schmeiser played any part initially in causing those glyphosate-resistant canola plants to grow in 1997, the Trial Judge found as a fact, on the basis of ample evidence, that Mr. Schmeiser knew or should have known that those plants were glyphosate-resistant when he saved their seeds in 1997 and planted those seeds the following year. It was the cultivation, harvest and sale of the 1998 crop in those circumstances that made Mr. Schmeiser vulnerable to Monsanto's infringement claim.

(c) The effect of unconfined release

[59] Counsel for Mr. Schmeiser argued that Monsanto, by permitting farmers to plant Roundup Ready Canola without undertaking steps to limit its spread by means of the movement of pollen and through accidental spillage, has waived any exclusive rights it

[57] Toutefois, il me semble contestable que le gène Monsanto breveté appartienne à une nouvelle catégorie. Il s'agit d'une invention brevetée existant dans une plante vivante qui peut, sans intervention humaine, produire une descendance contenant la même invention. Il n'est pas contesté qu'une plante qui contient le gène Monsanto peut se trouver par hasard sur la propriété d'une personne qui n'a aucune raison d'être au courant de la présence de la caractéristique créée par le gène breveté. On peut également supposer avec raison que la personne en question apprendra que la plante comporte cette caractéristique, mais qu'elle tolérera peut-être la présence continue de la plante sans pour autant faire quoi que ce soit pour causer ou encourager la propagation de la plante ou de sa descendance (par exemple en conservant les graines et en les semant). À mon avis, on peut se demander si en pareil cas, il est possible pour Monsanto d'obtenir une réparation fondée sur la contrefaçon pour le motif que l'intention du présumé contrefacteur n'est pas pertinente. Toutefois, cette question n'a pas à être réglée en l'espèce.

[58] Dans ce cas-ci, M. Schmeiser a cultivé des plantes de canola résistant au glyphosate. Le canola cultivé en 1998 était presque entièrement résistant au glyphosate et provenait de graines que M. Schmeiser avait conservées, lesquelles se trouvaient dans ses propres champs et dans les réserves routières contiguës en 1997. Le juge de première instance n'a pas conclu que M. Schmeiser avait initialement été en cause lorsqu'il s'était agi de cultiver ces plantes de canola résistant au glyphosate en 1997, mais il a conclu, en se fondant sur de nombreux éléments de preuve, que M. Schmeiser savait ou aurait dû savoir que ces plantes résistaient au glyphosate lorsqu'il avait conservé leurs graines en 1997 et qu'il les avait semées l'année suivante. C'était la culture, la moisson et la vente de la récolte de 1998 dans ces circonstances qui rendaient M. Schmeiser vulnérable à l'allégation de contrefaçon qui était faite par Monsanto.

(c) L'effet de la dissémination en milieu ouvert

[59] L'avocat de M. Schmeiser a soutenu qu'en autorisant des agriculteurs à planter du canola Roundup Ready sans prendre de mesures pour limiter sa propagation par suite du déplacement du pollen et du déversement accidentel, Monsanto avait renoncé à tout

may have had. This argument, if accepted, would have the effect of nullifying Monsanto's patent. The Trial Judge rejected this argument. I agree with his analysis and conclusions on this issue as stated at paragraphs 95 to 98 of his reasons for judgment:

On the basis of the evidence of pictures adduced by Mr. Schmeiser, of stray plants and of plants in fields, in Bruno and its environs, it is urged that unconfined release and lack of control of Monsanto over the replication of the plants containing their patented gene clearly demonstrates extensive uncontrolled release of the plaintiffs' invention. Indeed it is urged this is so extensive that the spread of the invention cannot be controlled and Monsanto cannot claim the exclusive right to possess and use the invention. It is further urged that it was the plaintiffs' obligation to control its technology to ensure it did not spread and that Monsanto has not attempted to do so.

That assessment places much weight on photographs of stray plants in Bruno, said to have survived spraying with Roundup, in addition to photographs of canola in fields which is said to be of canola, some with the potential gene incorporated. With respect, the conclusion the defendants urge would ignore the evidence of the licensing arrangements developed by Monsanto in a thorough and determined manner to limit the spread of the gene. Those arrangements require agreement of growers not to sell the product derived from seed provided under a TUA [Technology Use Agreement] except to authorized dealers, not to give it away and not to keep it for their own use even for reseeding. It ignores evidence of the plaintiffs' efforts to monitor the authorized growers, and any who might be considered to be growing the product without authorization. It ignores the determined efforts to sample and test the crops of the defendants who were believed to be growing Roundup Ready canola without authorization. It ignores also the evidence of Monsanto's efforts to remove plants from fields of other farmers who complained of undesired spread of Roundup Ready canola to their fields.

droit exclusif qu'elle possédait. Or, cet argument, s'il est retenu, aurait pour effet d'annuler le brevet de Monsanto. Le juge de première instance a rejeté cet argument. Je souscris à l'analyse que le juge a effectuée et aux conclusions qu'il a tirées sur ce point, telles qu'elles sont énoncées aux paragraphes 95 à 98 de ses motifs de jugement:

Invokant les photos que M. Schmeiser a déposées en preuve et qui montrent la présence de repousses spontanées et de plantes dans les champs, à Bruno et dans les environs, les défendeurs soutiennent que la dissémination en milieu ouvert et l'absence de contrôle de Monsanto sur la reproduction des plantes contenant le gène breveté démontrent à l'évidence que l'invention des demanderesse a été diffusée sans aucun contrôle. Les défendeurs affirment d'ailleurs que ce problème est grave au point où la diffusion de l'invention échappe à tout contrôle et que Monsanto ne peut revendiquer le droit exclusif à la possession et à l'exploitation de l'invention. Ils ajoutent que les demanderesse étaient tenues de contrôler la technologie de l'invention pour en éviter la diffusion, ce qu'elles n'ont pas tenté de faire.

Cette appréciation accorde beaucoup d'importance aux photographies de repousses spontanées que l'on trouve à Bruno et qui auraient survécu à la pulvérisation au «Roundup», ainsi qu'aux photographies du canola que l'on trouve dans des champs qui seraient des champs de canola et dont certains contiendraient le gène en question. Je me dois de signaler qu'en tirant une telle conclusion, les défendeurs font fi des éléments de preuve relatifs aux accords d'octroi de licence que Monsanto a élaborés avec rigueur et précision pour limiter la propagation du gène. Ces accords obligent les producteurs à convenir de ne vendre le produit obtenu grâce aux semences fournies aux termes d'une entente sur les utilisations technologiques qu'à des marchands agréés. Aux termes de ces accords, les producteurs conviennent également de ne pas donner les semences en question à d'autres producteurs et de ne pas les conserver pour leur propre usage, pas même pour le réensemencement. Les défendeurs font également fi des mesures prises par les demanderesse pour contrôler les producteurs autorisés et pour surveiller quiconque cultive le produit sans autorisation. Ils ne tiennent pas compte non plus des mesures énergiques que les demanderesse ont prises pour prélever des échantillons des cultures des défendeurs, qu'elles soupçonnaient de cultiver sans autorisation du canola Roundup Ready et pour tester des échantillons. Ils ignorent finalement les éléments de preuve relatifs aux mesures prises par Monsanto pour arracher des plantes des champs d'autres agriculteurs qui se plaignaient de la prolifération indésirable de canola Roundup Ready dans leurs champs.

Indeed the weight of evidence in this case supports the conclusion that the plaintiffs undertook a variety of measures designed to control the unwanted spread of canola containing their patented gene and cell.

I am not persuaded that the plaintiffs have lost the right to claim exclusive use of their invention, or that they have waived any such claim. There clearly is no expressed waiver, and none can be implied from the conduct of the plaintiffs so far as that is a matter of record before the Court.

[60] Counsel for Mr. Schmeiser argues that it is physically impossible to control completely the spread of Roundup Ready Canola, that the existence of volunteer Roundup Ready Canola plants and cross-pollination of Roundup Ready Canola with other varieties is inevitable to some degree, that there are steps Monsanto could have taken but did not take to exercise better control, and that some of the steps that were taken by Monsanto were curative rather than preventive. Even if counsel for Mr. Schmeiser is correct on all of these points, these considerations may cause Monsanto some difficulty in defending its patent rights in certain situations, but they cannot be taken as a waiver by Monsanto of its patent rights. There is even less justification for concluding that Monsanto has waived the right to assert its patent rights against Mr. Schmeiser, who was found to be cultivating a crop of canola that he knew or ought to have known was grown from seeds of glyphosate-resistant canola plants.

(3) Did the Trial Judge misapprehend the evidence or consider inadmissible evidence?

[61] There are four arguments under this heading. I have concluded, for the following reasons, that none of these arguments disclose any error by the Trial Judge that warrants the intervention of this Court.

(a) Was there evidence that seed from field 6 was saved in 1996?

[62] Counsel for Mr. Schmeiser argued that the Trial Judge erred at paragraph 34 of his reasons for judgment

De fait, la valeur probante des éléments de preuve administrés en l'espèce appuie la conclusion que les demanderesse ont pris une série de mesures en vue d'enrayer la propagation indésirée de canola contenant leur gène et leur cellule brevetés.

Je ne suis pas persuadé que les demanderesse ont perdu leur droit de revendiquer l'exploitation exclusive de leur invention ou qu'elles ont renoncé à ce droit. Il n'y a de toute évidence aucune renonciation expresse et on ne peut en inférer aucune des agissements des demanderesse, du moins au vu du dossier qui a été soumis à la Cour.

[60] L'avocat de M. Schmeiser soutient qu'il est physiquement impossible d'enrayer complètement la propagation du canola Roundup Ready, que l'existence de plantes spontanées de canola Roundup Ready et la pollinisation croisée du canola Roundup Ready avec d'autres variétés est dans une certaine mesure inévitable, que Monsanto aurait pu prendre certaines mesures pour assurer un meilleur contrôle, mais qu'elle ne l'a pas fait, et que certaines des mesures que Monsanto a prises étaient de nature curative plutôt que préventive. Même si l'avocat de M. Schmeiser a raison sur tous ces points, ces considérations peuvent poser un problème dans certains cas lorsqu'il s'agit pour Monsanto de défendre les droits qu'elle possède sur le brevet, mais on ne saurait dire que Monsanto a ainsi renoncé à ses droits. Il est encore moins justifié de conclure que Monsanto avait renoncé au droit de revendiquer les droits qu'elle possède sur le brevet à l'encontre de M. Schmeiser qui, a-t-il été conclu, avait cultivé du canola alors qu'il savait ou aurait dû savoir que ce canola provenait de graines de plants résistant au glyphosate.

3) Le juge de première instance a-t-il mal interprété la preuve ou a-t-il tenu compte d'éléments de preuve non admissibles?

[61] Quatre arguments sont invoqués sous ce chef. J'ai conclu, pour les motifs ci-après énoncés, qu'aucun de ces arguments ne montre que le juge de première instance a commis une erreur justifiant l'intervention de la Cour.

a) Existait-il certains éléments de preuve montrant que les graines du champ n° 6 avaient été conservées en 1996?

[62] L'avocat de M. Schmeiser a soutenu que le juge de première instance avait commis une erreur, au

when he said that there is no evidence that seed from Schmeiser field 6 was saved in 1996 to be used as seed for his 1997 crop. Mr. Schmeiser had testified to this fact, and so there was some evidence of it. However, in my view this error is inconsequential because, for the reasons stated above, the source of the seed for the 1997 crop is irrelevant.

(b) Evidence of crop sampling and testing

[63] Counsel for Mr. Schmeiser raised a number of criticisms of the plant testing undertaken by or on behalf of Monsanto, and argued that the Trial Judge erred in giving undue weight to evidence of that testing, which led him to an unwarranted conclusion as to the proportion of glyphosate-resistant canola that was present in the Schmeiser fields.

[64] An appellate court cannot interfere with the findings of fact made by a trial judge unless there is a palpable and overriding error that affected his assessment of the facts: *Housen v. Nikolaisen* (2002), 211 D.L.R. (4th) 577 (S.C.C.). Having reviewed the Trial Judge's reasons for judgment against the transcript and the documents, I can find no such error underlying his factual findings as to the proportion of glyphosate-resistant canola on the Schmeiser fields.

(c) Was evidence taken on behalf of Monsanto in breach of a court order?

[65] It is argued that the crop samples that Monsanto's representatives took from the Schmeiser fields for testing pursuant to the order of the Associate Senior Prothonotary dated August 12, 1998 should not have been admitted because the Monsanto representatives did not abide by the terms of a written undertaking submitted to the Court on the date of the order. According to the undertaking, Monsanto's representatives were to contact Mr. Schmeiser's then solicitor in Humboldt, Saskatchewan before taking the

paragraphe 34 de ses motifs, en disant que rien dans la preuve n'indiquait que les graines récoltées dans le champ n° 6 des Schmeiser avaient été conservées en 1996 pour être utilisées comme semences pour la récolte de 1997. C'est ce que M. Schmeiser avait déclaré dans son témoignage, de sorte qu'il existait certains éléments de preuve à ce sujet. Toutefois, à mon avis, cette erreur ne tire pas à conséquence parce que, pour les motifs ci-dessus énoncés, la provenance des graines pour la récolte de 1997 n'entre pas en ligne de compte.

b) Preuve relative aux échantillons et aux tests

[63] L'avocat de M. Schmeiser a fait un certain nombre de critiques au sujet des tests qui avaient été effectués sur les plantes par Monsanto ou pour le compte de Monsanto, et il a soutenu que le juge de première instance avait commis une erreur en accordant trop d'importance à la preuve relative à ces tests, ce qui l'a amené à tirer une conclusion injustifiée au sujet de la proportion du canola résistant au glyphosate dans les champs des Schmeiser.

[64] Une cour d'appel ne peut pas modifier les conclusions de fait tirées par le juge de première instance à moins qu'une erreur manifeste et dominante n'ait influé sur son appréciation des faits: *Housen c. Nikolaisen* (2002), 211 D.L.R. (4th) 577 (C.S.C.). J'ai examiné les motifs prononcés par le juge de première instance par rapport à la transcription et aux documents, et je ne puis constater aucune erreur sous-tendant les conclusions factuelles qu'il a tirées au sujet de la proportion du canola résistant au glyphosate dans les champs des Schmeiser.

c) Des éléments de preuve présentés pour le compte de Monsanto ont-ils violé une ordonnance judiciaire?

[65] On a soutenu que les échantillons que les représentants de Monsanto ont prélevés dans les champs des Schmeiser aux fins des tests conformément à l'ordonnance rendue par le protonotaire adjoint le 12 août 1998 n'auraient pas dû être admis parce que les représentants de Monsanto ne se sont pas conformés aux conditions d'un engagement écrit soumis à la Cour le jour où l'ordonnance a été rendue. Selon l'engagement, les représentants de Monsanto devaient communiquer avec l'avocat qui représentait alors M. Schmeiser à

sampling, and they were to permit a representative of Mr. Schmeiser to accompany them during the sampling.

[66] No evidence was adduced from Mr. Schmeiser's former solicitor and so there is no evidence as to whether he was contacted by Monsanto's representatives prior to the sampling. However, it is clear that on the day the Monsanto representatives took the samples, and before they did so, they met Mr. Schmeiser on one of his fields where he was working. The Monsanto representative who spoke to Mr. Schmeiser testified that Mr. Schmeiser declined to accompany them and told them to go ahead and take the samples. Mr. Schmeiser testified that the Monsanto representatives did not permit him to accompany them.

[67] The Trial Judge did not attempt to resolve these conflicting recollections, as he described them, but he concluded that there had been no breach of the August 12, 1998 court order. In my view, he was right to reach that conclusion. Mr. Schmeiser admitted that he was advised of the sampling before it was done, and the evidence discloses no reason to believe that he could not have accompanied the Monsanto representatives if he had wished to do so.

(d) If there was illegally obtained evidence, should it have been excluded?

[68] In 1997, Monsanto obtained samples of Mr. Schmeiser's crops from the road allowances beside his fields. It was not established that any trespass occurred, but counsel for Mr. Schmeiser argued that nevertheless the samples taken were the property of Mr. Schmeiser, and the evidence of the tests from those samples should have been excluded because they were taken unlawfully. A similar argument is made for the results of tests of samples of canola seeds from Mr. Schmeiser's 1997 crop that Monsanto obtained from Humboldt Flour Mill. It appears that Humboldt Flour Mill routinely took "before and after" samples of seeds that they treat. They retained such samples from the seeds that Mr. Schmeiser brought for treatment in the spring of 1998. When Monsanto asked for those samples, Humboldt Flour Mill obliged them, without

Humboldt (Saskatchewan) avant de prélever des échantillons et ils devaient permettre à un représentant de M. Schmeiser de les accompagner pendant qu'ils prélevaient les échantillons.

[66] Aucun élément de preuve n'a été présenté par l'ancien avocat de M. Schmeiser, de sorte qu'il n'est pas prouvé que les représentants de Monsanto ont communiqué avec lui avant de prélever les échantillons. Toutefois, il est clair que le jour où les représentants de Monsanto ont prélevé les échantillons, et avant qu'ils le fassent, ils ont rencontré M. Schmeiser dans l'un de ses champs, où il travaillait. Le représentant de Monsanto qui a parlé à M. Schmeiser a témoigné que ce dernier avait refusé de les accompagner et leur avait dit d'aller de l'avant et de prélever les échantillons. De son côté, M. Schmeiser a témoigné que les représentants de Monsanto ne lui avaient pas permis de les accompagner.

[67] Le juge de première instance n'a pas tenté de statuer sur ces souvenirs différents, comme il les a appelés, mais il a conclu que l'ordonnance judiciaire du 12 août 1998 n'avait pas été violée. À mon avis, il a eu raison de tirer cette conclusion. M. Schmeiser a admis avoir reçu un préavis du prélèvement, et la preuve ne permet pas de croire qu'il n'aurait pas pu accompagner les représentants de Monsanto s'il l'avait voulu.

d) Si des éléments de preuve ont été illégalement obtenus, auraient-ils dû être exclus?

[68] En 1997, Monsanto a prélevé des échantillons de récolte dans les réserves routières le long des champs de M. Schmeiser. Il n'a pas été établi qu'il y avait eu empiètement, mais l'avocat de M. Schmeiser a soutenu que les échantillons qui avaient été prélevés appartenaient néanmoins à M. Schmeiser et que la preuve relative aux tests effectués à l'aide de ces échantillons aurait dû être exclue parce que les échantillons avaient été prélevés illégalement. Un argument similaire a été invoqué à l'égard des résultats des tests effectués sur les échantillons de graines de canola provenant de la récolte de 1997 de M. Schmeiser que Monsanto avait obtenus de la minoterie Humboldt. Il semble que la minoterie Humboldt prélevait régulièrement des échantillons de graines [TRADUCTION] «avant et après» leur traitement. On avait

informing Mr. Schmeiser. Counsel for Mr. Schmeiser argued that those samples were the property of Mr. Schmeiser, and that Humboldt Flour Mill had no right to give them to Monsanto without his consent.

[69] Both of these arguments are based on the premise of seed ownership. The Trial Judge did not question that premise. I will not question it either, but will simply assume, without deciding, that Mr. Schmeiser was the legal owner of all of those samples.

[70] Counsel for Mr. Schmeiser acknowledged that at common law, illegally obtained evidence is generally admissible in a civil dispute, but he argued that this Court should change the common law on that point to reflect the values underlying section 24 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]]:

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.

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

[71] The Trial Judge noted that section 24 of the Charter has no application to a dispute between private parties in which no agency of government is a party: *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at pages 593-604. He went on to say that this is not an appropriate case in which to move to evolve the

conservé des échantillons des graines que M. Schmeiser avait apportées aux fins du traitement au printemps 1998. Lorsque Monsanto a demandé ces échantillons, la minoterie Humboldt a agréé la demande sans informer M. Schmeiser de la chose. L'avocat de M. Schmeiser a soutenu que ces échantillons appartenaient à M. Schmeiser et que la minoterie Humboldt n'avait pas le droit de les remettre à Monsanto sans le consentement de celui-ci.

[69] Ces deux arguments sont fondés sur la prémisse relative à la question de savoir à qui appartenaient les graines. Le juge de première instance n'a pas remis cette prémisse en question. Je ne la remettrai pas non plus en question, mais je supposerai simplement, sans me prononcer sur ce point, que tous ces échantillons appartenaient à M. Schmeiser.

[70] L'avocat de M. Schmeiser a reconnu qu'en common law, un élément de preuve illégalement obtenu est généralement admissible dans un litige civil, mais il a affirmé que la Cour devrait modifier la common law sur ce point de façon qu'il soit tenu compte des valeurs sous-tendant l'article 24 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]]:

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

[71] Le juge de première instance a noté que l'article 24 de la Charte ne s'applique pas aux litiges privés n'ayant aucun lien avec le gouvernement: *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, aux pages 593 à 604. Il a ajouté qu'il ne convient pas ici de demander que les principes de common law soient

principles of the common law as suggested by counsel for Mr. Schmeiser, because under the principles in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, the admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute. I agree with his reasoning on this point, and his conclusion. In my view, the Trial Judge did not err in admitting the testing evidence from the roadside samples or the samples from the Humboldt Flour Mill.

(4) Did The Trial Judge err in the relief granted?

[72] According to subsection 55(1) of the *Patent Act*, a person who infringes a patent is liable for all damages sustained by the patent holder by reason of the infringement. In this case, the damages would appear to be limited to \$15 for each acre of glyphosate-resistant canola in the 1998 Schmeiser crop (1030 acres), for a total of \$15,450. However, under subsection 57(1), the Court may also grant other remedies, including an injunction and, in lieu of damages, an accounting of the profits from the infringement.

[73] The Trial Judge held that Monsanto Canada Inc. and Monsanto Company could jointly elect a single award of an accounting of profits, rather than damages. He also held that the liability to account would be that of Schmeiser Enterprises Ltd. only, and that Mr. Schmeiser would not be held personally liable. It has not been suggested that the Trial Judge erred in permitting Monsanto to elect an accounting of profits, or in limiting the monetary liability to Schmeiser Enterprises Ltd.

[74] The Trial Judge quantified the profit from the sale of the 1998 crop at \$19,832, and also granted Monsanto an injunction in these terms:

3. The Defendant, Percy Schmeiser, and the officers, directors, employees of the Defendant, Schmeiser Enterprises Ltd., and all persons under their control are hereby enjoined until the

modifiés comme l'a proposé l'avocat de M. Schmeiser parce que, selon les principes énoncés dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, l'admission de la preuve ne déconsidérerait pas l'administration de la justice. Je souscris au raisonnement que le juge a fait sur ce point, ainsi qu'à la conclusion qu'il a tirée. À mon avis, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en admettant la preuve relative aux tests d'échantillons prélevés le long de la route ou d'échantillons provenant de la minoterie Humboldt.

4) Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en accordant la réparation?

[72] Selon le paragraphe 55(1) de la *Loi sur les brevets*, quiconque contrefait un brevet est responsable du dommage que cette contrefaçon a fait subir au breveté. En l'espèce, le dommage semblerait être limité à un montant de 15 \$ pour chaque acre de canola résistant au glyphosate en ce qui concerne la récolte de 1998 des Schmeiser (1 030 acres), soit en tout 15 450 \$. Toutefois, en vertu du paragraphe 57(1), le tribunal peut accorder d'autres réparations, notamment une injonction et, au lieu des dommages-intérêts, une comptabilisation des bénéfices.

[73] Le juge de première instance a statué que Monsanto Canada Inc. et Monsanto Company pouvaient conjointement choisir une seule réparation, soit une comptabilisation des bénéfices, plutôt que des dommages-intérêts. Il a également statué que la responsabilité de la comptabilisation incomberait à Schmeiser Enterprises Ltd. seulement et que M. Schmeiser ne serait pas tenu personnellement responsable. On a pas soutenu que le juge de première instance avait commis une erreur en permettant à Monsanto de choisir la comptabilisation des bénéfices ou en imputant la responsabilité financière à Schmeiser Enterprises Ltd. seulement.

[74] Le juge de première instance a fixé à 19 832 \$ le profit tiré de la vente de la récolte de 1998 et il a également accordé à Monsanto une injonction en ces termes:

[TRADUCTION] 3. Il est par les présentes interdit au défendeur Percy Schmeiser ainsi qu'aux mandataires, administrateurs et employés de la défenderesse Schmeiser Enterprises Ltd. et à



end of the term of the Patent from:

- (a) planting or growing seeds which they know or ought to know contain genes or cells as claimed in claims 1, 2, 5, 6, 22, 23, 27, 28 and 45 of the patent;
- (b) cultivating or harvesting any plant grown from the seeds referred to in subparagraph (a) above; and
- (c) offering for sale, selling, marketing, distributing by any means any and all quantities of seed referred to in subparagraph (a) above and any and all quantities of plants grown from such seed.

(a) Appeal by Mr. Schmeiser: Is the injunction overly broad?

[75] Counsel for Mr. Schmeiser argues that the injunction is overly broad because Mr. Schmeiser knows that, despite replenishing his canola seeds in 1999, his canola fields are already contaminated by glyphosate-resistant canola. The nature of canola is such that he can reasonably anticipate the constant presence of volunteer glyphosate-resistant canola in his field at all times. Therefore, by the terms of this injunction, he cannot save his canola seed as is his normal practice and is compelled to buy new canola seeds every year.

[76] As I interpret the injunction, it would not preclude Mr. Schmeiser from saving canola seeds unless he knows or ought to know that the seeds are glyphosate-resistant. I do not construe the words “know or ought to know” in the injunction to mean the awareness of every Canadian farmer, including Mr. Schmeiser, that volunteer glyphosate-resistant plants may appear anywhere, or are likely to appear anywhere. It seems to me that the requisite knowledge would not be established unless Mr. Schmeiser, because of the use of Roundup or some means of chemical testing, knows or is wilfully blind to the presence of glyphosate-resistant canola plants on or near his property. If Mr. Schmeiser, having that degree of knowledge, saves and plants the seeds from those plants, he would be in breach of the injunction. Mr. Schmeiser would not breach the injunction merely by saving seed from canola plants that have not survived spraying with

toute personne relevant des défendeurs, et ce, jusqu’à l’expiration du brevet:

- a) de planter ou de cultiver des graines qui, comme ils le savaient ou comme ils devraient le savoir, contiennent des gènes ou des cellules visées par les revendications 1, 2, 5, 6, 22, 23, 27, 28 et 45 du brevet;
- b) de cultiver ou de récolter des plantes produites à partir des graines mentionnées à l’alinéa a);
- c) d’offrir en vente, de vendre, de commercialiser, de distribuer, par n’importe quel moyen, les graines dont il est fait mention ci-dessus à l’alinéa a) ainsi que des plantes produites à partir de ces graines.

a) Appel interjeté par M. Schmeiser: l’injonction est-elle trop générale?

[75] L’avocat de M. Schmeiser soutient que l’injonction est trop générale parce que M. Schmeiser sait que, même s’il s’est réapprovisionné en graines de canola en 1999, ses champs sont déjà contaminés par du canola résistant au glyphosate. La nature du canola est telle que M. Schmeiser peut raisonnablement prévoir la présence constante de plants spontanés de canola résistant au glyphosate dans son champ. Cette injonction, l’empêche donc de conserver ses graines de canola comme il le fait normalement et il est obligé d’acheter chaque année de nouvelles semences de canola.

[76] Selon l’interprétation que je donne à l’injonction, cela n’empêcherait pas M. Schmeiser de conserver des graines de canola à moins qu’il ne sache ou qu’il ne doive savoir que les graines résistent au glyphosate. Je n’interprète pas les mots «comme ils le savaient ou comme ils devraient le savoir» figurant dans l’injonction comme voulant dire que tous les agriculteurs canadiens, et notamment M. Schmeiser, savent que des plantes spontanées résistant au glyphosate peuvent apparaître n’importe où, ou sont susceptibles d’apparaître n’importe où. Il me semble que la connaissance requise ne serait pas établie à moins que M. Schmeiser, à cause de l’utilisation de l’herbicide Roundup ou au moyen d’un test chimique, ne soit au courant de la présence de plantes de canola résistant au glyphosate sur ou près de sa propriété ou qu’il omette délibérément d’en tenir compte. Si M. Schmeiser, ayant ce degré de connaissance, conservait et plantait les graines

Roundup and have not been subjected to any other test that would detect glyphosate resistance.

[77] It seems to me that Monsanto should be entitled to some assurance that Mr. Schmeiser will not repeat the actions that have now been established to be an infringement of the Monsanto patent. The injunction granted by the Trial Judge gives that assurance. I cannot conceive of a narrower injunction that would serve the same function.

(b) Appeal by Mr. Schmeiser: Is the award of damages excessive?

[78] It was argued for Mr. Schmeiser that he realized no financial benefit, and therefore no profit, from the fact that his 1998 crop included glyphosate-resistant canola. He did not sell his 1998 crop to another farmer to be used as glyphosate-resistant canola seed, but sold it to a commercial crushing plant to whom the presence of the Monsanto gene represented no value. Thus, the sale price of the 1998 Schmeiser crop would have been the same even if it had contained no glyphosate-resistant seeds.

[79] The Trial Judge rejected this argument because, as he said at paragraph 135 of his reasons, it is the profit from the sale of the infringing crop that Monsanto may claim, not the difference between that profit and the profit from the sale of an alternative crop that was not grown.

[80] In my view the Trial Judge was correct on this point. A somewhat similar question was considered in *Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Corp.*, [1995] 1 F.C. 483 (C.A.), and was answered as follows by Mr. Justice Létourneau (at page 496):

provenant de ses plantes, il violerait l'injonction. M. Schmeiser ne violerait pas l'injonction en conservant simplement les graines des plantes de canola qui n'ont pas survécu à la pulvérisation avec l'herbicide Roundup et qui n'ont pas fait l'objet d'un autre test décelant la résistance au glyphosate.

[77] Il me semble que Monsanto devrait avoir le droit d'obtenir une garantie selon laquelle M. Schmeiser ne commettrait pas de nouveau les actes qui, a-t-il maintenant été établi, constituent une contrefaçon du brevet de Monsanto. L'injonction accordée par le juge de première instance fournit cette garantie. Je ne puis imaginer une injonction à portée plus étroite qui puisse avoir la même fonction.

b) Appel interjeté par M. Schmeiser: le montant accordé au titre des dommages-intérêts est-il excessif?

[78] On a soutenu que M. Schmeiser n'avait bénéficié d'aucun avantage financier et qu'il n'avait donc pas fait de profits par suite du fait que sa récolte de 1998 contenait du canola résistant au glyphosate. M. Schmeiser n'a pas vendu sa récolte de 1998 à un autre agriculteur pour que celui-ci l'utilise comme semence de canola résistant au glyphosate, mais il l'a vendue à une huilerie industrielle pour laquelle la présence du gène Monsanto n'avait aucune valeur. Par conséquent, le prix de vente de la récolte de 1998 des Schmeiser aurait été le même, et ce, même si cette récolte n'avait renfermé aucune graine résistant au glyphosate.

[79] Le juge de première instance a rejeté cet argument parce que, comme il l'a dit au paragraphe 135 de ses motifs, ce sont les bénéfices provenant de la vente de la récolte contrefaite que Monsanto peut réclamer, et non la différence entre les profits de la vente de cette récolte et ceux de la vente d'une récolte de plantes qui n'ont pas été cultivées.

[80] À mon avis, le juge de première instance avait raison sur ce point. Une question quelque peu similaire a été examinée dans l'arrêt *Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Corp.*, [1995] 1 C.F. 483 (C.A.); M. le juge Létourneau a répondu à cette question comme suit (à la page 496):

On this accounting procedure, I believe one has to look at the profits that the appellant actually made through the infringing acts, not the profit that he could have made had he used a non-infringing method.

(c) Cross-appeal by Monsanto: Is the award of damages too low?

[81] In an accounting of profits for patent infringement, the patent holder has the onus of proving the amount of the gross revenue made from the acts of infringement. The infringer has the onus of proving the costs incurred to obtain the profits. Generally, the only costs to be taken into account are those directly associated with the infringing activity: *Reading & Bates, supra*, at pages 494-495.

[82] It is agreed that the revenue from the sale of the 1998 crop was \$142,625. An expert report adduced at trial for Mr. Schmeiser calculated the profit at \$35,034, but that apparently did not reflect any allowance for the value of Mr. Schmeiser's labour. It is agreed that the award of \$19,832 reflects a reasonable allowance for Mr. Schmeiser's labour.

[83] Initially, the argument for Monsanto on the cross-appeal was that the Trial Judge erred in concluding that any expenses in excess of \$36,690 should have been taken into account. Counsel for Monsanto submitted that Mr. Schmeiser's own accounting expert agreed that those were the only expenses directly attributable to the 1998 canola sale, but his evidence was misunderstood or improperly ignored by the Trial Judge. Thus, the argument for Monsanto was that the accounting of profits should have been quantified as \$105,935 (\$142,625 minus \$36,690).

[84] At the hearing of the appeal, counsel for Monsanto indicated that they would be content with an award of \$35,034, the amount stipulated in the expert's report. Thus, the only difference between the \$19,832

En ce qui concerne cette méthode comptable, je suis d'avis qu'il faut considérer les bénéfices que l'appelante a effectivement réalisés en contrefaisant le brevet, et non ceux qu'elle aurait retirés si elle avait employé une méthode n'entraînant pas de contrefaçon.

c) Appel incident interjeté par Monsanto: le montant accordé au titre des dommages-intérêts est-il trop peu élevé?

[81] Dans une comptabilisation des bénéfices résultant de la contrefaçon d'un brevet, le breveté a la charge d'établir le montant des recettes brutes provenant des actes de contrefaçon. De son côté, le contrefacteur a la charge d'établir les coûts qu'il a engagés pour faire un profit. En général, les seuls coûts à prendre en compte sont ceux qui se rattachent directement à l'activité de contrefaçon: *Reading & Bates, précité*, aux pages 494 et 495.

[82] Il est convenu que les recettes provenant de la vente de la récolte de 1998 s'élevaient à 142 625 \$. Dans le rapport d'expert qui a été produit à l'instruction pour le compte de M. Schmeiser, le montant du profit a été fixé à 35 034 \$, mais ce montant ne tenait apparemment pas compte de la valeur du travail de M. Schmeiser. Il est convenu que l'octroi de la somme de 19 832 \$ tient raisonnablement compte du travail de M. Schmeiser.

[83] Selon l'argument initialement invoqué pour Monsanto dans le cadre de l'appel incident, le juge de première instance a commis une erreur en concluant que toute dépense supérieure à 36 690 \$ aurait dû être prise en ligne de compte. L'avocat de Monsanto a soutenu que le propre expert comptable de M. Schmeiser avait convenu que ce montant représentait uniquement les dépenses directement attribuables à la vente de canola en 1998, mais le juge de première instance a mal interprété la preuve présentée par cet expert ou il a omis à tort d'en tenir compte. L'argument invoqué au nom de Monsanto était donc que le montant des profits aurait dû être fixé à 105 935 \$ (142 625 \$ moins 36 690 \$).

[84] À l'audition de l'appel, l'avocat de Monsanto a indiqué qu'il se contenterait d'un montant de 35 034 \$, soit le montant mentionné dans le rapport de l'expert. La différence entre le montant de 19 832 \$ accordé par

awarded by the Trial Judge and the \$35,034 calculated by the accounting expert was the allowance for Mr. Schmeiser's labour.

[85] The award of profits as a remedy for patent infringement is fundamentally an equitable remedy. In my view, if the application of accounting principles in a mechanical fashion results in a quantum that does not reflect the economic profit from the infringement, it is open to the Trial Judge to adjust the quantum provided he does so on a principled basis.

[86] The only party subject to the monetary award was Schmeiser Enterprises Ltd., a corporation controlled by Mr. Schmeiser. His practice was not to take a salary for his farm work, but to cause his corporation to pay him in the form of dividends. That practice was motivated by tax considerations that are irrelevant to the matter of infringement. The Trial Judge recognized that, but for those irrelevant tax considerations, Mr. Schmeiser would have caused his corporation to pay him a salary rather than dividends. That would have reduced the corporation's profit and, proportionally, the corporation's profits attributable to the 1998 canola crop.

[87] In these circumstances, it is my view that, the Trial Judge did not err in principle in reducing the award to reflect a reasonable amount as an allowance for Mr. Schmeiser's labour. I conclude that the Trial Judge made no error in the quantification of the accounting of profits that warrants the intervention of this Court.

#### Costs

[88] In their written submissions both parties sought costs. In addition the respondent Monsanto sought "the opportunity to make further written submissions concerning the scale and quantum of those costs". However, we did not hear oral submissions from counsel on the issue of costs. In light of this and of the fact that Monsanto did ask to make written submissions on the subject of costs, the issue of the formal order in

le juge de première instance et le montant de 35 034 \$ calculé par l'expert comptable représentait donc uniquement la valeur attribuée au travail de M. Schmeiser.

[85] L'octroi des profits à la suite de la contrefaçon d'un brevet constitue fondamentalement une réparation en *equity*. À mon avis, si l'application mécanique des principes comptables donne un montant qui ne représente pas le profit tiré de la contrefaçon, il est loisible au juge de première instance d'ajuster le montant, à condition qu'il le fasse de façon motivée.

[86] La seule partie assujettie au montant adjugé était Schmeiser Enterprises Ltd., une société contrôlée par M. Schmeiser. Or, M. Schmeiser n'avait pas l'habitude de toucher un salaire pour le travail effectué à la ferme, mais il faisait en sorte que la société lui verse de l'argent sous forme de dividendes, et ce, pour des raisons d'ordre fiscal qui ne sont pas pertinentes aux fins de la contrefaçon. Le juge de première instance a reconnu que, si ce n'avait été de considérations fiscales non pertinentes, M. Schmeiser aurait fait en sorte que la société lui verse un salaire au lieu de dividendes. Le profit de la société aurait été moins élevé et les profits de la société attribuables à la récolte de canola de 1998 auraient également été proportionnellement moins élevés.

[87] Dans ces conditions, je suis d'avis que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur de principe en réduisant le montant adjugé de façon qu'il soit tenu compte d'un montant raisonnable au titre de la valeur du travail de M. Schmeiser. Je conclus que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur justifiant l'intervention de la Cour en fixant le montant des profits.

#### Les dépens

[88] Dans leurs arguments écrits, les deux parties ont sollicité les dépens. De plus, l'intimée Monsanto a demandé à avoir [TRADUCTION] «la possibilité de présenter des arguments écrits additionnels au sujet de la gamme et du quantum des dépens». Toutefois, nous n'avons pas entendu les arguments oraux des avocats au sujet de la question des dépens. Cela étant, et puisque Monsanto a demandé à présenter des arguments écrits

this appeal shall be deferred to permit the parties to make written submissions on costs. The submissions for Monsanto Canada Inc. and Monsanto Company are to be served and filed within ten days of the date of issue of these reasons. The submissions for Mr. Schmeiser and Schmeiser Enterprises Ltd. in response are to be served and filed within 15 days of issue of these reasons.

#### Conclusion

[89] For the foregoing reasons, the appeal and the cross-appeal should be dismissed.

ISAAC J.A.: I agree.

NOËL J.A.: I agree.

au sujet de la question des dépens, l'ordonnance officielle, dans cet appel, sera reportée en vue de permettre aux parties de soumettre des arguments écrits au sujet des dépens. Les arguments présentés pour Monsanto Canada Inc. et pour Monsanto Company doivent être signifiés et déposés dans les dix jours qui suivront la date des présents motifs. Les arguments présentés en réponse pour le compte de M. Schmeiser et de Schmeiser Enterprises Ltd. doivent être signifiés et déposés dans les 15 jours qui suivront la date des présents motifs.

#### Conclusion

[89] Pour les motifs susmentionnés, l'appel et l'appel incident doivent être rejetés.

LE JUGE ISAAC, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE NOËL, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

A-273-01  
2002 FCA 296

A-273-01  
2002 CAF 296

**Minister of Human Resources Development** (*Applicant*)

**Ministre du Développement des ressources humaines** (*demandeur*)

v.

c.

**Brenda Woodcock** (*Respondent*)

**Brenda Woodcock** (*défenderesse*)

**INDEXED AS: CANADA (MINISTER OF HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT) v. WOODCOCK (C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: CANADA (MINISTRE DU DÉVELOPPEMENT DES RESSOURCES HUMAINES) c. WOODCOCK (C.A.)**

Court of Appeal, Isaac, Sharlow and Malone J.J.A.—  
Ottawa, April 17 and July 23, 2002.

Cour d'appel, juges Isaac, Sharlow et Malone J.C.A.—  
Ottawa, 17 avril et 23 juillet 2002.

*Pensions — Judicial review of Pension Appeals Board's decision respondent entitled to disability pension under Canada Pension Plan — In 1997 respondent applying for disability pension, division of unadjusted pensionable earnings following divorce under s. 55.1 — Deemed disabled 15 months before submitted application — Not entitled to disability pension under s. 44(1)(b)(i), (ii) — S. 44(1)(b)(iv) saving entitlement to disability pension only if s. 55.1 attribution of pension credits given retrospective effect — No basis for refusal to accept s. 55.1 application in 1993 — While not expressly permitting effective date of s. 55.1 attribution to predate application, nothing precluding retrospective attribution in case where s. 44(1)(b)(iv) requiring eligibility for disability pension to be determined on basis of hypothetical application — Canada Pension Plan Regulations, s. 54.2 prescribing effective date of attribution having no purpose if effective date of attribution must always be date of divorce.*

*Pensions — Contrôle judiciaire d'une décision de la Commission d'appel des pensions selon laquelle la défenderesse a droit à une pension d'invalidité en vertu du Régime de pensions du Canada (RPC) — En 1997, la défenderesse a présenté une demande pour une pension d'invalidité et le partage des gains non ajustés à la suite d'un divorce en vertu de l'art. 55.1 — Réputée invalide 15 mois avant le dépôt de la demande — Aucun droit à une pension d'invalidité en vertu de l'art. 44(1)(b)(i), (ii) — L'art. 44(1)(b)(iv) ne sauvegarde le droit à une pension d'invalidité que si un effet rétroactif est donné à l'attribution de droits à pension en vertu de l'art. 55.1 — Aucun fondement pour refuser d'accepter une demande fondée sur l'art. 55.1 en 1993 — Sans qu'il soit expressément autorisé que la date de prise d'effet d'une attribution en vertu de l'art. 55.1 soit antérieure à la demande, rien n'empêche une attribution rétroactive dans un cas où l'art. 44(1)(b)(iv) exige que l'admissibilité à une pension d'invalidité soit déterminée sur la base d'une demande hypothétique — L'art. 54.2 du Règlement sur le RPC qui fixe la date à laquelle prend effet l'attribution est sans objet si la date à laquelle prend effet l'attribution doit toujours être la date du divorce.*

*Construction of Statutes — Respondent's entitlement to disability pension under Canada Pension Plan saved by s. 44(1)(b)(iv) only if s. 55.1 attribution of pension credits given retrospective effect — No basis for refusal to accept s. 55.1 application in 1993 — While not expressly permitting effective date of s. 55.1 attribution to predate application, nothing precluding retrospective attribution in case where s. 44(1)(b)(iv) requiring eligibility for disability pension to be determined on basis of hypothetical application — Canada Pension Plan Regulations, s. 54.2 prescribing effective date of attribution having no purpose if effective date of attribution must always be date of divorce.*

*Interprétation des lois — Droit de la défenderesse à une pension d'invalidité en vertu du Régime de pensions du Canada (RPC) sauvegardé par l'art. 44(1)(b)(iv) seulement si un effet rétroactif est donné à l'attribution de droits à pension en vertu de l'art. 55.1 — Aucun fondement pour refuser d'accepter une demande liée à l'art. 55.1 en 1993 — Rien dans le RPC n'autorise expressément que la date de prise d'effet d'une attribution en vertu de l'art. 55.1 soit antérieure à la demande, cependant rien n'empêche une attribution rétroactive dans un cas où l'art. 44(1)(b)(iv) exige que l'admissibilité à une pension d'invalidité soit déterminée sur la base d'une demande hypothétique — L'art. 54.2 du Règlement sur le RPC qui fixe la date à laquelle prend effet l'attribution est sans objet si la date à laquelle prend effet l'attribution doit toujours être la date du divorce.*

This was an application for judicial review of the Pension Appeals Board's decision that the respondent was entitled to a disability pension under the *Canada Pension Plan* as it read on September 2, 1997. Subparagraph 44(1)(b)(iv) of the Plan, which came into effect on June 26, 1992, provides for payment of a disability pension to a disabled contributor under age 65 to whom a disability pension would have been payable at the time the contributor is deemed to have become disabled had an application for a disability pension been received prior to the time it was actually received. This provision was enacted to protect late applications from loss of eligibility for a disability pension. Section 55.1 provides for a division of unadjusted pensionable earnings following a divorce.

The respondent made contributions in respect of employment income in 1970, 1984 and 1989. She also had pension credits attributed to her relating to her ex-husband's earnings for 1989, 1990, 1991 and 1992 because she also applied under section 55.1 for an attribution of pensionable earnings in 1997 when she applied for the disability pension. Her contributory period ended on the date on which she was "deemed to have become disabled" i.e. for the purposes of this analysis, June 2, 1996, which was 15 months before she submitted her application on September 2, 1997. It was common ground that subparagraph 44(1)(b)(iv) requires the Minister to determine whether an applicant would have qualified for a disability pension if the application had been submitted earlier than it was. The Minister argued that the respondent would not have qualified for a disability pension in 1993 because her status as a contributor for two of the three years prior to her date of disability was based solely on a section 55.1 attribution of pension credits that did not become effective until she applied for attribution in September 1997. The respondent argued that the Minister's interpretation should be rejected because it would defeat the objective of subparagraph 44(1)(b)(iv).

*Held* (Malone J.A. dissenting), the application should be dismissed.

*Per* Sharlow J.A. (Isaac J.A. concurring): The respondent's entitlement to a disability pension could be saved by subparagraph 44(1)(b)(iv) only if the Minister was obliged to give retrospective effect to the section 55.1 attribution of pension credits. There was no basis upon which the Minister could have refused to accept a section 55.1 application in 1993. With the attribution of pension credits, the respondent would have qualified for a disability pension under subparagraph 44(1)(b)(ii) in 1993. While nothing in the *Canada Pension Plan* states that the effective date of a section 55.1 attribution can predate the application for attribution, except in the

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission d'appel des pensions selon laquelle la défenderesse avait droit à une pension d'invalidité en vertu du *Régime de pensions du Canada* (RPC) tel qu'il était rédigé le 2 septembre 1997. Le sous-alinéa 44(1)(b)(iv) du RPC, en vigueur depuis le 26 juin 1992, prévoit le paiement d'une pension d'invalidité à un cotisant invalide âgé de moins de 65 ans à qui une pension d'invalidité aurait été payable au moment où il est réputé être devenu invalide si une demande de pension d'invalidité avait été reçue avant le moment où elle a effectivement été reçue. Cette disposition a été adoptée afin de protéger de la perte d'admissibilité les personnes qui présentent en retard une demande de prestation d'invalidité. L'article 55.1 prévoit le partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension après un divorce.

La défenderesse a versé des contributions à l'égard d'un revenu d'emploi en 1970, 1984 et 1989. On lui a aussi attribué des droits à pension relativement aux gains de son ex-mari pour 1989, 1990, 1991 et 1992 parce qu'en présentant sa demande de pension d'invalidité, elle avait aussi présenté en 1997 une demande pour l'attribution des gains ouvrant droit à pension en vertu de l'article 55.1. Sa période cotisable a pris fin à la date à laquelle elle était «réputée être devenue invalide», c'est-à-dire pour la présente analyse, le 2 juin 1996, 15 mois avant qu'elle n'ait déposé sa demande le 2 septembre 1997. Il était bien établi que le sous-alinéa 44(1)(b)(iv) exige que le ministre détermine si un demandeur aurait été qualifié pour une pension d'invalidité si la demande avait été déposée plus tôt qu'elle ne l'a été. Le ministre a fait valoir que la défenderesse n'aurait pas été qualifiée en 1993 pour une pension d'invalidité puisque son statut de cotisant pendant deux des trois années avant sa date d'invalidité n'était basé que sur une attribution de droits à pension en vertu de l'article 55.1, attribution qui n'était pas entrée en vigueur avant qu'elle ne l'ait demandée en septembre 1997. La défenderesse a soutenu que l'interprétation du ministre devrait être rejetée parce qu'elle irait à l'encontre de l'objectif recherché par le sous-alinéa 44(1)(b)(iv).

*Arrêt* (le juge Malone, J.C.A. étant dissident): la demande est rejetée.

Le juge Sharlow J.C.A. (avec l'appui du juge Isaac J.C.A.): Le droit de la défenderesse à une pension d'invalidité ne pouvait être sauvegardé par le sous-alinéa 44(1)(b)(iv) que si le ministre avait l'obligation de donner un effet rétroactif à l'attribution de droits à pension en vertu de l'article 55.1. Il n'y avait aucun fondement en vertu duquel le ministre aurait pu refuser d'accepter une demande fondée sur l'article 55.1 déposée en 1993. Avec l'attribution de droits à pension, la défenderesse aurait été qualifiée en 1993 pour une pension d'invalidité en vertu du sous-alinéa 44(1)(b)(ii). Alors que rien dans le RPC n'indique que la date de prise d'effet d'une

situations contemplated by section 55.3 involving an applicant who suffers from mental incapacity, nothing precludes the Minister from recognizing a retrospective section 55.1 attribution in a case like this, where subparagraph 44(1)(b)(iv) requires eligibility for a disability pension to be determined on the basis of a hypothetical application as of some earlier date.

*Canada Pension Plan Regulations*, section 54.2 prescribes the effective date of the approval or taking place of a division of unadjusted pensionable earnings and of the attribution of pensionable earnings following a division. This regulation would have no purpose if the effective date of the division of unadjusted pensionable earnings following a section 55.1 application must always be the date of the divorce. However the interpretive approach adopted by the Pension Appeals Board did not require such an automatic retrospective effect in all cases. Rather a section 55.1 attribution would be given retrospective effect only where subparagraph 44(1)(b)(iv) applies because of a late disability pension application, and even then it would apply only if the facts of the case make it reasonable to presume, as in this case, that the application for the disability pension and the section 55.1 application would have been submitted at or about the same time, and there was no reason to conclude that the section 55.1 application would not have been accepted if it had been made at that time.

*Per* Malone J.A. (dissenting): The respondent's submission was based on the premise that she had an absolute entitlement to the attributed pension credits upon her divorce, even though she did not actually apply for them until 1997. That premise was flawed. Under section 55.1 the only right that arises automatically upon divorce is the right to apply for an attribution of pension credits. The attribution itself depends upon an application being made. It may be that the Minister cannot refuse attribution if an application is made and the conditions are met, but the attribution cannot be authorized until the application is made. Indeed there are circumstances in which the Minister may refuse to make a division or cancel a division, as for example, under subsections 55.1(5) and 55.2(3). Therefore *prima facie* the effective date of the attribution cannot predate the application. The *Canada Pension Plan* does not state that the effective date of a section 55.1 attribution can predate the application for attribution, except in the situations contemplated by section 55.3, involving an applicant who suffers from mental incapacity, and there is no basis for concluding that such automatic retroactivity is necessarily implied. An interpretation which favours automatic retroactivity places too great a strain on the language of the statute. Regulations, section 54.2 also contradicts the

attribution en vertu de l'article 55.1 peut être antérieure à la demande d'attribution, sauf dans les situations envisagées par l'article 55.3 concernant un demandeur souffrant d'incapacité mentale, rien n'empêche le ministre de reconnaître une attribution rétroactive liée à l'article 55.1 dans un cas comme celui-ci où le sous-alinéa 44(1)(b)(iv) exige que l'admissibilité à une pension d'invalidité soit déterminée sur la base d'une demande hypothétique à une date antérieure quelconque.

L'article 54.2 du *Règlement sur le Régime de pensions du Canada* fixe la date à laquelle prend effet le partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension ou son approbation et celle à laquelle prend effet l'attribution de gains ouvrant droit à pension à la suite d'un partage. Cet article du Règlement serait sans objet si la date à laquelle prend effet le partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension suivant une demande en vertu de l'article 55.1 devait toujours être la date du divorce. Cependant, la méthode interprétative adoptée par la Commission d'appel des pensions n'exigeait pas un tel effet rétroactif automatique dans tous les cas. Une attribution en vertu de l'article 55.1 n'aurait plutôt un effet rétroactif que lorsque le sous-alinéa 44(1)(b)(iv) s'applique en raison d'une demande tardive de pension d'invalidité, et même dans ce cas, il ne s'appliquerait que si les faits de la cause faisaient en sorte qu'il soit raisonnable de présumer, comme en l'espèce, que la demande de pension d'invalidité et celle relative à l'article 55.1 auraient été déposées au même moment ou à peu près; il n'y avait aucune raison de conclure que la demande faite en vertu de l'article 55.1 n'aurait pas été acceptée si elle avait été présentée à ce moment-là.

Le juge Malone J.C.A. (dissident): L'observation de la défenderesse était fondée sur la prémisse que celle-ci avait un droit absolu aux droits à pension attribués par suite de son divorce bien qu'elle ne les ait pas réellement demandés avant 1997. Cette prémisse était erronée. Selon l'article 55.1, le seul droit découlant automatiquement du divorce est celui de demander une attribution de droits à pension. L'attribution elle-même dépend que demande en soit faite. Il est possible que le ministre ne puisse refuser l'attribution si demande en est faite et si les conditions sont remplies, mais l'attribution ne peut être autorisée que s'il y a demande. En fait, il y a des circonstances dans lesquelles le ministre peut refuser d'effectuer un partage ou l'annuler, comme, par exemple, en vertu des paragraphes 55.1(5) et 55.2(3). En conséquence, *prima facie*, la date de prise d'effet de l'attribution ne peut pas être antérieure à la demande. Le RPC n'indique pas que la date de prise d'effet d'une attribution en vertu de l'article 55.1 puisse être antérieure à la demande d'attribution, sauf dans les situations envisagées par l'article 55.3 concernant un demandeur souffrant d'incapacité mentale, et il n'existe aucun fondement pour conclure qu'une telle rétroactivité automatique soit nécessairement implicite. Une interprétation favorisant la rétroactivité automatique est difficilement



inference that a section 55.1 attribution is automatically or by necessary implication retroactive to the date of the divorce because it would have no purpose if the effective date of the division of unadjusted pensionable earnings following a section 55.1 application must always be the date of the divorce.

conciliable avec le libellé de la loi. L'article 54.2 du Règlement contredit également l'inférence selon laquelle une attribution en vertu de l'article 55.1 est automatiquement, ou par voie de conséquence nécessaire, rétroactive à la date du divorce, parce que cet article serait sans objet si la date de prise d'effet du partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension suivant une demande en vertu de l'article 55.1 devait toujours être la date du divorce.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8, ss. 2(1) "contributor" (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 1), 42(2)(b) (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 23), 44(1)(b) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 13), (i) (as am. *idem*), (ii) (as am. *idem*), (iv) (as enacted by S.C. 1992, c. 2, s. 1), (2) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 13), 55.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 23; S.C. 1991, c. 44, s. 7; 1995, c. 33, s. 27), 55.2(3) (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 23), 55.2(11) (as enacted *idem*), 55.3 (as enacted by S.C. 1991, c. 44, s. 9).

*Canada Pension Plan Regulations*, C.R.C., c. 385, s. 54.2 (as enacted by SOR/86-1133, s. 11; 93-290, s. 4).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### REFERRED TO:

*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Sarvanis v. Canada* (2002), 210 D.L.R. (4th) 262; 284 N.R. 263 (S.C.C.).

APPLICATION for judicial review of the Pension Appeals Board's decision that the respondent was entitled to a disability pension under the *Canada Pension Plan* as it read on September 2, 1997. Application dismissed.

##### APPEARANCES:

*Katia Bustros* for applicant.  
*Linda E. Tranter* for respondent.

##### SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.  
*Lanark County Legal Clinic*, Perth, for respondent.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 2(1) «cotisant» (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 1), 42(2)(b) (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 23), 44(1)(b) (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 13), (i) (mod., *idem*), (ii) (mod., *idem*), (iv) (mod. par L.C. 1992, ch. 2, art. 1), (2) (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 13), 55.1 (édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 23; L.C. 1991, ch. 44, art. 7; 1995, ch. 33, art. 27), 55.2(3) (édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 23), 55.2(11) (édicte, *idem*), 55.3 (édicte par L.C. 1991, ch. 44, art. 9).  
*Règlement sur le Régime de pensions du Canada*, C.R.C., ch. 385, art. 54.2 (édicte par DORS/86-1133, art. 11; 93-290, art. 4).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Sarvanis c. Canada* (2002), 210 D.L.R. (4th) 262; 284 N.R. 263 (C.S.C.).

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission d'appel des pensions selon laquelle la défenderesse avait droit à une pension d'invalidité en vertu du *Régime de pensions du Canada* tel qu'il était rédigé le 2 septembre 1997. Demande rejetée.

##### ONT COMPARU:

*Katia Bustros* pour le demandeur.  
*Linda E. Tranter* pour la défenderesse.

##### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.  
*Lanark County Legal Clinic*, Perth, pour la défenderesse.

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

[1] SHARLOW J.A.: The respondent Brenda Woodcock is trying to establish her entitlement to a disability pension under the *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8, as it read on September 2, 1997 when her application was submitted. The Minister rejected the application on the basis that Ms. Woodcock did not meet the contributory requirements for a disability pension. Ms. Woodcock appealed to a review tribunal which, in a decision dated June 9, 1999, allowed her appeal. The Minister sought and obtained leave to appeal to the Pension Appeals Board. In a decision dated January 22, 2001, the Pension Appeals Board dismissed the Minister's appeal. The Minister has applied for judicial review of that decision. It is my view that, for the reasons that follow, the Minister's application for judicial review should be dismissed.

[2] At the heart of this case is subparagraph 44(1)(b)(iv) of the *Canada Pension Plan*, which was enacted by S.C. 1992, c. 2, section 1 and came into effect on June 26, 1992. Subparagraph 44(1)(b)(iv) reads as follows [s. 44(1)(b) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 13)]:

44. (1) Subject to this Part,

...

(b) a disability pension shall be paid to a contributor who has not reached sixty-five years of age, to whom no retirement pension is payable, who is disabled and who

...

(iv) is a contributor to whom a disability pension would have been payable at the time the contributor is deemed to have become disabled had an application for a disability pension been received prior to the time the contributor's application for a disability pension was actually received;

[3] Prior to the enactment of subparagraph 44(1)(b)(iv), a person could lose entitlement to a disability pension by submitting the application more than 15 months after becoming disabled. That was because of

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

[1] LE JUGE SHARLOW, J.C.A.: La défenderesse Brenda Woodcock tente d'établir son droit à une pension d'invalidité en vertu du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8, tel qu'il se lisait le 2 septembre 1997 au moment où elle a déposé sa demande. Le ministre a rejeté la demande en raison du fait que M<sup>me</sup> Woodcock ne satisfaisait pas aux exigences en matière de cotisations pour une pension d'invalidité. M<sup>me</sup> Woodcock en a interjeté appel auprès d'un tribunal de révision qui, dans une décision datée du 9 juin 1999, a accueilli son appel. Le ministre a demandé et obtenu l'autorisation d'en appeler auprès de la Commission d'appel des pensions. Dans une décision datée du 22 janvier 2001, la Commission d'appel des pensions a rejeté l'appel du ministre. Le ministre a formulé une demande de contrôle judiciaire de cette décision. Je suis d'avis que, pour les motifs qui suivent, la demande de contrôle judiciaire du ministre devrait être rejetée.

[2] Au cœur du présent litige, on retrouve le sous-alinéa 44(1)(b)(iv) du *Régime de pensions du Canada*, lequel a été édicté par l'article 1 de L.C. 1992, ch. 2, et il est entré en vigueur le 26 juin 1992. Le sous-alinéa 44(1)(b)(iv) prévoit ce qui suit [art. 44(1)(b) (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 13)]:

44. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie:

[. . .]

b) une pension d'invalidité doit être payée à un cotisant qui n'a pas atteint l'âge de soixante-cinq ans, à qui aucune pension de retraite n'est payable, qui est invalide et qui:

[. . .]

(iv) soit est un cotisant à qui une pension d'invalidité aurait été payable au moment où il est réputé être devenu invalide, si une demande de pension d'invalidité avait été reçue avant le moment où elle a effectivement été reçue;

[3] Avant l'adoption du sous-alinéa 44(1)(b)(iv), une personne pouvait perdre le droit à une pension d'invalidité en déposant la demande plus de 15 mois après être devenue invalide. Cela était dû à

paragraph 42(2)(b) [as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 23], which reads:

42. (1) . . .

(2) For the purposes of this Act,

. . .

(b) a person shall be deemed to have become or to have ceased to be disabled at such time as is determined in the prescribed manner to be the time when the person became or ceased to be, as the case may be, disabled, but in no case shall a person be deemed to have become disabled earlier than fifteen months before the time of the making of any application in respect of which the determination is made.

[4] The purpose of subparagraph 44(1)(b)(iv) was explained as follows when the amending legislation was introduced (“Questions and Answers on the Bill to Amend the Canada Pension Plan”, appended to a memorandum from the Minister of National Health and Welfare to Members of the House of Commons and Senators dated February 1992, Applicant’s Application Record, Volume 1, page 221, at pages 224-226):

**1. Q. What change to the Canada Pension Plan is being proposed?**

A. A new provision is being added to protect late applications from a loss of eligibility for a disability pension. Late applicants, persons who became disabled at a time when they satisfied the contributory requirements of the Plan, but who delayed applying, will no longer lose their entitlement to a disability pension.

. . .

**3.Q. How is it that I could lose eligibility to a disability pension just by applying late?**

A. What the eligibility rules mean is that if you have been working regularly for a number of years and leave the work force, you may have as much as 5 or 6 years of continued CPP protection for disability benefits. However, because the rules specify that you cannot be considered disabled more than 15 months prior to the date of application, you might be entitled to a benefit when you became disabled, but may no longer be able to meet the contributory requirements by the time you finally apply.

l’alinéa 42(2)b) [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 23], qui prévoit:

42. (1) [. . .]

(2) Pour l’application de la présente loi:

[. . .]

b) une personne est réputée être devenue ou avoir cessé d’être invalide à la date qui est déterminée, de la manière prescrite, être celle où elle est devenue ou a cessé d’être, selon le cas, invalide, mais en aucun cas une personne n’est réputée être devenue invalide à une date antérieure de plus de quinze mois à la date de la présentation d’une demande à l’égard de laquelle la détermination a été établie.

[4] Le but recherché par le sous-alinéa 44(1)b)(iv) a été expliqué comme suit lorsque la loi modificative a été présentée ([TRADUCTION] «Questions et réponses concernant le projet de loi visant à modifier la Loi sur le Régime de pensions du Canada», jointes à un mémoire du ministre de la Santé nationale et du Bien-être social aux membres de la Chambre des communes et aux sénateurs daté de février 1992, dossier de demande du demandeur, volume 1, page 221, aux pages 224 à 226):

**1.Q. Quel changement propose-t-on d’apporter au Régime de pensions du Canada?**

R. On veut ajouter une disposition visant à protéger les personnes qui présentent en retard une demande de prestation d’invalité, pour éviter qu’elles ne perdent leur admissibilité. Ces personnes, qui satisfaisaient aux exigences en matière de cotisations au Régime lorsqu’elles sont devenues invalides, mais qui ont tardé à présenter une demande, ne perdront plus leur droit à une pension d’invalité.

[. . .]

**3.Q. Comment quelqu’un peut-il perdre son admissibilité à des prestations seulement en tardant à présenter une demande?**

R. Les règles d’admissibilité signifient que, lorsqu’une personne quitte le marché du travail après avoir travaillé régulièrement pendant un certain nombre d’années, elle peut bénéficier pendant cinq ou six ans de la protection du RPC. Cependant, étant donné que les règles interdisent de considérer une personne comme invalide plus de quinze mois avant qu’elle ne présente sa demande, une personne peut être admissible à des prestations au moment où elle devient invalide, mais peut ne plus satisfaire

**4.Q. How will the new provision actually work to help late applicants?**

- A. Late applicants will no longer be automatically denied a disability pension because they have failed to meet the contributory requirements of the Plan. Instead, a determination will be made as to whether or not they could have applied and received a disability benefit at a time when they had coverage under the Plan. If the answer is yes, then a disability pension may be awarded.

[5] The other provision that bears on this appeal is section 55.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 23; S.C. 1991, c. 44, s. 7], the relevant parts of which read as follows:

**55.1** (1) Subject to this section and sections 55.2 and 55.3, a division of unadjusted pensionable earnings shall take place in the following circumstances:

- (a) following the issuance of a decree absolute of divorce, a judgment granting a divorce under the *Divorce Act* or a judgment of nullity of a marriage, on the Minister's being informed of the decree or judgment, as the case may be, and receiving the prescribed information;

[6] The purpose of section 55.1 is self-evident. It is intended to facilitate the division of "unadjusted pensionable earnings" (colloquially referred to as "pension credits") between former spouses following a divorce. Other parts of section 55.1 permit similar divisions after the breakdown of a marriage or similar conjugal relationship.

Ms. Woodcock's entitlement if subparagraph 44(1)(b)(iv) of the Canada Pension Plan had not been enacted

[7] To understand the issues that arise in this case, it is helpful to consider how Ms. Woodcock's entitlement to a disability pension would have been determined if subparagraph 44(1)(b)(iv) had not been enacted. In this

les conditions d'admissibilité à la date à laquelle elle présente sa demande.

**4.Q. De quelle façon les nouvelles dispositions aideront-elles les personnes qui sont en retard pour présenter leur demande?**

- R. Les personnes qui sont en retard pour présenter leur demande de prestation ne perdront plus automatiquement leur admissibilité du simple fait qu'elles ne satisfont pas aux exigences du Régime relatives aux années de cotisation. On prendra plutôt une décision en se demandant si ces personnes pouvaient ou non présenter une demande et recevoir des prestations d'invalidité au moment où elles jouissaient de la protection du Régime. Dans l'affirmative, une pension d'invalidité pourra être accordée.

[5] L'autre disposition ayant un effet sur le présent appel est l'article 55.1 [édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 23; L.C. 1991, ch. 44, art. 7] dont les parties pertinentes prévoient:

**55.1** (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article et de l'article 55.2 et 55.3, il doit y avoir partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension dans les circonstances suivantes:

- a) lorsque est rendu un jugement irrévocable de divorce, un jugement accordant un divorce conformément à la *Loi sur le divorce* ou un jugement en nullité de mariage, dès que le ministre est informé du jugement et dès qu'il reçoit les renseignements prescrits;

[6] Le but recherché par l'article 55.1 est évident. Il a été édicté dans l'intention de faciliter le partage des «gains non ajustés ouvrant droit à pension» (que l'on appelle familièrement «droits à pension») entre les anciens conjoints après un divorce. D'autres parties de l'article 55.1 permettent des partages similaires après la rupture d'un mariage ou d'une relation conjugale similaire.

Le droit de M<sup>me</sup> Woodcock si le sous-alinéa 44(1)(b)(iv) du Régime de pensions du Canada n'avait pas été adopté

[7] Il est utile, afin de comprendre les questions soulevées dans le présent litige, d'examiner de quelle façon le droit de M<sup>me</sup> Woodcock à une pension d'invalidité aurait été déterminé si le sous-alinéa

regard, it must be noted that, because Ms. Woodcock's application was rejected on the basis that she failed to meet the contributory requirements, no determination has been made as to whether or not she is disabled, or was disabled when the application was made or in any prior year. It appears to be her position that she was disabled in or perhaps before 1993. However, for the purposes of this part of the analysis (which is intended to consider the situation without regard to the provision for late applications), I will assume in her favour that her disability commenced on June 2, 1996, 15 months before she submitted her application on September 2, 1997.

[8] In order to qualify for a disability pension, a person must be a "contributor" as defined in subsection 2(1) of the Act [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 1]:

2. (1) In this Act,

...

"contributor" means a person who has made an employee's contribution or a contribution in respect of his self-employed earnings, and includes a person the amount of whose earnings on which a contribution has been made for a year under this Act calculated as provided in subparagraph 53(b)(i) exceeds zero and a person to whom unadjusted pensionable earnings have been attributed under section 55, 55.1 or 55.2;

[9] Ms. Woodcock clearly is a contributor. She made contributions in respect of her own employment income in 1970, 1984 and 1989.

[10] Ms. Woodcock is also a person to whom pension credits have been attributed under section 55.1. That is because, when she applied for a disability pension on September 2, 1997, she also applied for an attribution of pension credits based on her marriage to Edward A. Woodcock from November 4, 1989 to August 30, 1993. Her application for an attribution of pension credits was accepted, and pension credits relating to Mr. Woodcock's earnings for 1989, 1990, 1991 and 1992 were attributed to Ms. Woodcock under

44(1)b)(iv) n'avait pas été adopté. À cet égard, il s'agit de remarquer que, puisque la demande de M<sup>me</sup> Woodcock a été rejetée en raison du fait qu'elle avait fait défaut de satisfaire aux exigences en matière de cotisations, aucune décision n'a été rendue quant à savoir si elle était ou non invalide, ou avait été invalide au moment où la demande avait été faite ou dans une année antérieure. Il semble que, selon elle, elle était invalide en 1993 ou peut-être avant. Toutefois, pour la présente partie de l'analyse (qui a pour but d'examiner la situation sans égard à la disposition relative aux demandes tardives), je présumerai en sa faveur que son invalidité a débuté le 2 juin 1996, 15 mois avant qu'elle n'ait déposé sa demande le 2 septembre 1997.

[8] Dans le but de se qualifier pour une pension d'invalidité, une personne doit être un «cotisant» selon la définition du paragraphe 2(1) [mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 1] de la Loi:

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

[. . .]

«cotisant» Personne qui a versé une cotisation d'employé ou une cotisation à l'égard des gains provenant du travail qu'elle exécute pour son propre compte. Sont assimilées à un cotisant une personne dont le montant des gains sur lesquels une cotisation a été versée pour une année selon la présente loi, calculés ainsi que le prévoit le sous-alinéa 53b)(i), excède zéro, ainsi qu'une personne à laquelle des gains non ajustés ouvrant droit à pension ont été attribués en vertu de l'article 55, 55.1 ou 55.2.

[9] M<sup>me</sup> Woodcock est clairement une cotisante. Elle a versé des cotisations à l'égard de son propre revenu d'emploi en 1970, 1984 et 1989.

[10] M<sup>me</sup> Woodcock est également une personne à qui des droits à pension ont été attribués en vertu de l'article 55.1. Cela est dû au fait que, lorsqu'elle a formulé une demande de pension d'invalidité le 2 septembre 1997, elle a également demandé une attribution de droits à pension basée sur son mariage avec Edward A. Woodcock entre le 4 novembre 1989 et le 30 août 1993. Sa demande d'attribution de droits à pension a été acceptée et des droits à pension relativement aux gains de M. Woodcock pour 1989, 1990, 1991

section 55.1.

[11] Ms. Woodcock, as a contributor, would have been entitled to a disability pension on September 2, 1997 if she met the conditions in either subparagraph 44(1)(b)(i) [as am. *idem*, s. 13] or subparagraph 44(1)(b)(ii) [as am. *idem*]. Those provisions read as follows:

44. (1) Subject to this Part,

...

(b) a disability pension shall be paid to a contributor who has not reached sixty-five years of age, to whom no retirement pension is payable, who is disabled and who

(i) has made contributions for not less than the minimum qualifying period,

(ii) has made contributions for at least two of the last three calendar years included either wholly or partly within his contributory period,

[12] The application of either subparagraph 44(1)(b)(i) or subparagraph 44(1)(b)(ii) requires a determination of Ms. Woodcock's "contributory period" under subsection 44(2) [as am. *idem*], the relevant parts of which reads as follows:

44. (1) ...

(2) For the purposes of paragraphs (1)(b) and (e),

(a) a contributor shall be considered to have made contributions for not less than the minimum qualifying period only if he has made contributions

(i) for at least five of the last ten calendar years included either wholly or partly within his contributory period, or

(ii) where there are fewer than ten calendar years included either wholly or partly within his contributory period, for at least five of those years; and

(b) the contributory period of a contributor shall be the period

(i) commencing January 1, 1966 or when he reaches eighteen years of age, whichever is the later, and

(ii) ending with the month in which he is determined to have become disabled for the purpose of paragraph (1)(b),

et 1992 ont été attribués à M<sup>me</sup> Woodcock en vertu de l'article 55.1.

[11] M<sup>me</sup> Woodcock, en tant que cotisante, aurait eu droit à une pension d'invalidité le 2 septembre 1997 si elle avait satisfait aux conditions de l'un des sous-alinéas 44(1)b(i) [mod., *idem*, art. 13] ou 44(1)b(ii) [mod., *idem*]. Ces dispositions prévoient:

44. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie:

[. . .]

b) une pension d'invalidité doit être payée à un cotisant qui n'a pas atteint l'âge de soixante-cinq ans, à qui aucune pension de retraite n'est payable, qui est invalide et qui:

(i) soit a versé des cotisations pendant au moins la période minimale d'admissibilité,

(ii) soit a versé des cotisations pendant au moins deux des trois dernières années civiles entièrement ou partiellement comprises dans sa période cotisation;

[12] La demande relativement à l'un des sous-alinéas 44(1)b(i) ou 44(1)b(ii) exige une décision au sujet de la «période cotisable» de M<sup>me</sup> Woodcock en vertu du paragraphe 44(2) [mod., *idem*] dont les parties pertinentes prévoient:

44. (1) [. . .]

(2) Pour l'application des alinéas (1)b) et e):

a) un cotisant n'est réputé avoir versé des cotisations pendant au moins la période minimale d'admissibilité que s'il a versé des cotisations:

(i) soit pendant au moins cinq des dix dernières années civiles entièrement ou partiellement comprises dans sa période cotisable,

(ii) soit, dans les cas où il y a moins de dix années civiles entièrement ou partiellement comprises dans sa période cotisable, pendant au moins cinq de ces années;

b) la période cotisable d'un cotisant est la période qui:

(i) commence le 1<sup>er</sup> janvier 1966 ou au moment où il atteint l'âge de dix-huit ans, en choisissant celle de ces deux dates qui est postérieure à l'autre,

(ii) se termine avec le mois au cours duquel il est déclaré invalide dans le cadre de l'alinéa (1)b),

[13] Ms. Woodcock was born in 1952, and so her contributory period commenced in 1970. It ended on the date on which she was “deemed to have become disabled”, defined in paragraph 42(2)(b) as the date of actual disability, except that the date on which a person is “deemed to have become disabled” cannot be earlier than 15 months prior to the date of application. That date would be June 2, 1996. (As explained above, I am assuming for purposes of this part of the discussion that she became disabled on that date; otherwise her application would, but for subparagraph 44(1)(b)(iv), be considered to be out of time.)

[14] Thus, if Ms. Woodcock had become disabled on June 2, 1996, her contributory period would have ended in 1996. Would she have qualified for a disability pension under subparagraph 44(1)(b)(i)? No, because she was not a contributor for at least five of the last ten years of her contributory period, i.e., from 1987 to 1996. Even taking into account her section 55.1 attributed pension credits, she would have been a contributor for only four of the last ten years of her contributory period (1989, 1990, 1991 and 1992).

[15] Alternatively, would she have qualified under subparagraph 44(1)(b)(ii)? No, because she was not a contributor for at least two of the last three years of her contributory period, i.e., from 1994 to 1996 inclusive. Again, even taking into account her section 55.1 attributed pension credits, the last year in which she was a contributor was 1993.

[16] Thus, it is clear that Ms. Woodcock cannot qualify for a disability pension unless subparagraph 44(1)(b)(iv) comes to her aid.

#### The effect of subparagraph 44(1)(b)(iv)

[17] For the reasons explained below, Ms. Woodcock’s entitlement to a disability pension is saved by subparagraph 44(1)(b)(iv) if, but only if, the Minister is obliged to give retrospective effect to her section 55.1 attribution of pension credits.

[18] It is common ground that subparagraph 44(1)(b)(iv) requires the Minister to determine whether

[13] M<sup>me</sup> Woodcock est née en 1952 et sa période cotisable a ainsi commencé en 1970. Elle a pris fin à la date à laquelle elle était «réputée être devenue invalide», définie à l’alinéa 42(2)b) comme la date de l’invalidité même, sauf que la date à laquelle une personne est «réputée être devenue invalide» ne peut être antérieure de 15 mois par rapport à la date de la demande. Cette date serait le 2 juin 1996. (Comme je l’ai déjà expliqué, je présume aux fins de la présente partie de la discussion qu’elle est devenue invalide à cette date; autrement sa demande serait considérée, sauf en ce qui a trait au sous-alinéa 44(1)b)(iv), comme tardive.)

[14] Donc, si M<sup>me</sup> Woodcock était devenue invalide le 2 juin 1996, sa période cotisable aurait pris fin en 1996. Est-ce qu’elle se serait qualifiée pour une pension d’invalidité en vertu du sous-alinéa 44(1)b)(i)? Non, parce qu’elle n’était pas une cotisante pendant au moins cinq des dix dernières années de sa période cotisable, c’est-à-dire de 1987 à 1996. Même en tenant compte de ses droits à pension attribués en vertu de l’article 55.1, elle n’aurait été une cotisante que pour quatre des dix dernières années de sa période cotisable (1989, 1990, 1991 et 1992).

[15] Sinon, est-ce qu’elle se serait qualifiée en vertu du sous-alinéa 44(1)b)(ii)? Non, parce qu’elle n’était pas une cotisante pendant au moins deux des trois dernières années de sa période cotisable, c’est-à-dire de 1994 à 1996 inclusivement. Encore une fois, même en tenant compte de ses droits à pension attribués en vertu de l’article 55.1, la dernière année au cours de laquelle elle a été une cotisante était 1993.

[16] Donc, il est clair que M<sup>me</sup> Woodcock ne peut pas se qualifier pour une pension d’invalidité à moins que le sous-alinéa 44(1)b)(iv) ne lui vienne en aide.

#### L’effet du sous-alinéa 44(1)b)(iv)

[17] Pour les motifs expliqués ci-dessous, le droit à une pension d’invalidité de M<sup>me</sup> Woodcock est sauvegardé par le sous-alinéa 44(1)b)(iv) si, mais seulement si, le ministre a l’obligation de donner un effet rétroactif à son attribution de droits à pension en vertu de l’article 55.1.

[18] Il est bien établi que le sous-alinéa 44(1)b)(iv) exige que le ministre détermine si un demandeur s’était

an applicant would have qualified for a disability pension if the application had been submitted earlier than it was. For the purposes of considering this question, I will abandon the assumption that Ms. Woodcock became disabled on June 2, 1996 and assume, as counsel for Ms. Woodcock has done, that she became disabled in 1993. That is the assumption most favourable to her, because it places the date of her disability immediately after the last year for which she has two consecutive years of pension credits.

[19] According to the Minister, if Ms. Woodcock had applied for a disability pension in 1993, she would not have qualified because her status as a contributor for two of the three years prior to her date of disability (that is, 1991 and 1992) is based solely on a section 55.1 attribution of pension credits that did not become effective until she applied for attribution on September 2, 1997. The Minister argues that the Pension Appeals Board erred in law in reaching a contrary conclusion.

[20] Counsel for Ms. Woodcock supports the decision of the Pension Appeals Board. She argues, citing *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, that the Minister's interpretation should be rejected because, it would defeat the objective of subparagraph 44(1)(b)(iv). She relies upon the agreed principle that subparagraph 44(1)(b)(iv) requires the Minister to determine whether Ms. Woodcock would have qualified for a disability pension if her application had been submitted in 1993. It bears repeating that this principle flows from the undisputed fact that subparagraph 44(1)(b)(iv) is intended to relieve applicants for a disability pension from the prejudice they would otherwise suffer because of a late application.

[21] If Ms. Woodcock had known in 1993 that she might qualify for a disability pension, and had applied for it at that time, she would also have applied at that time for an attribution of pension credits under section 55.1. The conditions for attribution were met at that time and it must follow that the attribution would have been authorized. Therefore, under the hypothetical question posed by subparagraph 44(1)(b)(iv), viewed realistically

qualifié pour une pension d'invalidité si la demande avait été déposée plus tôt qu'elle ne l'a été. Pour l'examen de cette question, je renoncerais à l'hypothèse selon laquelle M<sup>me</sup> Woodcock est devenue invalide le 2 juin 1996 et je présumerai, comme l'a fait l'avocate de M<sup>me</sup> Woodcock, qu'elle est devenue invalide en 1993. Il s'agit de l'hypothèse qui lui est la plus favorable, parce qu'elle place la date de son invalidité immédiatement après la dernière année pour laquelle elle a deux années consécutives de droits à pension.

[19] Selon le ministre, si M<sup>me</sup> Woodcock avait demandé une pension d'invalidité en 1993, elle ne se serait pas qualifiée, puisque son statut de cotisante pendant deux des trois années avant sa date d'invalidité (c'est-à-dire, 1991 et 1992) était seulement basé sur une attribution de droits à pension en vertu de l'article 55.1 qui n'est pas entrée en vigueur avant qu'elle n'ait demandé l'attribution le 2 septembre 1997. Le ministre soutient que la Commission d'appel des pensions a commis une erreur de droit en en venant à une conclusion contraire.

[20] L'avocate de M<sup>me</sup> Woodcock appuie la décision de la Commission d'appel des pensions. Elle soutient, citant l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, que l'interprétation du ministre devrait être rejetée, parce que cela irait à l'encontre de l'objectif recherché par le sous-alinéa 44(1)(b)(iv). Elle s'appuie sur le principe convenu selon lequel le sous-alinéa 44(1)(b)(iv) exige que le ministre détermine si M<sup>me</sup> Woodcock se serait qualifiée pour une pension d'invalidité si sa demande avait été déposée en 1993. Il n'est pas inutile de répéter ici que ce principe découle du fait incontesté que le sous-alinéa 44(1)(b)(iv) a pour but de dégager les demandeurs de pension d'invalidité du préjudice qu'ils subiraient autrement en raison d'une demande tardive.

[21] Si M<sup>me</sup> Woodcock avait su, en 1993, qu'elle pouvait se qualifier pour une pension d'invalidité et qu'elle avait formulé une demande en ce sens à ce moment-là, elle aurait également demandé, à ce moment-là, une attribution de droits à pension en vertu de l'article 55.1. Les conditions pour l'attribution étaient satisfaites à ce moment-là et il doit s'ensuivre que l'attribution aurait été autorisée. Par conséquent, en



in light of Ms. Woodcock's actual circumstances, her status as a contributor for two of the three years prior to 1993 would have been recognized immediately, and she would have qualified for a disability pension under subparagraph 44(1)(b)(ii).

[22] It is clear that under section 55.1, the only right that arises automatically upon divorce is the right to apply for an attribution of pension credits, and the attribution itself depends upon an application being made. There are circumstances in which the Minister may refuse to make a division or cancel a division, for example, under subsections 55.1(5) [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 23; S.C. 1995, c. 33, s. 27] and 55.2(3) [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 23] of the Act. However, in this case, none of those circumstances exist, or would have existed in 1993. Therefore, there is no basis upon which the Minister could have refused to accept a section 55.1 application submitted by Ms. Woodcock in 1993.

[23] Nothing in the *Canada Pension Plan* states that the effective date of a section 55.1 attribution can predate the application for attribution (except in the situations contemplated by section 55.3 [as enacted by S.C. 1991, c. 44, s. 9], involving an applicant who suffers from mental incapacity). On the other hand, there is nothing in the *Canada Pension Plan* that would preclude the Minister from recognizing a retrospective section 55.1 attribution in a case like this one, where subparagraph 44(1)(b)(iv) requires eligibility for a hypothetical pension to be determined on the basis of a hypothetical application as of some earlier date. The Minister has not suggested any basis for concluding that such an approach could cause prejudice to Ms. Woodcock's former spouse. Nor has the Minister argued that this manner of applying subparagraph 44(1)(b)(iv) would result in unreasonable or absurd consequences in other situations.

[24] It is arguable that this interpretation of the relevant provisions is not consistent with section 54.2 [as enacted by SOR/86-1133, s. 11; 93-290, s. 4] of the *Canada Pension Plan Regulations*, C.R.C., c. 385, as

regard de la question hypothétique posée par le sous-alinéa 44(1)b)(iv), vu de façon réaliste à la lumière de la situation réelle de M<sup>me</sup> Woodcock, son statut de cotisante pendant deux des trois années précédant 1993 aurait été reconnu immédiatement et elle se serait qualifiée pour une pension d'invalidité en vertu du sous-alinéa 44(1)b)(ii).

[22] Il est clair qu'en vertu de l'article 55.1, le seul droit découlant automatiquement du divorce est celui de demander une attribution de droits à pension, et l'attribution elle-même dépend du fait qu'une demande en est faite. Il y a des circonstances dans lesquelles le ministre peut refuser d'effectuer un partage ou il peut annuler un partage, par exemple, en vertu des paragraphes 55.1(5) [édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 23; L.C. 1995, ch. 33, art. 27] et 55.2(3) [édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 23] de la Loi. Cependant, en l'espèce, ces circonstances n'existent pas ou n'existaient pas en 1993. Par conséquent, le ministre n'avait aucun fondement pour refuser d'accepter une demande liée à l'article 55.1 déposée par M<sup>me</sup> Woodcock en 1993.

[23] Rien, dans le *Régime de pensions du Canada*, n'indique que la date de prise d'effet d'une attribution en vertu de l'article 55.1 pourra être antérieure à la demande d'attribution (sauf dans les situations envisagées par l'article 55.3 [édicte par L.C. 1991, ch. 44, art. 9], impliquant un demandeur souffrant d'incapacité mentale). D'un autre côté, il n'y a rien, dans le *Régime de pensions du Canada*, qui empêcherait le ministre de reconnaître une attribution rétroactive liée à l'article 55.1 dans un cas comme celui-ci, où le sous-alinéa 44(1)b)(iv) exige que l'admissibilité à une pension d'invalidité soit déterminée sur la base d'une demande hypothétique à une date antérieure quelconque. Le ministre n'a indiqué aucun fondement pour conclure qu'une telle approche pourrait occasionner un préjudice à l'ancien conjoint de M<sup>me</sup> Woodcock. Le ministre n'a pas soutenu non plus que cette façon d'appliquer le sous-alinéa 44(1)b)(iv) aurait des conséquences déraisonnables ou absurdes dans d'autres situations.

[24] On peut soutenir que cette interprétation des dispositions pertinentes n'est pas compatible avec l'article 54.2 [édicte par DORS/86-1133, art. 11; 93-290, art. 4] du *Règlement sur le Régime de pensions du*

amended to September 2, 1997, which reads as follows:

54.2 (1) For the purposes of the Act,

(a) the effective date of the taking place of a division of unadjusted pensionable earnings is the last day of the month in which the information prescribed for the purposes of paragraph 55.1(1)(a) of the Act, and that is listed in subsection 54(2), is received by the Minister; or

(b) the effective date of the approval of a division of unadjusted pensionable earnings is the last day of the month in which the application referred to in paragraph 55.1(1)(b) or

(c) of the Act is received.

(2) The effective date of the attribution of pensionable earnings following the division is the first day of the month following the month in which the effective date of the taking place or approval of the division falls.

[25] This Regulation was made pursuant to subsection 55.2(11) [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 23] of the *Canada Pension Plan*, which authorizes the Governor General in Council to make regulations prescribing the effective date of the approval or taking place of a division of unadjusted pensionable earnings and of the attribution of pensionable earnings following a division. This regulation would have no purpose if the effective date of the division of unadjusted pensionable earnings following a section 55.1 application must always be the date of the divorce.

[26] However, the interpretive approach adopted by the Pension Appeals Board does not require such an automatic retrospective effect in all cases. Rather, a section 55.1 attribution would be given retrospective effect only where subparagraph 44(1)(b)(iv) applies because of a late disability pension application, and even then it would apply only if the facts of the case make it reasonable to presume, as in this case, that the application for the disability pension and the section 55.1 application would have been submitted at or about the same time, and there is no reason to conclude that the section 55.1 application would not have been accepted if it had been made at that time.

*Canada*, C.R.C., ch. 385, dans sa forme modifiée en date du 2 septembre 1997, qui prévoit:

54.2 (1) Pour l'application de la Loi:

a) le partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension prend effet le dernier jour du mois au cours duquel le ministre reçoit les renseignements prescrits pour l'application de l'alinéa 55.1(1)a) de la Loi qui sont énumérés au paragraphe 54(2);

b) l'approbation du partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension prend effet le dernier jour du mois au cours duquel la demande visée aux alinéas 55.1(1)b) ou

c) de la Loi est reçue.

(2) L'attribution des gains ouvrant droit à pension à la suite d'un partage prend effet le premier jour du mois suivant celui de la date de prise d'effet du partage ou de son approbation.

[25] Cet article du Règlement a été édicté en application du paragraphe 55.2(11) [édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 23] du *Régime de pensions du Canada*, lequel autorise le gouverneur en conseil à faire un règlement fixant la date à laquelle prend effet le partage ou son approbation des gains non ajustés ouvrant droit à pension et celle à laquelle prend effet l'attribution de gains ouvrant droit à pension à la suite d'un partage. Cet article du règlement serait sans objet si la date à laquelle prend effet le partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension suivant une demande en vertu de l'article 55.1 devait toujours être la date du divorce.

[26] Cependant, la méthode interprétative adoptée par la Commission d'appel des pensions n'exige pas un tel effet rétroactif automatique dans tous les cas. On ne donnerait plutôt un effet rétroactif à une attribution en vertu de l'article 55.1 que lorsque le sous-alinéa 44(1)b)(iv) s'applique en raison d'une demande tardive de pension d'invalidité. Et même dans ce cas-là, il ne s'appliquerait que si les faits de la cause faisaient en sorte qu'il soit raisonnable de présumer, comme en l'espèce, que la demande de pension d'invalidité et celle relative à l'article 55.1 auraient été déposées à peu près au même moment, et il n'y a aucune raison de conclure que la demande en vertu de l'article 55.1 n'aurait pas été acceptée si elle avait été présentée à ce moment-là.

Conclusion

[27] For these reasons, this application for judicial review should be dismissed. As no costs have been sought, none should be awarded.

ISAAC J.A.: I agree.

\* \* \*

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

[28] MALONE J.A. (dissenting): I respectfully dissent from the majority reasons of Sharlow J.A. in this application for judicial review. My reasons follow.

[29] The respondent was born in 1952, and her contributory period commenced in 1970. That period ended on the date on which she was “deemed to have become disabled”, as defined in paragraph 42(2)(b) as the date of actual disability, except that the date on which a person is “deemed to have become disabled” cannot be earlier than 15 months prior to the date of application, i.e., June 2, 1996. For the reasons given by Sharlow J.A., I will also assume for the purposes of this part of my analysis that the respondent became disabled on that date.

[30] If the respondent had become disabled on June 2, 1996, her contributory period would have ended in 1996. She would have qualified for a disability pension under subparagraph 44(1)(b)(i) if she had been a contributor for at least five of the last ten years of her contributory period, i.e., from 1987 to 1996. Alternatively she would have qualified under subparagraph 44(1)(b)(ii) if she had been a contributor for at least two of the last three years of her contributory period, i.e., from 1994 to 1996.

[31] The respondent was a contributor in respect of her own employment for three years, 1970, 1984 and 1989, but only one of those years falls within the ten-year period. She had additional pension credits attri-

Conclusion

[27] Pour ces motifs, la présente demande de contrôle judiciaire devrait être rejetée. Comme aucune demande n’a été faite quant aux dépens, on ne devrait pas en accorder.

LE JUGE ISAAC, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

\* \* \*

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

[28] LE JUGE MALONE, J.C.A. (dissident): En toute déférence, je ne puis souscrire aux motifs de la majorité prononcés par le juge Sharlow, J.C.A. dans la présente demande de contrôle judiciaire. Voici mes motifs:

[29] La défenderesse est née en 1952 et sa période cotisable a commencé en 1970. Cette période a pris fin à la date à laquelle elle était «réputée être devenue invalide», telle que définie à l’alinéa 42(2)b) comme la date de l’invalidité même, sauf que la date à laquelle une personne est «réputée être devenue invalide» ne peut être antérieure de 15 mois par rapport à la date de la demande, c’est-à-dire le 2 juin 1996. Pour les motifs indiqués par le juge Sharlow, je présumerai également, aux fins de la présente partie de mon analyse, que la défenderesse est devenue invalide à cette date.

[30] Si la défenderesse était devenue invalide le 2 juin 1996, sa période cotisable aurait pris fin en 1996. Elle se serait qualifiée pour une pension d’invalidité en vertu du sous-alinéa 44(1)b)(i) si elle avait été une cotisante pendant au moins cinq des dix dernières années de sa période cotisable, c’est-à-dire de 1987 à 1996. Sinon, elle se serait qualifiée en vertu du sous-paragraphe 44(1)b)(ii) si elle avait été une cotisante pendant au moins deux des trois dernières années de sa période cotisable, c’est-à-dire de 1994 à 1996.

[31] La défenderesse a été une cotisante par rapport à son propre emploi pendant trois ans, 1970, 1984 et 1989, mais seule une de ces années tombe à l’intérieur de la période de dix ans. On lui a attribué des

buted to her under section 55.1, but only for three additional years falling within the ten-year period, i.e., 1990 to 1992. It follows that she could not have qualified for a disability pension under subparagraph 44(1)(b)(i) because she was a contributor for only four of the years from 1987 to 1996. Furthermore, she could not have qualified under subparagraph 44(1)(b)(ii) because she was not a contributor for any of the last three years of her contributory period, namely 1994 to 1996.

[32] I agree with Sharlow J.A. that the respondent cannot qualify for a disability pension unless subparagraph 44(1)(b)(iv) operates in her favour. Entitlement to a disability pension is preserved by that subparagraph only if the Minister is obliged to give retroactive effect to her section 55.1 attribution of pension credits. Subparagraph 44(1)(b)(iv) requires the Minister to determine whether an applicant would have qualified for a disability pension if the application had been submitted earlier than it was. For this part of my analysis, I will abandon the assumption that the respondent became disabled on June 2, 1996 and assume that she became disabled in 1993. This assumption, advanced by her counsel, places the date of her disability immediately after the last year for which she has two consecutive years of pension credits.

[33] The Minister urges that, if the respondent had applied for a disability pension in 1993, she would not have qualified because her status as a contributor for two of the three years prior to her date of disability, namely 1991 and 1992, is based solely on a section 55.1 attribution of pension credits that did not become effective until she applied for attribution on September 2, 1997. The Pension Appeals Board is said to have erred in law in reaching a contrary conclusion.

[34] Based on *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, counsel for the respondent argues that the Minister's analysis is incorrect because, unless Ms. Woodcock's section 55.1 attribution is given retroactive

droits à pension additionnels en vertu de l'article 55.1, mais pour seulement trois années additionnelles tombant à l'intérieur de la période de dix ans, c'est-à-dire 1990 à 1992. Il s'ensuit qu'elle n'aurait pas pu se qualifier pour une pension d'invalidité en vertu du sous-alinéa 44(1)b(i), puisqu'elle n'a été une cotisante que pendant quatre années entre 1987 et 1996. De plus, elle n'aurait pas pu se qualifier pour une pension d'invalidité en vertu du sous-alinéa 44(1)b(ii), puisqu'elle n'a été une cotisante pendant aucune des trois dernières années de sa période cotisable, à savoir de 1994 à 1996.

[32] Je suis d'accord avec le juge Sharlow lorsqu'elle affirme que la défenderesse ne peut se qualifier pour une pension d'invalidité, à moins que le sous-alinéa 44(1)b(iv) n'opère en sa faveur. Le droit à une pension d'invalidité n'est préservé, par ce sous-alinéa, que si le ministre est tenu de donner un effet rétroactif à son attribution de droits à pension en vertu de l'article 55.1. Le sous-alinéa 44(1)b(iv) exige que le ministre détermine si un demandeur se serait qualifié pour une pension d'invalidité si la demande avait été déposée plus tôt qu'elle ne l'a été. Pour la présente partie de mon analyse, je renoncerai à l'hypothèse selon laquelle la défenderesse est devenue invalide le 2 juin 1996 et je présumerai qu'elle est devenue invalide en 1993. Cette hypothèse, avancée par son avocate, place la date de son invalidité immédiatement après la dernière année pour laquelle elle a deux années consécutives de droits à pension.

[33] Le ministre insiste sur le fait que, si la défenderesse avait demandé une pension d'invalidité en 1993, elle ne se serait pas qualifiée parce que son statut comme cotisante pendant deux des trois années précédant sa date d'invalidité, à savoir 1991 et 1992, n'est basé que sur une attribution de droits à pension en vertu de l'article 55.1 qui n'a pas pris effet avant qu'elle ne demande une attribution le 2 septembre 1997. On affirme que la Commission d'appel des pensions a commis une erreur de droit en en venant à une conclusion contraire.

[34] En se basant sur l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, l'avocate de la défenderesse soutient que l'analyse du ministre est incorrecte parce que, à moins que l'on ne donne un effet rétroactif à

effect, the objective of subparagraph 44(1)(b)(iv) would be curtailed. Subparagraph 44(1)(b)(iv) is said to be intended to relieve disabled persons from losing entitlement to a disability pension merely because of a late application. This submission is based on the premise that the respondent had an absolute entitlement to the attributed pension credits upon her divorce in 1993 even though she did not actually apply for them until 1997. If that is so, a section 55.1 attribution should be treated as though it had been made in 1993, no matter when the application for attribution was made.

[35] I am unable to accept that premise. In my analysis, under section 55.1, the only right that arises automatically upon divorce is the right to apply for an attribution of pension credits. The attribution itself depends upon an application being made. It may be that the Minister cannot refuse attribution if an application is made and she is satisfied that the conditions are met, but she cannot authorize the attribution until the application is made. Indeed, there are circumstances in which the Minister may refuse to make a division or cancel a division, as for example, under subsections 55.1(5) and 55.2(3) of the Act, which read in part as follows:

**55.1 (1) . . .**

(5) Before a division of unadjusted pensionable earnings is made under this section, or within the prescribed period after such a division is made, the Minister may refuse to make the division or may cancel the division, as the case may be, if the Minister is satisfied that

(a) benefits are payable to or in respect of both spouses or former spouses; and

(b) the amount of both benefits decreased at the time the division was made or would decrease at the time the division was proposed to be made.

...

**55.2 (1) . . .**

(3) Where

(a) a spousal agreement entered into on or after June 4, 1986 contains a provision that expressly mentions this Act and indicates the intention of the spouses or former spouses that there be no division of unadjusted pensionable

l'attribution de M<sup>me</sup> Woodcock liée à l'article 55.1, l'objectif visé par le sous-alinéa 44(1)(b)(iv) serait entravé. On affirme que le sous-alinéa 44(1)(b)(iv) a pour but de dégager les personnes invalides de la perte du droit à une pension d'invalidité simplement en raison d'une demande tardive. Cette observation est basée sur la prémisse que la défenderesse avait un droit absolu aux droits à pension attribués par suite de son divorce en 1993, bien qu'elle ne les ait pas réellement demandés avant 1997. Si tel est le cas, une attribution en vertu de l'article 55.1 devrait être traitée comme si elle avait été faite en 1993, peu importe le moment où la demande d'attribution a été faite.

[35] Je ne peux pas accepter cette prémisse. Selon mon analyse, en application de l'article 55.1, le seul droit découlant automatiquement du divorce est celui de demander une attribution de droits à pension. L'attribution elle-même dépend du fait qu'une demande en est faite. Il est possible que le ministre ne puisse refuser l'attribution si une demande en est faite et s'il est convaincu que les conditions sont satisfaites, mais il ne peut autoriser l'attribution tant qu'aucune demande n'est faite. En fait, il y a des circonstances dans lesquelles le ministre peut refuser d'effectuer un partage ou il peut l'annuler, comme par exemple, en vertu des paragraphes 55.1(5) et 55.2(3) de la Loi qui prévoient:

**55.1 (1) [ . . . ]**

(5) Avant qu'ait lieu, en application du présent article, un partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension, ou encore au cours de la période prescrite après qu'a eu lieu un tel partage, le ministre peut refuser d'effectuer ce partage, comme il peut l'annuler, selon le cas, s'il est convaincu que:

a) des prestations sont payables aux deux conjoints ou anciens conjoints, ou à leur égard;

b) le montant des deux prestations a diminué lors du partage ou diminuerait au moment où il a été proposé que le partage ait lieu.

[ . . . ]

**55.2 (1) [ . . . ]**

(3) Dans les cas où les conditions suivantes sont réunies:

a) le 4 juin 1986 ou après, un contrat matrimonial est conclu et contient une disposition qui fait expressément mention de la présente loi et qui exprime l'intention des conjoints de ne pas faire le partage, en application de

earnings under section 55 or 55.1,

(b) that provision of the spousal agreement is expressly permitted under the provincial law that governs the spousal agreement, and

(c) that provision of the spousal agreement has not been invalidated by a court order,

the Minister shall not make a division under section 55 or 55.1.

[36] It follows, then, that *prima facie* the effective date of the attribution cannot predate the application. The *Canada Pension Plan* does not state that the effective date of a section 55.1 attribution can predate the application for attribution, except in the situations contemplated by section 55.3, involving an applicant who suffers from mental incapacity, and there is no basis for concluding that such automatic retroactivity is necessarily implied. In my view, even under the broad, purposive approach mandated by *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd.*, *supra*, and more recently in *Sarvanis v. Canada* (2002), 210 D.L.R. (4th) 263 (S.C.C.), at paragraph 24, an interpretation which favours automatic retroactivity on the particular facts of this case places too great a strain on the language of the statute.

[37] I take comfort in this conclusion by having reference to another part of the statutory scheme that contradicts the inference that a section 55.1 attribution is automatically or by necessary implication retroactive to the date of divorce. In particular, I refer to section 54.2 of the *Canada Pension Plan Regulations*, C.R.C., c. 385 as amended to September 2, 1997, which would have no purpose if the effective date of the division of unadjusted pensionable earnings following a section 55.1 application must always be the date of the divorce.

[38] Accordingly, this application for judicial review should be allowed without costs and the decision of the Pension Appeals Board vacated, and the matter should be referred back to a differently constituted panel for redetermination in accordance with these reasons.

l'article 55 ou 55.1, des gains non ajustés ouvrant droit à pension;

b) la disposition en question du contrat matrimonial est expressément autorisée selon le droit provincial applicable à ce contrat;

c) la disposition en question du contrat matrimonial n'a pas été annulée aux termes d'une ordonnance d'un tribunal,

le ministre n'effectue pas le partage en application de l'article 55 ou 55.1.

[36] Il s'ensuit alors que, *prima facie*, la date de prise d'effet de l'attribution ne peut pas être antérieure à la demande. Le *Régime de pensions du Canada* n'indique pas que la date de prise d'effet d'une attribution en vertu de l'article 55.1 puisse être antérieure à la demande d'attribution, sauf dans les situations envisagées par l'article 55.3, impliquant un demandeur souffrant d'incapacité mentale. De plus, il n'existe aucun fondement pour conclure qu'une telle rétroactivité automatique est nécessairement implicite. À mon avis, même dans le cadre de l'interprétation large fondée sur l'objet visé, prescrite par l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd.*, précité, et plus récemment dans l'arrêt *Sarvanis c. Canada* (2002), 210 D.L.R. (4th) 263 (C.S.C.), au paragraphe 24, une interprétation favorisant une rétroactivité automatique concernant les faits particuliers de l'espèce est difficilement conciliable avec le libellé de la loi.

[37] Dans cette conclusion, je m'appuie sur une autre partie du système législatif qui contredit l'inférence selon laquelle une attribution en vertu de l'article 55.1 est automatiquement, ou par voie de conséquence nécessaire, rétroactive à la date du divorce. En particulier, je me réfère à l'article 54.2 du *Règlement sur le Régime de pensions du Canada*, C.R.C., ch. 385, dans sa forme modifiée en date du 2 septembre 1997, lequel serait sans objet si la date de prise d'effet du partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension suivant une demande en vertu de l'article 55.1 devait toujours être la date du divorce.

[38] Par conséquent, la présente demande de contrôle judiciaire devrait être accueillie sans frais, la décision de la Commission d'appel des pensions devrait être annulée et l'affaire devrait être renvoyée devant un tribunal différemment constitué pour un nouvel examen en conformité avec les présents motifs.

# DIGESTS

*Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court decision may be accessed at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fct>, or may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### IMMIGRATION PRACTICE

Judicial review of dismissal by Immigration and Refugee Board (Appeal Division) (IAD) of appeal without oral hearing with respect to applicant's evidence, credibility—Applicant citizen of Iran—Became involved with recognized Iranian terrorist group supported by Iraq—Lived for five years in terrorist camp in Iraq where allegedly worked as driver, translator—Involved in at least one military action, failed 1990 military campaign—In 1993 decided to leave terrorist group—Claimed refugee status based on support for terrorist group—In 1996 found to be Convention refugee—In 2000 Minister of Immigration issued opinion pursuant to s. 19(1)(f) that applicant's admission to Canada detrimental to national interest—Subsequently adjudicator found applicant to be person described in s. 19(1)(f)(iii)(B), issued deportation order—On appeal IAD bifurcated hearing process because applicant filed "notice of constitutional question"—According to schedule IAD set, constitutional question to be dealt with by written submissions and, depending on nature of ruling, oral hearing would be scheduled to deal with equitable branch of appeal—After parties filed written submissions on constitutional question, IAD rendered decision not only on constitutional issues, but on question of mixed law and fact of whether applicant "member" of terrorist organization—Failed to conduct oral hearing which it had expressly agreed to do after disposing of constitutional questions—Moreover found applicant not credible without providing applicant with opportunity to present *viva voce* evidence—Respondent relying on *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202 for submission breach of natural justice not entitling applicant to relief sought as nonsensical to compel IAD to reconsider mixed law and fact issue when result inevitable based on admissions from applicant—Result of question of mixed law, fact not inevitable—Possible IAD could find reasonable grounds to believe applicant not "member" of terrorist group—Applicant entitled to hearing before IAD on question of mixed law, fact—Cannot conclude applicant's chances of

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

succeeding "hopeless"—Appeal allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(1)(f)(iii)(B) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11).

FANI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3758-01, 2002 FCT 754, Kelen J., order dated 9/7/02, 9 pp.)

Application for stay of removal proceedings to be executed against applicant—Applicant entered Canada as visitor in 1991—Applied for, granted Convention refugee status—Between 1992 and 2000, at least 15 convictions registered against applicant—Latter convicted in March 1997 of personation, conspiracy to commit fraud, obstruction of peace officer—Deportation order issued against applicant in 1997, stayed in 1998, subject to conditions not complied with—Applicant invoked Immigration Act, s. 50(1) in support of argument removal order could not be executed while serving conditional sentence—French version of s. 50(2) uses term "*incarcération*", whereas English version refers to "inmate" of one of institutions without using term "incarceration"—S.C.C. decision in *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61 discussed discrepancy between English, French versions of Criminal Code of Canada, s. 718.2 with respect to description of penal sanctions—Conditional sentence defined as term of imprisonment, not falling into category of "sanctions other than imprisonment"—Applying reasoning set out in *Proulx* with respect to interpretive issue, meaning common to both versions of Immigration Act, s. 50(2) that provision applies with respect to persons serving sentences in custody—Two versions of s. 50(2) reflect intention provision have effect of preventing removal from Canada only of persons subject to sanctions involving custody in institutions whose primary purpose correctional in nature—F.C.A. decision in *Cuskic v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 3 (C.A.) applied—Unduly broad interpretation of s. 50(1)(a) would result in probation orders, meant to protect public, facilitate reintegration of offender into society, being used to prevent removal of those who, in opinion of

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

respondent, should not remain in society, would be less of danger to society if removed from it—Purposes of sets of conditions imposed on applicant include preventing him from causing harm of same nature that resulted in convictions entered against him—Execution of removal order consistent with that purpose—To interpret s. 50 in such way as to permit applicant to remain in Canada would reward him for conduct, contrary to deterrent, punitive aims of criminal sentencing—Execution of removal order against applicant not contravening Immigration Act, s. 50—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 50—Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 718.2 (as enacted by S.C. 1995, c. 22, s. 6; 1997, c. 23, s. 17; 2000, c. 12, s. 95(c); 2001, c. 41, s. 20).

**MOKELU V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)** (IMM-2981-02, 2002 FCT 757, Beaudry J., order dated 9/7/02, 11 pp.)

**STATUS IN CANADA***Convention Refugees*

Application for judicial review of CRDD's decision applicants, citizens of Romania, not Convention refugees on ground no credible basis for claim—Convention refugee claim based on well-founded fear of persecution on basis of Roma race, nationality—Male applicant alleging arrests, beatings because of involvement in Roma Political Party—Female applicant alleging twice raped, second rape resulting in miscarriage—At port of entry, applicants essentially told immigration officials they came to Canada to have better life, no mention of persecution, Roma ethnicity—Application allowed—CRDD failed to expressly refer to documents submitted by applicants: police summons, hospital release notes, male applicant's Roma Party Identity Card, significant country condition documentation about police violence, harassment, discrimination against Roma persons—In light of country condition evidence, documentary evidence specific to applicants could conceivably have affected Board's appreciation of applicants' claim—This evidence should have been expressly considered by Board—Failure to refer to document will be considered reviewable error when document timely, in sense that bears on relevant time period, prepared by reputable independent author who is reliable source of information and that topic addressed in document directly relevant to applicant's claim: *Gouwenko v. Canada (Solicitor General)* (1995), 93 F.T.R. 264 (F.C.T.D.)—Above-mentioned personal documents, not dealt with in CRDD's reasons, meet above criteria—Documentary evidence advanced by applicants specific to applicants' claims, corroborative of their claims, important evidence, particularly of issues of identity, persecution—As to discrepancies between what applicants told immigration officials at port of

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

entry and evidence as stated in PIFs, testimony, when evidence linking applicants to persecution feared other than testimony alone, then such evidence must be considered before "no credible basis" finding can be made—Need to mention and specifically analyze documentary evidence increases with relevance of evidence to decision—Herein, CRDD failed to consider independent, credible documentary evidence—CRDD committed reviewable error in failing to expressly consider, assess above-noted documentary evidence.

**SINKO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)** (IMM-569-01, 2002 FCT 903, Blanchard J., order dated 23/8/02, 12 pp.)

Judicial review of Immigration and Refugee Board's finding applicants not Convention refugees—Applicants citizens of Albania—Claiming refugee status based on membership in particular social group, i.e. Albanians bound by Kanun of Lek, traditional custom under which marriage must be approved by bride's parents—When applicants married without such approval, wife's family threatened to kill them—Claiming well-founded fear of persecution from wife's family—Board considered only whether applicants' fear of persecution related to any of grounds enumerated in Convention refugee definition in Immigration Act, s. 2—Found applicants targets of private vendetta—Of characteristics of particular social group enumerated in *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, Board considered only whether applicants members of group defined by innate or unchangeable characteristic—Not explaining assumption implicit in finding that, as matter of principle, person who is target of private vendetta cannot claim to be persecuted by reason of membership in particular social group—In absence of explanation, no principle of law providing being victim of private vendetta and being Convention refugee necessarily mutually exclusive—Board only focussing on wife's family as basis for conclusion innate or unchangeable characteristics not applicable—Focussed incorrectly on perpetrators, not on victims—Board ignored other possible characteristics of particular social group—Should have assessed whether association with group, although voluntary, unalterable due to historical permanence i.e. marriage without consent unalterable fact—Finally Board not assessing credibility—Not clear applicants' allegations should necessarily be accepted as true—Incumbent on Board to assess credibility of applicants' allegations—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(1) "Convention refugee" (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1).

**PEPA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)** (IMM-3957-01, 2002 FCT 834, Rothstein J.A., order dated 31/7/02, 6 pp.)



**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued***Permanent Residents*

Application for judicial review of visa officer's decision determining applicant not dependent son as defined in Immigration Regulations, 1978, s. 2—Applicant 26 years old, enrolled in three-year bachelor program since 1992—Completed first year but, from 1994 to 1999, continuously failed second year—Applicant indicated had attended only seven English classes in seven years—Applicant admitted primary reason for enrolment to play for school's soccer team—College readmitted him despite poor academic performance in order to keep him on team—Visa officer entitled to embark on qualitative assessment of student's attendance: *Sandhu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 3 F.C. 280 (C.A.)—However, here, visa officer's qualitative assessment focussed exclusively on applicant's knowledge of English—Application allowed—Visa officer not entitled to rely on applicant's knowledge of only one subject, the one subject applicant repeatedly failed—Facts of case indicating applicant in fact in full-time attendance at school—While may not have attended all classes, fulfilled expectations of school through his commitment to college's soccer team—Visa officer's decision made without regard to evidence before her—In given fact situation, might very well be necessary for visa officer to determine worth of student's contribution to education institution attended—This can only be done by asking for information about value institution places on student's efforts—Here, seems, on evidence, academic institution placed great value on applicant's attendance because of his excellence in soccer—Credit should be given to him for recognized skill, perseverance to continue with his attendance for years described—Visa officer erred in focussing solely on part of applicant's academic performance to exclusion of all else—On evidence, applicant honest, hard-working youth who did what academic institution expected of him.

**BOLA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)** (IMM-4532-00, 2002 FCT 716, Campbell J., order dated 25/6/02, 5 pp.)

**Humanitarian and Compassionate Considerations**

Applicant parents maintaining 27-year-old deaf, mute, mildly retarded son who has Syrian passport, lived with parents in Lebanon prior to coming to Canada, at risk if returned to Lebanon as every male Syrian citizen must serve in military upon reaching age 18—Since son has not served in military, liable to be arrested by Syrian forces in Lebanon, imprisoned in Syria—Documentary evidence disclosing human rights abuses in Syrian prisons—Immigration officer holding documentation indicating Syrian aged 18 to 50 must serve in military, but not that service must be at age 18—Applicants submitting documents included in post-

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded**

interview submissions supporting allegations of risk, application should have been forwarded to Post-Claims Determination Officer (PCDO) for risk assessment—Respondent relying on *Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 186 F.T.R. 155 (F.C.T.D.) wherein Reed J. holding immigration officer having discretion to determine when risk alleged serious enough to require review, citing guidelines instructing referral to PCDO only when application based largely on risk factors—Reed J.'s observation in relation to pre-October 2001 guidelines containing specific direction to send application based largely on risk factors to PCDO—Amended guidelines not containing such direction, but directing officer, where non-risk humanitarian and compassionate (H&C) factors insufficient on own to warrant approval, to send application to PCDO for review—Further directing PCDO review may not be necessary in absence of specific risk concerns—In light of submissions provided to immigration officer identifying specific risks to son given particular vulnerability due to disabilities, unreasonable for officer to conclude no objectively identifiable risk in absence of assessment by PCDO—Application allowed.

**THECHKOHIE V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)** (IMM-5204-01, 2002 FCT 672, Hansen J., order dated 14/6/02, 5 pp.)

**CROWN****CONTRACTS**

Motion on consent for order allowing appeal from Trial Division decision ((1999), 162 F.T.R. 30) declaring amounts payable to Crown pursuant to clause 18 of 1944 agreement between Crown, Imperial Oil Limited "royalties" as defined in Sahtu Dene and Metis Comprehensive Land Claim Agreement, ordering accounting of sums payable to respondent as result—Parties since entering settlement agreement pursuant to which Crown will make substantial payment to respondent, and definition of "royalty" in Sahtu Dene Agreement will be amended retroactively to exclude payments in question—Amendment fundamentally changing factual basis of judgment under appeal, and respondent agreeing should be reversed—Motion granted.

**SAHTU SECRETARIAT INC. V. CANADA (A-78-99, 2002 FCA 315, Sharlow J.A., order dated 10/9/02, 2 pp.)**

**EMPLOYMENT INSURANCE**

Application for judicial review of Deputy Tax Court Judge's decision lacked jurisdiction to decide case on basis of absence of arm's length relationship between corporate and individual respondents (five consolidated applications) which might have led to decision employment not insurable according to Employment Insurance Act, s. 3(2)(c)(i)—

**EMPLOYMENT INSURANCE—Concluded**

Application allowed—Judge below erred in extending reach of *Candor Enterprises Ltd. v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)* (2000), 264 N.R. 149 (F.C.A.) which dealt only with cases under s. 3(2)(c)(ii), not with any case under s. 3(2)(c)(i)—S. 3(2)(c)(i) not requiring, as does s. 3(2)(c)(ii), Minister be satisfied about certain facts in order to decide whether contract of employment would be substantially similar if they had been dealing at arm's length—Whereas s. 3(2)(c)(ii) involving two-step procedure (decision employee, employer related; discretionary decision whether contract of employment substantially similar if dealing at arm's length), no two-step procedure under s. 3(2)(c)(i)—Where employer, employee not dealing at arm's length within meaning of Income Tax Act, employment "excepted"; no need for Minister to exercise discretion, express satisfaction about factual matters set out in s. 3(2)(c)(ii), unless parties related—Decisions under s. 3(2)(c)(i) subject to *de novo* review by Tax Court, consequently, issue may be raised for first time as alternative ground in reply to notice of appeal—Appeal under s. 70 challenges Minister's determination, not reasons therefor: *Canada v. Schmurser Estate*, [1997] 2 F.C. 545 (C.A.); *Canada (Attorney General)* (1993), 172 N.R. 374 (F.C.A.)—Here, Minister's determination merely that employment not insurable—While reason initially given that no contract of service, nothing preventing Minister from adding alternative ground of no arm's length in reply to notice of appeal—Tax Court therefore had jurisdiction to consider s. 3(2)(c)(i), even though not raised until reply to notice of appeal filed in Tax Court—No unfairness in this, as applicant had time to prepare pleadings in response, evidence, legal arguments to counter new allegation—Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, s. 3(2)(c)(i),(ii), 70—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1.

M.N.R. v. VARDY VILLALTD. (A-142-01, 2002 FCA 287, Linden J.A., judgment dated 17/7/02, 6 pp.)

Judicial review of Umpire's decision Employment Insurance Act, s. 13 not applicable in case of special, in this case parental, benefits—S. 13 providing claimant not entitled to be paid benefits in benefit period until, after beginning of benefit period, claimant has served two-week waiting period beginning with week of unemployment for which benefits would otherwise have been payable—Application allowed—S. 13 unqualified—Applies to all benefits unless expressly excluded by some other provision of Act eg. ss. 23(5), 22(4), Employment Insurance Regulations, eg. s. 40(6), none of which applicable herein—Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, ss. 13, 22(4), 23(5)—Employment Insurance Regulations, SOR/96-322, s. 40(6).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. VASILADIIS (A-499-01, 2002 FCA 262, Rothstein J.A., judgment dated 13/6/02, 2 pp.)

**FOREIGN TRADE**

Appeal from Trial Division decision ((2001), 199 F.T.R. 288) dismissing appellant's application for judicial review of two decisions by respondent refusing to issue appellant import allocation for eviscerated chicken free of duty, under Export and Import Permits Act, s. 6.2(2), for years 1999, 2000—Whether Pinard J. right in finding appellant not entitled to import allocation requested for 1999 and 2000 under Allocation Method Order (Chicken and Chicken Products), s. 2(1)(b)—Appellant business operating chicken slaughter and processing plants—By Order made under Act, s. 6.2(2)(a), Minister established method for allocating quantities for different types of allocations available, including one for which appellant made applications rejected by Minister, namely, share of eviscerated chicken imported to Canada for purpose of processing into chicken products—Dispute dealing entirely with what Order describes as "chicken-based products", in other words, chicken products composed of less than 87% of chicken—Since these chicken-based products not appearing on Import Control List, can enter Canada from United States duty-free—By decisions dated July 29, 1999, and January 26, 2000, Minister denied appellant shares sought—Refusal based solely on fact since Aliments Dorchester ceased commercial operations, appellant could henceforth no longer claim appellant processor of chicken-based products—Relying on Act, s. 6.2(1), (2) and Order, s. 2(1)(b), Pinard J. concluded since appellant not processor of chicken-based products within meaning of s. 2(1)(b), appellant not entitled to allocation applied for—Only issue concerning interpretation of Order, s. 2(1)(b), providing "an applicant who is a processor of chicken-based products . . . shall receive a share . . . that is equal . . ."—Right to import allocations under s. 2(1)(b) determined by status of applicant, that is, processor of chicken-based products, whereas amount of import allocation to be allocated determined by amount of chicken used in applicant's production during previous year, that is, reference period—S. 2(1)(a) conferring right to import allocation on person holding historical import quota—To be entitled to that allocation, applicant must hold historical import quota and amount of allocation equal to historical import quota—Qualifications relating to applicant requirements that must necessarily be satisfied to be entitled to import allocation and, in case of s. 2(2), to be able to elect another allocation—Such applicant must be able to satisfy requirements of s. 2(1)(b), not only at time of application for allocation, but more particularly at time allocation sought granted—Given Aliments Dorchester had ceased operations on January 31, 1999, appellant not processor of chicken-based products at time of application for import allocations, had never been such a processor and had no intention of becoming one, can be no doubt respondent entirely justified in denying appellant import allocations—Pinard J. did not commit error in holding appellant not entitled to import allocations for 1999 and 2000

**FOREIGN TRADE—Concluded**

—Appeal dismissed—Export and Import Permits Act, R.S.C., 1985, c. E-19, s. 6.2 (as enacted by S.C. 1994, c. 47, s. 106)—Allocation Method Order (Chicken and Chicken Products), SOR/96-388, s. 2(1), (2).

ALIMENTS DORCHESTER INC. V. CANADA (DEPARTMENT OF FOREIGN AFFAIRS AND INTERNATIONAL TRADE) (A-87-01, 2002 FCA 286, Nadon J.A., judgment dated 4/7/02, 16 pp.)

**INCOME TAX****EXEMPTIONS**

Appeal from Tax Court of Canada decision payments received by applicant under employer's long-term disability program as result of work-related injury subject to income tax—Appeal dismissed—In *Whitney v. Canada*, [2002] 3 C.T.C. 476 (F.C.A.), Court held that such amounts paid to injured employee not within scope of Income Tax Act, ss. 56(1)(v), 110(1)(f)(ii) unless paid in accordance with workers' compensation law; payments made under contractual arrangements outside scope of those provisions—Therefore, payments in issue taxable under Act, s. 6(1)(a), assessments under appeal correct—At conclusion of trial in Tax Court, applicant's application to adduce evidence in reply denied without explanation—Tax Court Judge did not err in exercising discretion to refuse request as application made long after evidence phase, alleged factual error appeared not to be critical—As to subpoena of Crown official, applicant cannot complain of Crown official's failure to bring document to Tax Court hearing as subpoena not served correctly—Although Tax Court Judge erred as to admissibility of evidence (hearsay evidence admissible if necessary, reliable; weight to be determined by judge; no absolute prohibition on admission of documents if author not witness; evidence in informal proceeding cannot be excluded simply because would be inadmissible in ordinary court proceeding; erred in determining documents irrelevant), would be futile to order new hearing—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), ss. 6(1)(a), 56(1)(v) (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. III, s. 13), 110(1)(f)(ii) (as am. *idem*, c. 21, s. 49).

SUCHON V. CANADA (A-653-01, 2002 FCA 282, Sharlow J.A., judgment dated 3/7/02, 17 pp.)

**INCOME CALCULATION**

Appeal from Tax Court of Canada decision—Whether Mogan T.C.J. erred in concluding capitalizing cost of 44 km replacement in appellant's 781 km light crude oil pipeline from Zama to Edmonton provided more accurate picture of appellant's income for 1994 than expensing cost of replacement—In finding against appellant, Tax Court Judge applied correct legal principles to issues before him—Had

**INCOME TAX—Continued**

regard to S.C.C. decision in *Canderel Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 147—Concluded capitalizing cost of 44 km replacement provided more accurate picture of appellant's income for 1994—Open to him to so find—Also concluded replacement should be treated as capital expenditure, not as current expense in 1994—No fixed rules when determining whether to capitalize, expense expenditure—No rule replacement that is not betterment must, according to well-accepted business principles, be expensed—Open to Tax Court Judge to find on facts replacement should be capitalized—Also open to him to conclude expensing would distort appellant's 1994 income—Not inappropriate for Tax Court Judge to have considered distorting effect of expensing on appellant's income—No error in finding well-accepted business principles ran against appellant—In replacing original line in place for long period of time, cost intended to be non-recurring cost—Any other interpretation unreasonable—Appeal dismissed.

RAINBOW PIPE LINE CO. V. CANADA (A-661-99, 2002 FCA 259, Rothstein J.A., judgment dated 14/6/02, 7 pp.)

**PRACTICE**

Application for judicial review of M.N.R.'s decision, apparently by way of statement of account, showing balance owing by applicant of \$164,454 as of that date for taxes, Canada Pension Plan, interest, penalties—Applicant arguing vast bulk of indebtedness statute barred—Certificate filed in January 1988 covering applicant's 1979 to 1984 taxation years inclusive—In December 1989, applicant signed hypothecation agreement with M.N.R. acknowledging indebtedness for years 1979 to 1984—From September 1989 to August 1999, applicant made over 50 payments—M.N.R.'s cause of action arising upon assessment or reassessment issuing, elapsing of relevant delay period under Income Tax Act, s. 225.1(1): *Markevich v. Canada*, [2001] 3 F.C. 449 (C.A.)—Relevant limitation period of six years under B.C. Limitation Act, s. 3(5)—M.N.R. conceding causes of action, in respect of applicant's 1979, 1980 taxation years statute barred, but arguing certificate filed in Federal Court in January 1988 less than six years after other assessments, reassessments issued, permitting action to be brought on certificate within six years thereafter—Applying *Ross v. Canada* (2002), 2002 DTC 6884 (F.C.T.D.), certificate herein would permit M.N.R. to bring action or take statutory proceedings until January 1994—Hypothecation agreement of December 1989 acknowledged M.N.R.'s cause of action, therefore constituted confirmation of it under Limitation Act, s. 5(2)(a)(ii)—Thereafter, each payment by applicant constituted confirmation, extending limitation period after each payment for further six years—As last payment occurred in August 1999, limitation period has not yet expired, applicant's indebtedness not extinguished, M.N.R. may take steps by

**INCOME TAX—Continued**

action or statutory collection procedures to enforce collection—Open to M.N.R. to allocate payments to oldest indebtedness first: *Clayton's Case* (1816), 35 E.R. 781; *Agricultural Insurance Co. v. Sargeant* (1896), 26 S.C.R. 29—Application dismissed, except with respect to 1979, 1980 taxation years, in view of M.N.R.'s concession, as statute barred—Although *Markevich, Ross* cases under appeal, Court cannot keep matter open for subsequent redetermination pending outcome of appeals—Decision issuing on basis *Markevich, Ross* decisions correctly decided; up to parties to appeal if they wish to preserve their rights should appeals in *Markevich, Ross* be successful—Limitation Act, R.S.B.C. 1996, c. 266, ss. 3(5), 5(2)(a)(ii)—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 225.1(1) (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. VIII, s. 131; 1998, c. 19, s. 225).

MACKINNON V. CANADA (T-2220-01, 2002 FCT 824, Rothstein J.A., order dated 26/7/02, 7 pp.)

Court must answer following questions: whether Trial Division has jurisdiction, in course of garnishment proceedings, to determine whether assignment of debt by respondent garnishee, Transport H. Cordeau Inc., made allegedly in fraud of rights of creditors, may be set up against appellant; to determine whether releases dated February 12 and March 25, 1997, resulting from assignment of debt and secret contract between respondent garnishee and judgment debtor, Gilbert Gadbois, may be set up against appellant; to order lifting of corporate veil between judgment debtor and his company, 2951-7539 Québec Inc.; to rule on appeal from Prothonotary's order making garnishment against respondent garnishee final, ordering latter to pay \$100,000 with interest and costs to judgment creditor, Crown—In accordance with Income Tax Act, s. 223(2), (3), Crown registered certificate in Federal Court certifying amount payable by judgment debtor, Gilbert Gadbois, specifically \$1,285,674.06, plus interest compounded daily thereon from February 14, 1997—In 1995, Transport H. Cordeau borrowed money from Gadbois' company, 2951-7539 Québec Inc. (Cie Québec Inc.)—Deed of movable hypothec securing loan indicated sum of \$325,000, although pursuant to oral agreement, loan to be repaid with payment of \$225,000—Revenue Canada sued Gadbois to recover tax debt—To avoid new seizure by Revenue Canada, taxpayer assigned \$325,000 debt in November 1996 to J.L. Michon Transport Inc. for sum of \$225,000, received payment—Intervening in assignment of debt, Transport H. Cordeau nevertheless confirmed hypothecary balance of \$325,000, no interest paid since loan made—J.L. Michon Transport Inc. also stated amount owing \$325,000, and Michon had to pay to Cie Québec Inc. any amount received from Transport H. Cordeau Inc. in excess of \$225,000 plus interest Cie Québec Inc. entitled to—In January 1997, appellant undertook garnishment proceedings by means

**INCOME TAX—Concluded**

of requirement to pay against Transport H. Cordeau for balance of \$100,000—In reply to garnishment, Transport H. Cordeau set up secret oral agreement with Gadbois and Cie Québec Inc. relating to amount due being \$225,000 not \$325,000—In October 1999, Court of Appeal affirming counter-letter could not be set up against Crown—Following Court of Appeal's decision, Prothonotary making final order of garnishment in March 2000—Trial Division Judge hearing appeal of decision holding, *proprio motu*, only provincial courts competent to try matter and declined jurisdiction—Appeal allowed; questions must be answered in affirmative—Must be noted, at no time did garnishee raise absence of Court's jurisdiction, even availed itself of Court's jurisdiction to ask secret oral agreement, assignment of debt, releases be set up against judgment creditor—Court has power to ensure its judgments enforced, may be required to dispose incidentally of issues under provincial law raised against enforcement: *Bois de Construction du Nord (1971) Ltée v. Charles Guilbault Inc.*, [1986] 2 C.T.C. 227 (F.C.A.)—*Wellgate International Ltd. v. M.N.R.*, [2000] 3 C.T.C. 257 (F.C.T.D.) not applicable herein, appellant not seeking in any way to set aside transactions between parties—Civil Code of Lower Canada, art. 317, 1631 not challenging validity of transactions, not going beyond recovery of debt in situation involving execution of judgment made by appropriate court—Lastly, summary procedure neither unfair nor inappropriate in this case, recourse may always be had to Federal Court Rules, 1998, rr. 371, 453 to do justice between parties—Appeal should therefore be allowed and order set aside; should be declared Prothonotary had jurisdiction to make final order of garnishment ordering Transport H. Cordeau to pay Crown sum of \$100,000; Trial Division has jurisdiction to dispose of appeal filed by Transport H. Cordeau—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 371, 453—Civil Code of Lower Canada, art. 317, 1631—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 223(2), (3) (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. VIII, s. 129).

CANADA V. TRANSPORT H. CORDEAU INC. (A-64-01, 2002 FCA 228, Létourneau J.A., judgment dated 31/5/02, 17 pp.)

**MARITIME LAW****PRACTICE**

Motion by defendant under Federal Court Act, s. 50(1)(b) for stay of proceedings (action following sinking of barge *Portland Star*, loss of cargo on board owned by St. Lawrence Cement) which, according to defendant, ought to be heard by High Court of Justice in London, England pursuant to Towson agreement—Motion allowed—Marine Liability Act, s. 46 not applicable herein as pith and substance of agreement for

**MARITIME LAW—Continued**

towage by tug *Atlantic Elm* of barge *Portland Star*—Application of *Trans-Continental Textile Recycling Ltd. v. Erato*, [1996] 1 F.C. 404 (T.D.) with respect to undertaking clause to submit dispute to foreign court—Application of principles set out in *Eleftheria, The*, [1969] 1 Lloyd's Rep. 23 (Adm.), applied in *Anraj Fish Products Industries Ltd. v. Hyundai Merchant Marine Co.* (2000), 262 N.R. 270 (F.C.A.)—Facts that evidence, witnesses likely to be located in Canada known or should have been known to plaintiff prior to entering into agreement; plaintiff did not raise any concerns over this question at time of negotiating Towcon agreement—English law applicable; not established English law differs from Canadian law—Although plaintiff connected to this Court by virtue of action herein, also party to arbitration proceedings launched by St. Lawrence Cement, party to newly launched claim by defendant in England—Plaintiff's connection to this Court therefore diluted—No evidence to support conclusion defendant's main motive in seeking stay of proceedings to attempt to seek procedural advantage—Fact defendant has sued plaintiff in England under agreement, clause 25 demonstrating its desire to have trial in England—No evidence plaintiff will be prejudiced by having to litigate in foreign court—In addition, plaintiff taken to have known of jurisdiction selection clause at time it negotiated, signed agreement—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50(1)(b)—Marine Liability Act, S.C. 2001, c. 6, s. 46.

ATLANTIC CEMENT CARRIERS LTD. V. *ATLANTIC ELM* (THE) (T-1847-01, 2002 FCT 761, Morneau P., order dated 9/7/02, 11 pp.)

Application for *in rem* judgment in default of defence against ship *Edith Cavell*—Application allowed; balance of motion, to set amount of judgment, costs, adjourned—Formerly, where statement of claim clearly set out amount sought, defendant having ample opportunity to challenge statement of claim, default judgment would be granted on that basis—More recently, in *Chase Manhattan Corp. v. 3133559 Canada Inc.*, 2001 FCT 895; [2001] F.C.J. No. 1626 (T.D.) (QL), error in this approach pointed out—Hugessen J. pointed out therein that allegation not admitted deemed to be denied—Thus, allegations set out in statement of claim remain allegations, without evidence of their truth or correctness, absent filing of affidavit—Judgment cannot, therefore, be obtained simply on basis of statement of claim—Hugessen J. observed that on motion for default, two questions before Court: whether defendant in default; whether evidence to support claim for plaintiff—In *Chase Manhattan Corporation*, Hugessen J. adjourned motion, advising he was prepared to accept one or more affidavits setting forth whatever evidence plaintiff wished to urge in support of its claim—Therefore, herein, judgment *in rem* in default of

**MARITIME—Concluded**

defence granted, but adjourning determination of amount, pending filing of affidavit evidence, with copies of affidavits to be mailed, as courtesy, to *in personam* defendant.

249387 B.C. LTD. V. *EDITH CAVELL* (THE) (T-839-02, 2002 FCT 798, Hargrave P., order dated 17/7/02, 3 pp.)

**PRACTICE****AFFIDAVITS**

Application for leave to file two affidavits in support of judicial review proceeding—At issue time extension within which to file r. 306 affidavit material in support of judicial review—Must examine reason for delay, balance seriousness of delay against intrinsic worth of evidence taking into account relevance, admissibility, potential use to Court—First affidavit having, as sole exhibit, copy of document, date of which indicating could not have been before Tribunal when made decision in July 2001—Thus document irrelevant, inadmissible, of no potential use to Court—Late filing of affidavit denied as no intrinsic worth in material, nothing to balance against reason for delay—Delay in filing second affidavit said to be result of unrealized hope for negotiated settlement—No specific evidence of negotiations—Rather, applicant seemed to be pursuing avenue of perceived contempt, unrelated to object of this judicial review application—Argument of negotiations not providing any effective, valid reason for delay—Further, applicant never requesting r. 7 consent extension and respondent bringing running of time to attention of applicant two and a half months before present motion filed—While second affidavit relevant to applicant's judicial review application, no valid reason for delay—In complete absence of reason for delay, nothing to balance—To deny time extension would do justice to respondent, but would make applicant's case fairly difficult—Solution for applicant to make r. 317 request to Superintendent, generally identifying material, that material be sent to Court Registry—Would then need to obtain Order that material be included in record, or in supplemental record—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 7, 306, 317.

SCHWARZ HOSPITALITY GROUP LTD. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-137-02, 2002 FCT 808, Hargrave P., order dated 19/7/02, 12 pp.)

**COSTS**

Following successful application for judicial review of decision applicant not entitled to pension for medical conditions, Court awarding him "his allowable costs of the application"—Issue whether costs may be awarded for self-represented litigant's time—Adverse party may respond to bill of costs with evidence, written submissions; reply submissions efficiently bring out objections to bill of costs—Decisions in

**PRACTICE—Continued**

*Turner v. Canada*, [2001] 2 C.T.C. 52 (F.C.A.), affd [2001] 4 C.T.C. 170 (F.C.A.); *Desloges v. Canada (Attorney General)*, 2001 FCT 1142; [2001] F.C.J. No. 1627 (T.D.) (QL); *Smith v. Canada*, [2002] 1 C.T.C. 82 (F.C.A.) precluding assessment officer from assuming jurisdiction to allow any costs for time of self-represented litigant—Core concept of costs as indemnity for actual outlay of, or liability to pay, dollars for legal representation remaining unchanged.

JOHN DOE V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-867-00, 2002 FCT 778, Stinson A.O., assessment of costs dated 11/7/02, 5 pp.)

Motion for summary judgment allowed with costs—Only contested disbursement inclusion of 15% tax on sales and services—Plaintiff objecting thereto because not resident of Newfoundland—Payment of any sales and service taxes provided at s. 1(3)(b) of Tariff B—Goods and Service Tax governed by federal legislation having effect in Newfoundland—As such may be recovered by defendant in bill of costs—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, Tariff B, s. 1(3)(b).

TRANS-TEC SERVICES INC. V. LYUBOV ORLOVA (THE) (T-1723-00, 2002 FCT 942, Pilon T.O., assessment of costs dated 6/9/02, 3 pp.)

**DISCOVERY***Examination for Discovery*

Motions by plaintiffs for leave to put interrogatories by way of examination for discovery to interveners and by intervener Native Council of Canada (Alberta) to plaintiffs and defendant—No right to discovery by or of interveners because Federal Court Rules, 1998 limiting discoveries to parties, defining relevance of questions on examination for discovery by reference to pleadings—Intervenors not parties—Statements of intervention not pleadings and not giving rise to kind of allegation of fact lending itself to examination for discovery—Order for examination by, of intervener exceptional—Although unnecessary to decide herein, r. 238 (setting out criteria for examination of non-parties) not applicable to examination of, by interveners—But rr. 238, 239 making it quite clear examination for discovery of non-parties exceptional remedy—Burden on anyone moving to conduct such examination to persuade Court that necessary for just, expeditious, least expensive, fair disposition of case—Proposed questions not necessary within that context—Plaintiffs will not suffer prejudice if not allowed to explore implicit allegations of fact contained in statements of intervention—Several of proposed questions extraordinarily burdensome in terms of work required—Would inevitably add enormously to time required before hearing—Motions

**PRACTICE—Continued**

dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 238, 239.

CANADA V. NATIVE COUNCIL OF CANADA (T-66-86A, 2002 FCT 693, Hugessen J., order dated 18/6/02, 6 pp.)

**EVIDENCE**

Expert evidence—Plaintiffs opposing qualification of Mr. Anderson tendered by defendant Seed Hawk Inc. as expert in mechanical engineering to give opinion evidence as to design, operation of mechanical devices, on ground has no relevant training or experience in art which is subject matter of patent—Mr. Anderson acknowledging having no prior knowledge of prior art relevant to litigation; such knowledge of prior art as now possesses acquired for purposes of present litigation—Criteria for admission of expert evidence set out in *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9: relevance, necessity in assisting trier of fact, absence of any exclusionary rule, properly qualified expert—Evidence of mere mechanical engineer or scientific man who speaks from general knowledge rather than from special knowledge or art concerned will not be regarded by court as entitled to much weight: *Nekoosa Packaging Corp. v. AMCA International Ltd.* (1994), 56 C.P.R. (3d) 470—Case not standing for proposition that expert speaking from general knowledge cannot be qualified as expert in matter in which there is body of special knowledge—Mr. Anderson's qualifications satisfying Court that his training, experience as mechanical engineer such that would be of assistance to Court in understanding design, operation of mechanical devices herein.

HALFORD V. SEED HAWK INC. (T-2406-93, 2002 FCT 764, Pelletier J., order dated 10/7/02, 6 pp.)

*Commission Evidence*

Motion for examination of potential witness on commission pursuant to Federal Court Rules, 1998, r. 271—Motion allowed—Factors to be considered: health, availability of proposed witness; likelihood evidence will be important at trial, justice would be defeated if witness no longer available when trial took place—Potential witness 89 years old with history of heart troubles, at least one heart by-pass and open-heart surgery—While age not sufficient to justify order, age plus history of serious medical condition sufficient to tip balance in favour of making order—Contrary to *obiter* in *Sawridge Band v. Canada* (1994), 109 D.L.R. (4th) 364 (F.C.T.D.), medical evidence not necessary on motion of this sort—Evidence of potential witness himself as to age, health sufficient on motions—Witness' interest, real or perceived, in outcome of case, failing memory not reasons to refuse commission; matters going to credibility of witness—Witness' evidence may be crucial—Witness' evidence should be videotaped where now lives, at Fort Nelson, about 1000

**PRACTICE—Continued**

kilometres away from both Calgary, Vancouver, nearest Federal Court centres—Order made *de bene esse*—If witness still alive, available at time case comes on for trial, even if he cannot travel from Fort Nelson, Court will have to make arrangements to go to Fort Nelson to take his evidence—No purpose served by having judicial officer present at examination of witness; objections to be noted on record and questions answered under reserve of objection—Court will try to make itself available for telephone conference to deal with objections based on privilege or of similar type—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 271.

DENE TSAA FIRST NATION V. CANADA (T-705-97, 2002 FCT 838, Hugessen J., order dated 31/8/02, 7 pp.)

**JUDGMENTS AND ORDERS***Reversal or Variation*

Application for judicial review of Canada Industrial Relations Board decision to re-examine and vary its order made on June 23, 2000 regarding applicability of Canada Labour Code, s. 87.7(1), to facts of case at bar—Board extended scope of first order, as it completely revised *inter alia* concept of “loading” in order—Made order on June 23, 2000 limiting operations subject to order to those having to do with docking, equipping and loading grain on ship—Order did not cover unloading of bulk carriers or handling of grain—Could not be said order of March 21, 2001 not variance of order of June 23, 2000—Section 87.7(3) cannot authorize Board to re-examine, quash or vary order of June 23, 2000—As Board opted for plaintiff’s argument that operations subject to s. 87.7(1) limited to “unloading” operations, could not in connection with application by defendant for particulars make another order varying order made on June 23, 2000—Consequently, Board made error justifying Court’s intervention—Effect of order of March 21, 2001 to create new rights—Application allowed—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 87(7) (as enacted by S.C. 1998, c. 26, s. 37).

CARGILL LTÉE V. SYNDICAT NATIONAL DES EMPLOYÉS DE CARGILL LTÉE (CNTU) (A-224-01, 2002 FCA 269, Nadon J.A., judgment dated 20/6/02, 7 pp.)

**MOOTNESS**

Appeal from Trial Division order ((2000), 25 Admin. L.R. 174) dismissing application for judicial review of two decisions under Fisheries Act, ss. 32, 35, authorizing destruction of fish, alteration, destruction of fish habitats as result of construction, operation of hydroelectric project on Kagiano River—Litigation arising from construction, operation of 4.9 megawatt hydraulic power generating station on Kagiano River at Twin Falls in Northern Ontario—Respondent Kagiano Power Corp. arguing

**PRACTICE—Continued**

successfully that it be permitted to introduce fresh evidence in support of motion to have appeal declared moot—Analysis to be applied when mootness issue raised set out by S.C.C. in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342 and *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G.(J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46—Orders sought by appellant to quash Ministers’ decisions now academic as substratum of litigation, that is, proposed construction, consequent ecological impact of Project on immediate surroundings, extinguished—Project now operational, any further input from appellant fruitless—Activities constituting destruction of fish habitat already occurred, nothing left for DFO to approve—Appeal moot—Whether proper case in which to exercise discretion, hear case notwithstanding mootness—First requirement in *Borowski*, presence of adversarial context continuing although “live controversy” extinguished, met—Second element consideration of judicial economy—Quashing Minister’s decisions at this stage, compelling Ministers to comply with Canadian Environmental Assessment Act, ineffectual—Appeal not raising issues which engage national, public interest—Issues raised herein, including alleged breach of duty of procedural fairness, neither novel nor of sufficient general importance to justify hearing of moot appeal—Legal issues raised by appellant not of such significance as to merit not awarding costs to respondents—Appeal dismissed with party-and-party costs to respondents—Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 32, 35—Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37.

LAVOIE V. CANADA (MINISTER OF THE ENVIRONMENT) (A-611-00, 2002 FCA 268, Malone J.A., judgment dated 20/6/02, 11 pp.)

**PLEADINGS***Motion to Strike*

Motion pursuant to Federal Court Rules, 1998, r. 399(1)(b) to set aside order striking out judicial review proceeding—Judicial review proceeding struck as respondent had raised very substantial case ought to be struck, also applicant did not contest motion to strike—Applicant’s counsel now presenting evidence file had been lost or misplaced by new staff in counsel’s office—Principle that party must not be deprived of rights on account of error of counsel where possible to rectify consequences of such error without injustice to opposing party: *Bowen v. City of Montreal*, [1979] 1 S.C.R. 511—Before application struck, must be shown to be doomed due to incurable defect: *Bonspille v. Mohawk Council of Kanesatake*, T-824-02, 2002 FCT 659—Motion allowed—Court not prepared to let stand order to strike out application without giving counsel for applicant opportunity to fully contest motion—Applicant ought not, in circumstances herein,

**PRACTICE—Concluded**

to be prejudiced by reason of confusion in office of counsel for applicant, but ought now be allowed to put forward best case to show why application ought not to be struck out—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 399(1)(b).

PHUI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1474-02, 2002 FCT 791, Hargrave P., order dated 15/7/02, 4 pp.)

**TRADE-MARKS****REGISTRATION**

Appeal pursuant to Trade-marks Act, s. 56 from Registrar's decision refusing application for registration of trade-mark "Fruit Dots" in association with breakfast cereals on ground confusing with respondent's trade-mark "Froot Loops"—Appeal allowed—Material date for assessing confusion under Act, s. 16(3) date of filing of application, therefore additional evidence submitted by applicant on events subsequent to material date shall be ignored—Registrar erred in refusing to register appellant's trade-mark "Fruit Dots"—Onus on applicant to establish no risk of confusion with previously used, registered trade-mark—Herein, small differences suffice to distinguish trade-marks from one another: spelling of the word "Fruit" versus "Froot", appearance, sound, meaning of "Dots" versus "Loops"—Search of register disclosing many trade-marks co-existing with respondent's "Froot Loops" containing word "Fruit", filed before material date—Applying *Miss Universe, Inc. v. Bohna* (1995), 58 C.P.R. (3d) 381 (F.C.A.); *General Motors Corp. v. Bellows* (1949), 10 C.P.R. 101, no confusion—As Registrar found appellant's trade-mark confusing with respondent's despite clear finding parties' marks not inherently distinctive, should have accepted comparatively small differences as sufficient to avert confusion—Co-existence of parties' trade-marks in United States for many years good indication of lack of possible confusion between trade-marks here in Canada and determinative factor, especially since trade-marks in question identical to trade-marks co-existing in United States—Concurrent use herein has had effect of mitigating issue of confusion—Use of trade-mark "Fruit Dots" unlikely to be confused with trade-mark "Froot Loops" having regard to similar third party trade-marks co-existing on Register and in marketplace, such as "Fruit Rings", "Fruit Whirls"—Registrar's decision therefore

**TRADE-MARKS—Concluded**

incorrect—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 16(3), 56.

WEETABIX OF CANADA LTD. V. KELLOGG CANADA INC. (T-2343-97, 2002 FCT 724, Blais J., order dated 24/6/02, 20 pp.)

**VETERANS**

Application for judicial review of Veterans Review and Appeal Board (VRAB) decision dated July 4, 2001, refusing to reconsider decision dated June 27, 2000, finding applicant not entitled to receive pension as surviving spouse of veteran—Decision originally made by Minister, affirmed by review panel of VRAB, then by appeal panel of VRAB—Applicant advised under VRAB's new policy applicant would be restricted, when applying for reconsideration, to presenting written arguments and if application were granted, applicant would then have opportunity to present oral arguments, as she wished to do—Despite applicant's repeated requests to present oral arguments, appeal panel made preliminary examination without giving applicant opportunity to make oral arguments, and decided no reason to reconsider decision—Application allowed—Issue being question of law (whether term "in any proceeding" found in Regulations, s. 3, allowing personal appearance by applicant, involves first step of application for reconsideration), applicable standard of review that of correctness of decision—Application of interpretation approach known as modern or teleological, codified in Interpretation Act, s. 12, to "proceeding" which is not defined in Act or Regulations—Therefore, should adopt large and liberal interpretation, consistent with intention of Parliament (Veterans Review and Appeal Board Act, s. 3)—In light of foregoing, must conclude Parliament intended to include "screening process" prescribed by Board in connection with application for reconsideration—Board therefore erred in law by denying applicant opportunity to present her arguments in accordance with broad interpretation required by Regulations, s. 3—Veterans Review and Appeal Board Act, S.C. 1995, c. 18, s. 3—Veterans Review and Appeal Board Regulations, SOR/96-67, s. 3—Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.

GAGNÉ V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1922-01, 2002 FCT 711, Tremblay-Lamer J., order dated 25/6/02, 13 pp.)



# FICHES ANALYTIQUES

*Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fct-cf.gc.ca/cf> ou le commander au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg*

## ANCIENS COMBATTANTS

Demande de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal des anciens combattants (révision et appel) (TACRA) du 4 juillet 2001 refusant de procéder au réexamen de sa décision du 27 juin 2000 portant que la demanderesse n'était pas éligible à recevoir une pension en tant que conjointe survivante d'un ancien combattant—Cette décision avait d'abord été prise par le ministre, confirmée par le comité de révision du TACRA, et ensuite par le comité d'appel du TACRA—La demanderesse a été avisée qu'en vertu de la nouvelle politique du TACRA, la demanderesse serait limitée, au stade de la demande de réexamen, à présenter des arguments écrits et que si la demande était accordée, la demanderesse aurait alors la possibilité de présenter des arguments oraux, comme elle voulait le faire—Malgré les demandes répétées de la demanderesse de présenter des arguments oraux, le comité d'appel procéda à l'examen préalable sans que la demanderesse ne puisse les présenter et décida qu'il n'y avait pas motif à procéder au réexamen de sa décision—Demande accueillie—La question étant une question de droit (est-ce que l'expression «dans toute procédure» retrouvée à l'art. 3 du Règlement, qui autorise la comparution personnelle du demandeur, vise la première étape d'une demande de réexamen?), la norme de contrôle applicable est la décision correcte—Application de la méthode d'interprétation dite moderne ou téléologique, codifiée à l'art. 12 de la Loi d'interprétation, à «procédure» qui n'est pas défini dans la Loi ou le Règlement—Donc, il convient d'adopter une interprétation libérale et généreuse, conforme à l'intention du législateur (art. 3 de la Loi sur le tribunal des anciens combattants (révision et appel))—À la lumière de ce qui précède, force est de conclure que le législateur avait l'intention d'y inclure «l'étape du triage» prévue par le tribunal en matière de demande de réexamen—Le tribunal a donc commis une erreur de droit en refusant à la demanderesse l'opportunité de présenter ses arguments conformément à l'interprétation large que droit recevoir l'art. 3 du Règlement—Loi sur le tribunal des anciens combattants (révision et appel), L.C. 1995, ch. 18, art. 3—Règlement sur

## ANCIENS COMBATTANTS—Fin

le Tribunal des anciens combattants (révision et appel), DORS/96-67, art. 3—Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.

GAGNÉ C. CANADA (PROCTEUR GÉNÉRAL) (T-1922-01, 2002 CFPI 711, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 25-6-02, 13 p.)

## ASSURANCE-EMPLOI

Demande de contrôle judiciaire de la décision du juge suppléant de la Cour de l'impôt qui a décidé qu'il n'avait pas compétence pour statuer sur la présente affaire parce qu'il n'y a pas de lien de dépendance entre la société défenderesse et les personnes physiques défenderesses (cinq demandes réunies), lien nécessaire pour que soit rendue une décision selon laquelle l'emploi en question n'était pas assurable en vertu de l'art. 3(2)c(i) de la Loi sur l'assurance-emploi—Demande accueillie—Le juge d'instance inférieure a commis une erreur en élargissant la portée de l'arrêt *Candor Enterprises Ltd. c. Canada (Ministre du Revenu national)* (2000), 264 N.R. 149 (C.A.F.), qui ne portait que sur l'art. 3(2)c(ii) et non sur l'art. 3(2)c(i) de la Loi—L'art. 3(2)c(i) n'exige pas, contrairement à l'art. 3(2)c(ii), que le ministre soit convaincu de l'existence de certains faits pour décider si le contrat de travail aurait été à peu près semblable si les parties n'avaient pas eu entre elles un lien de dépendance—Alors que l'art. 3(2)c(ii) prévoit une procédure d'examen en deux étapes (déterminer si l'employeur et l'employé sont liés; pouvoir discrétionnaire de décider si le contrat de travail aurait été à peu près semblable si les parties n'avaient pas eu entre elles un lien de dépendance), il n'y a pas de procédure en deux étapes à suivre aux termes de l'art. 3(2)c(i) de la Loi—Lorsque l'employeur et l'employé n'ont pas entre eux un lien de dépendance au sens de la Loi de l'impôt sur le revenu, l'emploi en cause est «exclu»; le ministre n'a pas besoin d'exercer son pouvoir discrétionnaire et d'être convaincu des éléments factuels énoncés à l'art. 3(2)c(ii), à moins que les parties soient liées—Toute décision rendue en vertu de l'art. 3(2)c(i) est susceptible de

**ASSURANCE-EMPLOI—Fin**

faire l'objet d'un nouvel examen par la Cour de l'impôt et, par conséquent, la question peut être soulevée pour la première fois en tant que moyen subsidiaire dans la réponse à l'avis d'appel—Un appel interjeté en vertu de l'art. 70 de la Loi porte sur le bien-fondé du règlement du ministre et non sur les motifs de ce règlement: *Canada c. Succession Schmurser*, [1997] 2 C.F. 545 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Doucet* (1993), 172 N.R. 374 (C.A.F.)—En l'espèce, la décision du ministre était donc simplement que l'emploi en question n'était pas assurable—Bien que le ministre ait initialement donné comme motif l'absence de contrat de louage de services, rien ne l'empêche d'ajouter dans sa réponse à l'avis d'appel le motif subsidiaire d'absence de lien de dépendance—La Cour de l'impôt avait donc compétence pour examiner l'art. 3(2)c)(i), même s'il n'a été soulevé que lors du dépôt de la réponse à l'avis d'appel devant la Cour de l'impôt—Il n'y a en cela rien d'injuste, puisque le travailleur avait le temps de préparer sa plaidoirie en conséquence, sa preuve et son argumentation juridique pour réfuter la nouvelle allégation—Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 3(2)c)(i),(ii), 70—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1.

M.R.N.C. VARDY VILLALTD. (A-142-01, 2002 CAF 287, juge Linden, J.C.A., jugement en date du 17-7-02, 5 p.)

Contrôle judiciaire de la décision du juge-arbitre selon laquelle l'art. 13 de la Loi sur l'assurance-emploi ne s'applique pas aux prestations spéciales, soit en l'espèce les prestations parentales—L'art. 13 prévoit qu'au cours d'une période de prestations, le prestataire n'est pas admissible au bénéfice des prestations tant qu'il ne s'est pas écoulé, à la suite de l'ouverture de cette période de prestations, un délai de carence de deux semaines qui débute par une semaine de chômage pour laquelle des prestations devraient sans cela être versées—Demande accueillie—L'art. 13 ne comporte aucune condition—Il s'applique à toutes les prestations sauf celles qui sont expressément exclues par une autre disposition, comme les art. 23(5) et 22(4) de la Loi et l'art. 40(6) du Règlement sur l'assurance-emploi, qui ne s'appliquent pas en l'espèce—Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 13, 22(4), 23(5)—Règlement sur l'assurance-emploi, DORS/96-322, art. 40(6).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. VASILADIS (A-499-01, 2002 CAF 262, juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 13-6-02, 2 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION****PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION**

Contrôle judiciaire du rejet sans audience par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (Section d'appel) (la SAI) de l'appel interjeté par le demandeur quant

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

à sa crédibilité et à la fiabilité de son témoignage—Le demandeur est citoyen iranien—Il a eu affaire avec un groupe terroriste iranien notoire appuyé par l'Iraq—Il a vécu pendant cinq ans dans un camp de terroristes situé en Iraq, censément pour y travailler comme chauffeur et comme interprète—Il a participé à au moins une opération militaire, en 1990, une campagne militaire ratée—En 1993, il a décidé de quitter le groupe terroriste—Il a revendiqué le statut de réfugié en raison de son appui au groupe terroriste—En 1996, il a obtenu le statut de réfugié au sens de la Convention—En 2000, le ministre de l'Immigration a émis une opinion conformément à l'art. 19(1)f) selon laquelle l'admission du demandeur au Canada serait préjudiciable à l'intérêt national—Ultérieurement, l'arbitre a conclu que le demandeur appartenait à la catégorie visée par l'art. 19(1)f)(iii)(B) et il a émis une mesure d'expulsion—En appel, la SAI a dédoublé le processus d'audience parce que le demandeur avait déposé un «avis d'une question constitutionnelle»—Selon le calendrier établi par la SAI, la question constitutionnelle sera traitée par observations écrites, et selon la nature de la décision, une date pour la tenue d'une audience sera fixée pour traiter de la partie *equity* de l'appel—Après que les parties eurent déposé leurs observations écrites sur les questions constitutionnelles, la SAI a rendu sa décision non seulement sur les questions constitutionnelles, mais aussi sur la question mixte de droit et de fait à savoir si le demandeur était «membre» d'une organisation terroriste—Elle n'a pas tenu l'audience qu'elle s'était expressément engagée de tenir après avoir tranché les questions constitutionnelles—De plus, elle a conclu que le demandeur n'était pas crédible sans lui donner l'occasion de témoigner de vive voix—Le défendeur prétend que, selon l'arrêt *Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202, une violation de la justice naturelle ne donnerait pas droit au demandeur de recevoir les réparations demandées, au motif qu'il serait absurde de contraindre la SAI à réexaminer la question mixte de droit et de fait lorsque le résultat est inévitable compte tenu des aveux du demandeur—Le résultat sur la question mixte de droit et de fait n'est pas inévitable—Il se peut que la SAI estime qu'il y a des motifs raisonnables de croire que le demandeur n'était pas membre d'un groupe terroriste—Le demandeur a droit à une audience devant la SAI sur cette question mixte de droit et de fait—La Cour ne peut pas conclure que le demandeur «n'a aucune chance de réussite»—Appel accueilli—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)f)(iii)(B) (mod. par S.C. 1992, ch. 49, art. 11).

FANI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3758-01, 2002 CFPI 754, juge Kelen, ordonnance en date du 9-7-02, 9 p.)

Demande présentée afin d'obtenir un sursis à l'exécution des procédures de renvoi visant le demandeur—Le demandeur

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

est entré au Canada en 1991 en qualité de visiteur—Il a demandé et a obtenu le statut de réfugié au sens de la convention—Entre 1992 et 2000, le demandeur a fait l'objet d'au moins 15 condamnations—Il a été déclaré coupable en mars 1997 d'usurpation de nom, de complot en vue de commettre une fraude et d'entrave illégale à un agent de la paix—Une mesure de renvoi a été prise contre le demandeur en 1997 et elle a été suspendue en 1998, sous réserve de conditions que le demandeur n'a ultérieurement pas respectées—Le demandeur a invoqué l'art. 50(1) de la Loi sur l'immigration à l'appui de sa prétention selon laquelle une mesure de renvoi ne peut être exécutée alors qu'il purge une peine d'emprisonnement avec sursis—La version française de l'art. 50(2) utilise le mot «incarcération», alors que la version anglaise parle d'un «*inmate*» de l'un des établissements mentionnés dans le paragraphe sans utiliser le mot «incarcération»—L'arrêt de la Cour suprême du Canada *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61 analyse la divergence qui existe entre les versions anglaise et française de l'art. 718.2e) du Code criminel du Canada concernant la description des sanctions pénales—Une peine d'emprisonnement avec sursis est considérée comme étant une période d'emprisonnement et ne tombe pas dans la catégorie des sanctions «*other than imprisonment*»—Si l'on applique le raisonnement suivi dans l'arrêt *Proulx* concernant cette question d'interprétation, le sens commun aux deux versions de l'art. 50(2) de la Loi sur l'immigration est que la disposition s'applique aux personnes qui purgent leurs peines en détention—Les deux versions de l'art. 50(2) reflètent l'intention que cette disposition ait pour effet d'empêcher l'expulsion du Canada des seules personnes qui se sont vues imposer des sanctions qui comportent une détention dans des établissements dont la fonction est principalement d'une nature correctionnelle—L'arrêt de la Cour d'appel fédérale *Cuskic c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 3 (C.A.) s'applique—Une interprétation trop large de l'art. 50(1)a) aurait pour conséquence que les ordonnances de probation, qui sont conçues pour la protection du public et la réintégration du contrevenant dans la société, soient utilisées afin d'empêcher le renvoi des personnes qui, de l'avis du défendeur, ne devraient pas rester dans cette société et poseraient moins de danger pour celle-ci si elles en étaient expulsées—L'ensemble de conditions imposées au demandeur visent à l'empêcher de causer un préjudice d'une nature semblable à celui qui a entraîné des condamnations contre lui—L'exécution de la mesure de renvoi est compatible avec cet objectif—Interpréter l'art. 50 de manière à permettre au demandeur de demeurer au Canada aurait pour conséquence de récompenser ce dernier pour sa conduite, ce qui irait à l'encontre des objectifs visés par la détermination de la peine, notamment la dissuasion et le châtement—La mesure de renvoi prise contre le demandeur ne contrevient pas à l'art. 50 de la Loi sur l'immigration—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch.

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

I-2, art. 50—Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 718.2 (édicé par L.C. 1995, ch. 22, art. 6; 1997, art. 23, 17; 2000, ch. 12, art. 95c); 2001, ch. 32, art. 44; ch. 41, art. 20).

MOKELU C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DEL'IMMIGRATION) (IMM-2981-02, 2002 CFPI 757, juge Beaudry, ordonnance en date du 9-7-02, 11 p.)

## STATUT AU CANADA

*Réfugiés au sens de la Convention*

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la SSR selon laquelle les demandeurs, de nationalité roumaine, ne sont pas des réfugiés au sens de la Convention, parce que leur revendication était dépourvue d'un minimum de fondement—La revendication du statut de réfugié était fondée sur une crainte fondée de persécution parce que les demandeurs sont Roms de souche et de nationalité—Le demandeur dit qu'il a été arrêté et battu plusieurs fois à cause de son rôle dans le Parti politique rom—La demanderesse affirme qu'elle a été violée à deux reprises et que le deuxième viol a entraîné une fausse couche—Au point d'entrée, les demandeurs ont dit essentiellement aux fonctionnaires de l'immigration qu'ils étaient venus au Canada pour avoir une vie meilleure, sans faire état d'une persécution ni de leur souche rom—Demande accueillie—La SSR ne s'est pas expressément référée aux documents produits par les demandeurs: assignation policière, attestations de sortie d'hôpital, carte d'identité du Parti rom du demandeur, nombreux documents sur la situation qui prévalait dans le pays, lesquels corroboraient l'affirmation des demandeurs selon laquelle les Rom étaient victimes de violences policières, de harcèlement et de discrimination—Eu égard à cette description de la situation qui avait cours dans le pays, la preuve documentaire propre aux demandeurs était une preuve qui aurait pu modifier la manière dont la Commission a apprécié la revendication des demandeurs—Cette preuve aurait dû être expressément examinée par la Commission—Le fait d'ignorer un document sera considéré comme une erreur sujette à révision si le document est à propos, c'est-à-dire s'il intéresse la période considérée, s'il a été rédigé par une personne indépendante et de bonne réputation qui est une source fiable d'information et si le sujet abordé dans le document intéresse directement la revendication d'un demandeur: *Gourenko c. Canada (Solliciteur général)* (1995), 93 F.T.R. 264 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—Les documents susmentionnés, dont la Commission n'a pas fait état dans ses motifs, répondent aux critères ci-dessus—La preuve documentaire produite par les demandeurs concernait précisément leurs revendications, elle confirmait leurs revendications et elle était loin d'être négligeable, surtout sur les questions d'identité et de persécution—Quant aux écarts entre ce que les demandeurs avaient dit aux fonctionnaires de l'immigration au point d'entrée et les déclarations qu'ils avaient faites dans leurs FRP

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

et dans leurs dépositions, lorsque des éléments de preuve autres que leurs seules dépositions rattachent les revendicateurs à la persécution qu'ils craignent, alors le tribunal doit considérer ces autres éléments de preuve avant de pouvoir conclure à l'absence d'un minimum de fondement—Plus la preuve documentaire est utile pour la décision, plus le tribunal est tenu de mentionner et d'analyser expressément cette preuve—Ici, la SSR a négligé de considérer une preuve documentaire indépendante et crédible—La SSR a commis une erreur sujette à révision parce qu'elle n'a pas explicitement considéré et évalué la preuve documentaire susmentionnée.

SINKO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-569-01, 2002 CFPI 903, juge Blanchard, ordonnance en date du 23-8-02, 12 p.)

Contrôle judiciaire de la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié refusant aux demandeurs le statut de réfugié—Les demandeurs sont des citoyens albanais—Revendication du statut de réfugié fondé sur l'appartenance à un groupe social, les Albanais liés par le Kanun i Lek, coutume traditionnelle voulant que le mariage soit approuvé par les parents de la future mariée—Les demandeurs s'étant mariés sans avoir obtenu cette approbation, la famille de la femme a menacé de les tuer— Crainte raisonnable d'être persécutés par la famille de la femme—La Commission n'a examiné que la question de savoir si la crainte des demandeurs d'être persécutés concernait un des motifs énumérés dans la définition de réfugié au sens de la Convention que fournit l'art. 2 de la Loi sur l'immigration—La Commission a estimé que les demandeurs faisaient l'objet d'une vendetta privée—La Commission a uniquement examiné parmi les caractéristiques susceptibles de définir un groupe social énumérées dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689 la question de savoir si les demandeurs étaient membres d'un groupe défini par une caractéristique innée ou immuable—Hypothèse sur laquelle repose implicitement sa conclusion selon laquelle, sur le plan des principes, la personne qui fait l'objet d'une vendetta privée ne peut prétendre être persécutée du fait de son appartenance à un groupe social non expliquée—En l'absence d'explications de la part de la Commission, il n'existe pas, à ma connaissance, de principe voulant que le fait d'être victime d'une vendetta privée et celui d'être un réfugié au sens de la Convention soient mutuellement et nécessairement exclusifs—La Commission a uniquement considéré la famille de l'épouse pour affirmer que le critère de la caractéristique innée ou immuable ne s'appliquait pas—La Commission s'est limitée à tort à la situation des auteurs de la persécution et non pas à celle des victimes—La Commission n'a pas tenu compte des autres caractéristiques que peut avoir un groupe social—Elle

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

aurait néanmoins dû examiner si le fait d'être associé à un groupe, même de façon volontaire, est immuable en raison d'une permanence historique, c'est-à-dire, le mariage célébré sans le consentement de la famille est un fait immuable—La Commission ne s'est pas prononcée sur la crédibilité—Doute sur la véracité des allégations des demandeurs—Il incombait à la Commission d'évaluer la crédibilité des allégations des demandeurs—Demande de contrôle judiciaire accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) «réfugié au sens de la Convention» (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1).

PEPA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3957-01, 2002 CFPI 834, juge Rothstein, ordonnance en date du 31-7-02, 6 p.)

*Résidents permanents*

Demande de contrôle judiciaire de la décision rendue par une agente des visas dans laquelle elle a décidé que le demandeur n'était pas un fils à charge au sens de l'art. 2 du Règlement sur l'immigration de 1978—Le demandeur est âgé de 26 ans et il a entrepris un programme de baccalauréat d'une durée de trois ans en 1992—Le demandeur a réussi la première année, mais, de 1994 à 1999, il n'a jamais réussi la deuxième année—Le demandeur a mentionné qu'il n'avait assisté qu'à sept cours d'anglais en sept ans—Le demandeur a admis que la raison principale pour laquelle il s'était inscrit au collège était qu'il voulait jouer dans l'équipe de soccer—Le collège l'a réadmis malgré son rendement scolaire médiocre, et ce, afin de le garder au sein de l'équipe—Un agent des visas a le droit d'effectuer une évaluation qualitative de l'inscription d'un étudiant à un établissement d'enseignement: *Sandhu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 3 C.F. 280 (C.A.)—Toutefois, dans la présente affaire, l'agente des visas, dans son évaluation qualitative, a mis exclusivement l'accent sur la connaissance de l'anglais du demandeur—Demande accueillie—L'agente des visas n'avait pas le droit de s'appuyer uniquement sur les connaissances que possédait le demandeur dans une seule matière, soit la matière dans laquelle le demandeur a échoué le plus souvent—Les faits dans la présente affaire indiquent que le demandeur étudiait à temps plein—Bien qu'il ait pu ne pas assister à tous ses cours, le demandeur répondait aux attentes de l'école en faisant partie de l'équipe de soccer du collège—L'agente des visas a rendu sa décision sans tenir compte des éléments de preuve qui lui ont été soumis—Dans une situation de faits donnée, il est fort possible qu'un agent des visas doive déterminer la valeur de la contribution d'un étudiant à l'établissement d'enseignement qu'il fréquente—Cela ne peut se faire qu'en s'informant sur la valeur que l'établissement attribue aux efforts d'un étudiant—Dans la présente affaire, il ressort de la preuve que

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

l'établissement d'enseignement a accordé une grande valeur à la présence du demandeur en raison de ses talents de joueur de soccer—On devrait tenir compte des talents reconnus du demandeur ainsi que du fait qu'il ait poursuivi ses études pendant les années en question—L'agente des visas a commis une erreur en ne s'attachant qu'à une partie du rendement scolaire du demandeur à l'exclusion de tout le reste—Selon la preuve, le demandeur est un jeune homme honnête et travailleur qui a fait ce que son établissement d'enseignement attendait de lui.

BOLA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4532-00, 2002 CFPI 716, juge Campbell, ordonnance en date du 25-6-02, 6 p.)

**Raisons d'ordre humanitaire**

Les parents demandeurs subviennent aux besoins de leur fils sourd et muet et légèrement retardé, âgé de 27 ans, qui détient un passeport syrien, qui a vécu avec ses parents au Liban avant de venir au Canada, et qui serait exposé à un risque s'il était renvoyé au Liban, puisque tout citoyen syrien de sexe masculin doit servir dans l'armée lorsqu'il atteint l'âge de 18 ans—Puisque le fils n'avait pas servi dans l'armée, il pouvait être arrêté par les forces syriennes au Liban et emprisonné en Syrie—La preuve documentaire faisait aussi état de violations des droits de l'homme dans les prisons syriennes—Selon l'agente d'immigration, les documents indiquaient qu'un Syrien âgé entre 18 et 50 ans doit faire un service militaire, mais non que le service doit être effectué à l'âge de 18 ans—Selon les demandeurs, les documents accompagnant les communications postérieures à l'entrevue confirmaient l'existence d'un risque et la demande aurait donc dû être transmise à un agent de révision des revendications refusées, pour une évaluation du risque—Le défendeur a invoqué le jugement *Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 186 F.T.R. 155 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), où le juge Reed faisait observer que l'agent d'immigration a le pouvoir discrétionnaire de décider à quel moment le risque invoqué est suffisamment grave pour que l'examen soit nécessaire, étant donné que les lignes directrices ne prévoient le renvoi à l'agent de révision que lorsque la demande est basée principalement sur des risques—Les propos du juge Reed se rapportaient aux lignes directrices antérieures à octobre 2001, lesquelles renfermaient une directive précise selon laquelle, si la demande était basée principalement sur des risques, elle était alors soumise à l'examen d'un agent de révision—Les lignes directrices modifiées ne renferment pas cette directive, mais elles ordonnent plutôt à l'agent d'immigration, lorsque les considérations humanitaires à l'exclusion du risque ne sont pas suffisantes comme telles pour justifier une approbation, de renvoyer la demande à un agent de révision pour examen—

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

Les lignes directrices prévoient aussi que, en l'absence d'un risque précis, l'examen par un agent de révision ne sera pas toujours nécessaire—À la lumière des conclusions communiquées à l'agente d'immigration et décrivant le risque particulier que courait le fils, eu égard à la vulnérabilité qui résultait de son handicap, il était déraisonnable pour l'agente de conclure, en l'absence d'une évaluation effectuée par un agent de révision, qu'il n'y avait pas de risque objectivement identifiable—Demande accueillie.

THECHKOHIE C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5204-01, 2002 CFPI 672, juge Hansen, ordonnance en date du 14-6-02, 5 p.)

**COMMERCE EXTÉRIEUR**

Appel d'une décision de la Section de première instance ((2001), 199 F.T.R. 288) qui a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l'appelante de deux décisions de l'intimé refusant de lui délivrer, en vertu de l'art. 6.2(2) de la Loi sur les licences d'exportation et d'importation, une autorisation d'importer pour les années 1999, 2000 de la volaille éviscérée libre de tous droits—Le juge Pinard avait-il raison de conclure que l'appelante n'avait pas droit, en vertu de l'art. 2(1)b) de l'Arrêté sur la méthode d'allocation de quotas (volaille et produits de volaille), aux quotas d'importation qu'elle demandait pour les années 1999 et 2000?—L'appelante est une entreprise qui exploite des usines d'abatage et de transformation de volaille—Par l'Arrêté adopté conformément à l'art. 6.2(2)a) de la Loi, le ministre établissait une méthode d'allocation des quotas pour les différents types de quotas disponibles, dont celui qui faisait l'objet des demandes de l'appelante refusées par le ministre, à savoir une quote-part de la volaille éviscérée importée au Canada aux fins de la transformer en produits de volaille—Le litige porte entièrement sur ce que l'Arrêté décrit comme «produits de second cycle», c'est-à-dire des produits de volaille composés de moins de 87% de volaille—Puisque ces produits de second cycle n'apparaissent pas sur la Liste des marchandises d'importation contrôlée, ils peuvent entrer au Canada en provenance des États-Unis sans qu'aucun droit ne soit imposé—Par décisions rendues le 29 juillet 1999 et le 26 janvier 2000, le ministre a refusé d'accorder à l'appelante les quote-parts demandées—Son refus était fondé uniquement sur le fait que, vu la cessation des opérations commerciales d'Aliments Dorchester, l'appelante ne pouvait dorénavant prétendre être un transformateur de volaille en produits de second cycle—S'appuyant sur l'art. 6.2(1), (2) de la Loi et l'art. 2(1)b), f) de l'arrêté, le juge Pinard a conclu que, puisque l'appelante n'était pas un transformateur de second cycle au sens de l'art. 2(1)b), elle n'avait pas droit à l'autorisation demandée—La seule question en litige concernait l'interprétation de l'art. 2(1)b) de l'Arrêté qui

**COMMERCE EXTÉRIEUR—Fin**

prévoit que «le requérant qui est un transformateur de second cycle de produits de volaille [. . .] reçoit un quota égal [. . .]» —Le droit au quota prévu à l'art. 2(1*b*) est déterminé par le statut du requérant, à savoir un transformateur de second cycle, alors que le montant du quota qui sera attribué est déterminé par la quantité de volaille nécessaire à la production du requérant durant l'année précédente, c'est-à-dire la période de référence—L'art. 2(1*a*) attribue un droit à un quota à celui qui détient un contingent historique—Pour avoir droit à ce quota, le requérant doit détenir un contingent historique et le montant du quota sera égal au contingent historique—Les qualifications qui se rattachent à un requérant sont des critères qu'il doit nécessairement remplir pour avoir droit à un quota et, dans le cas de l'art. 2(2), pour pouvoir opter pour un autre quota—Un tel requérant doit pouvoir satisfaire aux critères de l'art. 2(1*b*), non seulement au moment de sa demande de quota, mais plus particulièrement au moment de l'attribution du quota demandé—Puisque Aliments Dorchester avait cessé ses opérations le 31 janvier 1999, et que l'appelante n'était pas un transformateur de second cycle lorsqu'elle a demandé des quotas, qu'elle n'avait jamais été un tel transformateur et qu'elle n'avait pas l'intention de le devenir, il ne peut faire de doute que l'intimé était tout à fait justifié de lui refuser les quotas—Le juge Pinard n'a commis aucune erreur lorsqu'il a conclu que l'appelante n'avait pas droit aux quotas d'importation qu'elle demandait pour les années 1999 et 2000—Appel rejeté—Loi sur les licences d'exportation et d'importation, L.R.C. (1985), ch. E-19, art. 6.2 (édicte par L.C. 1994, ch. 47, art. 106)—Arrêté sur la méthode d'allocation de quotas (volaille et produits de volaille), DORS/96-388, art. 2(1), (2).

ALIMENTS DORCHESTER INC. C. CANADA (MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES ET DU COMMERCE EXTÉRIEUR) (A-87-01, 2002 CAF 286, juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 4-7-02, 16 p.)

**COURONNE****CONTRATS**

Requête sur consentement en vue d'obtenir une ordonnance accueillant l'appel de la décision de la Section de première instance ((1999), 162 F.T.R. 30) déclarant que les sommes payables à la Couronne en vertu de la clause 18 d'une convention conclue en 1944 entre la Compagnie pétrolière Impériale Ltée et la Couronne constituent des «redevances» au sens de l'Entente sur la revendication territoriale globale des Dénés et Métis du Sahtu et ordonnant la production d'un relevé de compte des sommes payables à l'intimé en conséquence—Les parties ont depuis conclu un règlement en vertu duquel la Couronne paiera une somme importante à l'intimé, et la définition de «redevances» dans l'Entente relative aux Dénés du Sahtu sera modifiée rétroactivement de

**COURONNE—Fin**

manière à ce qu'en soient exclus les paiements en cause—Cette modification change les faits à la base de la décision dont appel, et l'intimé a convenu que celle-ci devrait être infirmée—Requête accueillie.

SAHTU SECRETARIAT INC. C. CANADA (A-78-99, 2002 CAF 315, juge Sharlow, J.C.A., ordonnance en date du 10-9-02, 2 p.)

**DROIT MARITIME****PRATIQUE**

Demande présentée par le défendeur en vertu de l'art. 50(1*b*) de la Loi sur la Cour fédérale afin d'obtenir la suspension de l'audience (action intentée après que la barge *Portland Star* eut coulé et que le fret appartenant à St. Lawrence Cement eut disparu en mer) qui, selon lui, devrait être entendue par la High Court of Justice anglaise à Londres (Angleterre) conformément à l'entente Towcon—Demande accueillie—L'art. 46 de la Loi sur la responsabilité en matière maritime ne s'applique pas en l'espèce puisque la nature même de l'entente vise le remorquage de la barge *Portland Star* par le bateau remorqueur *Atlantic Elm*—Application de la décision *Trans-Continental Textile Recycling Ltd. c. Erato*, [1996] 1 C.F. 404 (1<sup>re</sup> inst.), en ce qui concerne la présence d'une clause d'engagement à soumettre un litige à une cour étrangère—Application des principes formulés dans la décision *Eleftheria, The*, [1969] 1 Lloyd's Rep. 23 (Adm.), appliquée dans *Anraj Fish Products Industries Ltd. c. Hyundai Merchant Marine Co.* (2000), 262 N.R. 270 (C.A.F.)—Le fait que les preuves et les témoins se trouvent probablement au Canada représente un fait connu ou qui aurait dû être connu par le demandeur avant de conclure l'entente; le demandeur n'a pas soulevé d'inquiétudes au sujet de cette question au moment de la négociation de l'entente Towcon—Le droit anglais est applicable; il n'a pas été établi que le droit anglais diffère du droit canadien—Même si le demandeur est lié à la présente cour en vertu de son action, il fait également partie de la procédure d'arbitrage lancée par St. Lawrence Cement et il fait aussi partie de la demande nouvellement présentée par le défendeur en Angleterre—La nature du lien qu'il y a avec la présente cour est donc faible—Il n'y a aucune preuve pour appuyer la conclusion selon laquelle le motif principal du défendeur pour demander une suspension de l'audience était de tenter de bénéficier d'un avantage sur le plan de la procédure—Le fait que le défendeur a poursuivi le demandeur en Angleterre en vertu de la clause 25 de l'entente démontre son désir que le litige soit porté devant le tribunal anglais—Rien dans la preuve n'indique que le demandeur subirait un préjudice s'il devait porter son litige devant un tribunal étranger—De plus, il faut considérer que le demandeur était au courant de la clause attributive de

**DROIT MARITIME—Fin**

compétence au moment où il a négocié et signé l'entente—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 50(1)*b*)—Loi sur la responsabilité en matière maritime, L.C. 2001, ch. 6, art. 46.

ATLANTIC CEMENT CARRIERS LTD. C. *ATLANTIC ELM* (LE) (T-1847-01, 2002 CFPI 761, notaire Morneau, ordonnance en date du 9-7-02, 12 p.)

Demande pour jugement *in rem* par défaut de produire une défense contre le navire *Edith Cavell*—Demande accueillie; ajournement de la décision sur les autres éléments de la requête, soit la fixation du montant du jugement et l'adjudication des dépens—Anciennement, lorsqu'une déclaration énonçait clairement le montant sollicité et que le défendeur avait amplement la possibilité de contester cette déclaration, un jugement par défaut était accordé sur cette base—Plus récemment, dans *Chase Manhattan Corporation c. 3133559 Canada Inc.*, T-1754-96, 2001 CFPI 895; [2001] J.C.F. n° 1626 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), le caractère erroné de cette façon de faire a été signalé—Le juge Hugessen a signalé que les allégations non admises sont réputées niées—Par conséquent, en l'absence d'affidavit, les allégations énoncées dans la déclaration demeurent des allégations, sans preuve de leur véracité ou de leur exactitude—On ne peut donc pas obtenir un jugement sur le seul fondement de la déclaration—Le juge Hugessen a fait remarquer que la Cour était saisie de deux questions dans le cadre de la requête pour jugement par défaut: savoir si le défendeur était en défaut; savoir s'il y avait des éléments de preuve à l'appui de la réclamation du demandeur—Dans *Chase Manhattan Corporation*, le juge Hugessen a ajourné la requête, indiquant qu'il était prêt à accepter un ou plusieurs affidavits présentant tout élément de preuve que le demandeur désirait invoquer à l'appui de sa réclamation—Par conséquent, en l'espèce, jugement *in rem* par défaut de produire une défense est accordé, mais la décision sur le montant est ajournée en attendant qu'une preuve par affidavit soit déposée et que des copies des affidavits soient postées, par courtoisie, au défendeur dans l'action personnelle.

249387 B.C. LTD. C. *EDITH CAVELL* (LE) (T-839-02, 2002 CFPI 798, notaire Hargrave, ordonnance en date du 17-7-02, 3 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU****CALCUL DU REVENU**

Appel d'une décision rendue par la Cour canadienne de l'impôt—Question de savoir si le juge Mogan, de la C.C.I., a commis une erreur en concluant que la capitalisation du coût de remplacement, sur une distance de 44 km, de l'oléoduc de l'appelante, d'une longueur de 781 km, de Zama à Edmonton,

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

donnait une image plus fidèle du revenu de l'appelante pour l'année 1994 que la passation en charges de ce coût—En arrivant à une conclusion défavorable à l'appelante, le juge de la Cour de l'impôt a appliqué les bons principes juridiques aux questions dont il était saisi—Il a tenu compte de la décision rendue par la C.S.C. dans *Canderel Ltée c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147—Il a conclu que la capitalisation du coût du pipeline de remplacement d'une longueur de 44 km donnait une image plus fidèle du revenu de l'appelante pour l'année 1994—Il lui était loisible de tirer cette conclusion—Il a également conclu que le coût de remplacement devait être considéré comme une dépense en capital plutôt que comme une dépense courante relative à l'année 1994—Il n'y a pas de règle ferme permettant de déterminer si une dépense doit être capitalisée ou passée en charges—Aucune règle ne prévoit qu'un remplacement qui ne constitue pas une amélioration doit, selon les principes commerciaux reconnus, être passé en charges—Il était loisible au juge de la Cour de l'impôt de conclure eu égard aux faits que le remplacement devait être capitalisé—Il lui était également loisible de conclure que si la dépense était passée en charges, cela fausserait le revenu réalisé par l'appelante en 1994—Le juge de la Cour de l'impôt pouvait à bon droit tenir compte de l'effet de distorsion de la passation en charges sur le revenu de l'appelante—Il n'a commis aucune erreur en concluant que les principes commerciaux reconnus allaient à l'encontre de la position de l'appelante—Lorsqu'on remplace le pipeline initial, qui existe depuis longtemps, le coût doit être un coût non récurrent—Toute autre interprétation serait déraisonnable—Appel rejeté.

RAINBOW PIPE LINE CO. C. CANADA (A-661-99, 2002 CAF 259, juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 14-6-02, 8 p.)

**EXEMPTIONS**

Appel de la décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a statué que les indemnités reçues par le demandeur dans le cadre du programme de gestion de l'invalidité à long terme de l'employeur par suite d'un accident de travail étaient imposables—Appel rejeté—Dans *Whitney c. Canada*, [2002] 3 C.T.C. 476 (C.A.F.), la Cour a décidé que les indemnités versées à l'employé blessé n'étaient pas visées par les art. 56(1)*v*) et 110(1)*f*)(ii), sauf si elles étaient versées en vertu d'une loi concernant l'indemnisation des accidents de travail; les indemnités versées en vertu d'un accord contractuel ne sont pas visées par ces dispositions—Par conséquent, les indemnités en cause sont imposables aux termes de l'art. 6(1)*a*) de la Loi et les cotisations qui font l'objet de l'appel sont justifiées—À la fin du procès devant la Cour de l'impôt, la demande qu'a présentée le demandeur afin de soumettre une contre-preuve a été rejetée sans explication—

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

Le juge de la Cour de l'impôt n'a pas commis d'erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire de refuser la demande de contre-preuve qui avait été présentée longtemps après la clôture de la phase de présentation de la preuve, et l'erreur factuelle alléguée n'est pas apparue comme déterminante—En ce qui concerne le subpoena au fonctionnaire de la Couronne, le demandeur ne peut se plaindre de l'omission dudit fonctionnaire d'apporter un document à l'audience devant la Cour de l'impôt puisqu'il n'avait pas signifié le subpoena correctement—Bien que le juge de la Cour de l'impôt ait commis une erreur en refusant d'admettre des éléments de preuve (la preuve par oui-dire peut être admise si elle est nécessaire et fiable; sa valeur probante doit être déterminée par le juge; il n'y a pas d'interdiction absolue quant à l'admission en preuve de documents si leur auteur n'est pas un témoin; la preuve présentée sous le régime de la procédure informelle ne peut être exclue du simple fait qu'elle serait inadmissible dans une procédure ordinaire; le juge a commis une erreur en statuant que les documents n'étaient pas pertinents), il serait futile d'ordonner une nouvelle audition de l'affaire—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), art. 6(1)a), 56(1)v) (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. III, art. 13), 110(1)f)(ii) (mod., *idem*, ch. 21, art. 49).

SUCHON C. CANADA (A-653-01, 2002 CAF 282, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 3-7-02, 18 p.)

**PRATIQUE**

Demande de contrôle judiciaire visant la décision du M.R.N., qui aurait émis au demandeur un relevé de compte indiquant un solde de 164 454 \$ redevable par le demandeur à cette date au titre des impôts, du Régime de pensions du Canada, des intérêts et des pénalités—Le demandeur prétend que la majeure partie de la dette est prescrite en vertu de la loi—En janvier 1988, le ministre a déposé un certificat relatif à la dette du demandeur pour les années d'imposition 1979 à 1984 inclusivement—En décembre 1989, le demandeur a signé un contrat de nantissement avec le M.R.N. par lequel il reconnaissait devoir une dette pour les années 1979 à 1984—De septembre 1989 à août 1999, le demandeur a effectué plus de 50 paiements—Le droit d'action du M.R.N. se fonde sur la cotisation ou la nouvelle cotisation qu'il a établie, ainsi que sur l'expiration du délai pertinent prévu à l'art. 225.1(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu: *Markevich c. La Reine*, [2001] 3 C.F. 449 (C.A.)—Le délai de prescription applicable aux termes de l'art. 3(5) de la Limitation Act de la C.-B. est de 6 ans—Le M.R.N. admet que les droits d'action dont il dispose contre le demandeur pour les années d'imposition 1979 et 1980 sont prescrits en vertu de la loi, mais prétend que le dépôt du certificat auprès de la Cour fédérale en janvier 1988 a eu lieu moins de 6 ans après l'établissement des autres cotisations et de toutes les nouvelles

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

cotisations, ce qui lui permet d'intenter une action sur la foi du certificat dans les six années du dépôt—Compte tenu de l'affaire *Ross c. Canada* (2002), 2002 DTC 6884 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le certificat permettrait au M.R.N. d'intenter une action ou d'entreprendre des mesures légales de recouvrement jusqu'en janvier 1994—Le contrat de nantissement de décembre 1989 témoignait de la reconnaissance du droit d'action du M.R.N. et, partant, constituait une confirmation au sens de l'art. 5(2)a)(i) de la Limitation Act—Par la suite, chaque paiement effectué par le demandeur équivalait à une confirmation et reportait ainsi le délai de prescription, après chaque paiement, d'une période additionnelle de six ans—Comme le dernier paiement a eu lieu en août 1999, le délai de prescription n'a pas encore expiré, la dette du demandeur n'est pas éteinte et il est loisible au M.R.N. d'entreprendre des démarches pour recouvrer les montants impayés, soit au moyen d'une action, soit par le recours aux mesures légales de recouvrement—Il est loisible au M.R.N. d'affecter d'abord les paiements à la dette la plus ancienne: *Clayton's Case* (1816), 35 E.R. 781; *Agricultural Insurance Co. c. Sargeant* (1896), 26 R.C.S. 29—Demande rejetée, sauf en ce qui concerne les montants dus pour les années d'imposition 1979 et 1980, qui sont prescrits en vertu de la loi, comme l'a reconnu le M.R.N.—Même si les décisions *Markevich* et *Ross* ont été portées en appel, la Cour ne peut garder le dossier ouvert en vue d'un réexamen subséquent selon l'issue des appels—La décision prise au terme de cette instance suppose que les décisions *Markevich* et *Ross* ont été correctement tranchées; il appartiendra aux parties d'interjeter appel si elles souhaitent conserver leurs droits dans l'éventualité où les appels des décisions *Markevich* ou *Ross* seraient accueillis—Limitation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 266, art. 3(5), 5(2)a)(ii)—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 225.1(1) (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. VIII, art. 131; 1998, ch. 19, art. 225).

MACKINNON C. CANADA (T-2220-01, 2002 CFPI 824, juge Rothstein, J.C.A., ordonnance en date du 26-7-02, 8 p.)

La Cour doit répondre aux questions suivantes: la Section de première instance a-t-elle compétence, lors d'une saisie-arrêt en mains tierces, pour décider de l'opposabilité à l'appelante d'une cession de créance faite par la tierce saisie intimée, Transport H. Cordeau Inc., en fraude alléguée des droits des créanciers; pour décider de l'opposabilité à l'appelante des quittances du 12 février et du 25 mars 1997 qui découlent de la cession de créance et d'un contrat secret entre la tierce saisie intimée et le débiteur judiciaire, M. Gilbert Gadbois; pour ordonner que soit levé le voile corporatif entre le débiteur judiciaire et la compagnie 2951-7539 Québec Inc. lui appartenant; pour décider l'appel d'une ordonnance du notaire rendant définitive la saisie-arrêt



**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

contre la tierce saisie intimée et lui enjoignant de payer à la créancière saisissante, la Couronne, la somme de 100 000 \$ avec intérêts et dépens?—La Couronne, conformément à l'art. 223(2), (3) de la Loi de l'impôt sur le revenu, a fait enregistrer auprès de la Cour fédérale un certificat attestant du montant dû par le débiteur judiciaire, M. Gadbois, soit 1 285 674,06 \$, plus les intérêts composés quotidiennement depuis le 14 février 1997—En 1995, Transport H. Cordeau emprunte de l'argent à 2951-7539 Québec Inc. (Cie Québec Inc.) appartenant à M. Gadbois—L'acte d'hypothèque mobilière garantissant le prêt indique la somme de 325 000 \$, alors que selon une entente verbale, le remboursement se ferait par le paiement de 225 000 \$—Lorsque M. Gadbois est poursuivi par Revenu Canada pour exécuter sa créance fiscale, le contribuable, en novembre 1996, afin d'éviter une nouvelle saisie de Revenu Canada, fait une cession de créance de 325 000 \$ à J.L. Michon Transport Inc. pour une somme de 225 000 \$ et reçoit paiement—Intervenant à la cession de créance, Transport H. Cordeau confirme cependant que le solde hypothécaire est de 325 000 \$ et qu'elle n'a versé aucun intérêt depuis l'emprunt—J.L. Michon Transport Inc. confirme aussi que le montant dû est de 325 000 \$ et qu'il doit remettre à la Cie Québec Inc. toute somme qu'il recevra de Transport H. Cordeau Inc. en excédent du 225 000 \$ et des intérêts auxquels il a droit—En janvier 1997, l'appelante effectue une saisie-arrêt contre Transport H. Cordeau pour la balance de 100 000 \$—En réponse à la saisie-arrêt, Transport H. Cordeau oppose l'entente verbale secrète avec M. Gadbois et la Cie Québec Inc. quant au montant dû, soit 225 000 \$ et non 325 000 \$—En octobre 1997, la Cour d'appel confirme l'inopposabilité de la contre-lettre à la Couronne—Suite à la décision de la Cour d'appel, le protonotaire rend une ordonnance définitive de saisie-arrêt en mars 2000—Le juge de première instance saisi de l'appel de cette décision conclut, *proprio motu*, que seuls les tribunaux provinciaux sont compétents pour trancher le présent dossier et décline juridiction—Appel accueilli; il y lieu de répondre aux questions par l'affirmative—Il y a lieu de souligner que la tierce-saisie n'a en aucun temps soulevé l'absence de compétence de la Cour et s'est même prévalu de la compétence de la Cour pour demander que son entente verbale secrète, la cession de créance et les quittances soient déclarées opposables au créancier saisissant—La Cour a le pouvoir d'assurer l'exécution de ses jugements et être appelée à décider d'une manière incidente à l'exécution du jugement des questions de droit provincial soulevées à l'encontre de cette exécution: *Bois de Construction du Nord (1971) Ltée c. Charles Guilbault Inc.*, [1986] 2 C.T.C. 227 (C.A.F.)—L'arrêt *Wellgate International Ltd. v. M.R.N.*, [2000] 3 C.T.C. 257 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) ne s'applique pas en l'espèce puisque l'appelante ne cherche aucunement à faire invalider les transactions intervenues entre les parties—Les art. 317 et 1631 du Code civil du Bas-Canada ne remettent pas en cause la

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

validité des transactions, et ne débordent pas le cadre de la perception d'une créance dans un contexte d'exécution forcée du jugement d'une cour compétente—Enfin la procédure sommaire n'est pas inéquitable et inappropriée en l'espèce, puisqu'on peut toujours avoir recours aux règles 371 et 453 des Règles de la Cour fédérale (1998) pour rendre justice entre les parties—L'appel devrait donc être accueilli et l'ordonnance infirmée; il devrait être déclaré que le protonotaire avait compétence pour prononcer l'ordonnance définitive de saisie-arrêt condamnant Transport H. Cordeau à payer à la Couronne la somme de 100 000 \$; que la Section de première instance est compétente pour statuer sur l'appel logé par Transport H. Cordeau—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 371, 453—Code civil du Bas-Canada, art. 317, 1631—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 223(2), (3) (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. VIII, art. 129).

CANADA C. TRANSPORT H. CORDEAU INC. (A-64-02, 2002 CAF 228, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 31-5-02, 17 p.)

**MARQUES DE COMMERCE****ENREGISTREMENT**

Appel interjeté en vertu de l'art. 56 de la Loi sur les marques de commerce de la décision du registraire des marques de commerce qui a refusé la demande d'enregistrement de la marque de commerce «Fruit Dots» pour des céréales pour petit déjeuner parce qu'elle créait de la confusion avec la marque de commerce «Froot Loops» de l'intimée—Appel accueilli—La date pertinente à partir de laquelle il convient d'évaluer la confusion en vertu de l'art. 16(3) de la Loi est celle du dépôt de la demande; par conséquent, on ne doit pas tenir compte de la preuve additionnelle présentée par l'appelante et qui est subséquente à la date pertinente—Le registraire a commis une erreur en refusant d'enregistrer la marque de commerce «Fruit Dots» de l'appelante—Le fardeau d'établir l'absence de risque de confusion avec une autre marque de commerce déjà employée et enregistrée repose sur les épaules de celui qui demande l'enregistrement—En l'espèce, il y a de petites différences qui suffisent pour distinguer une marque de commerce d'une autre: l'orthographe du mot «Fruit» par rapport à «Froot», la présentation, le son et la signification du mot «Dots» par rapport à «Loops»—Une recherche au registre révèle de nombreuses marques de commerce qui coexistent avec celle de «Froot Loops» de l'intimée, qui contiennent le mot «Fruit» et qui ont été déposées avant la date pertinente—Si on applique les arrêts *Miss Universe, Inc. c. Bohna* (1995), 58 C.P.R. (3d) 381 (C.A.F.); et *General Motors Corp. v. Bellows* (1949), 10 C.P.R. 101, il n'y a pas de confusion—Comme le registraire a conclu que la marque de commerce de l'appelante

**MARQUES DE COMMERCE—Fin**

créait de la confusion avec celle de l'intimée, malgré une conclusion claire selon laquelle les marques des parties n'avaient pas de caractère distinctif inhérent, il aurait dû accepter les différences pour éviter la confusion—La coexistence des marques des parties aux États-Unis pendant de nombreuses années constitue une bonne indication de l'absence de confusion possible entre les marques de commerce ici au Canada et cela constitue un facteur déterminant, notamment parce que les marques de commerce en question sont identiques aux marques de commerce coexistant aux États-Unis—En l'espèce, l'utilisation concurrente a eu comme effet de mitiger la question de la confusion—L'utilisation de la marque de commerce «Fruit Dots» n'est pas susceptible de créer de la confusion avec la marque de commerce «Froot Loops» compte tenu des marques de commerce similaires appartenant à des tiers et coexistant dans le registre et dans le marché, telles que «Fruit Rings» et «Fruit Whirls»—La décision du registraire était donc incorrecte—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 16(3), 56.

WEETABIX OF CANADA LTD. C. KELLOGG CANADA INC.  
(T-2343-97, 2002 CFPI 724, juge Blais, ordonnance en date du 24-6-02, 19 p.)

**PRATIQUE****ACTES DE PROCÉDURE***Requête en radiation*

Requête présentée en vertu de la règle 399(1*b*) des Règles de la Cour fédérale (1998) en vue de faire annuler l'ordonnance radiant la demande de contrôle judiciaire—La demande de contrôle judiciaire a été radiée parce que le défendeur a invoqué des arguments très solides au soutien de sa thèse que la demande devait être radiée et parce que le demandeur n'a pas contesté la requête en radiation—L'avocat du demandeur présente maintenant des éléments de preuve indiquant que le dossier a été égaré ou mal classé par le nouveau personnel de son cabinet—Il existe un principe suivant lequel une partie ne devrait pas être privée de ses droits en raison d'une erreur commise par son avocat, lorsqu'il est possible de remédier aux conséquences de cette erreur sans causer d'injustice à la partie adverse: *Bowen c. Ville de Montréal*, [1979] 1 R.C.S. 511—Avant qu'une demande puisse être radiée, il faut démontrer qu'elle est vouée à l'échec en raison d'un vice irrémédiable: *Bonspille c. Conseil Mohawk de Kanesatake*, T-824-02, 2002 CFPI 659—Requête accueillie—La Cour n'est pas prête à laisser subsister l'ordonnance de radiation de la demande sans accorder à l'avocat du demandeur une véritable possibilité de contester pleinement la requête—Le demandeur ne devrait pas, compte tenu des circonstances de l'espèce, subir un préjudice en raison d'une confusion au sein du cabinet de l'avocat du

**PRATIQUE—Suite**

demandeur, mais devrait maintenant être autorisé à faire valoir ses meilleures preuves et ses meilleurs arguments pour démontrer pourquoi la demande ne devrait pas être radiée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 399(1*b*).

PHUI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-474-02, 2002 CFPI 791, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 15-7-02, 5 p.)

**AFFIDAVITS**

Demande d'autorisation de déposer deux affidavits à l'appui d'une demande de contrôle judiciaire—Question en litige portant sur la prorogation du délai prévu par la règle 306 pour le dépôt des affidavits à l'appui d'une demande de contrôle judiciaire—Examen du motif du retard, appréciation de l'importance du retard par rapport à la valeur intrinsèque des preuves, en tenant compte de leur pertinence, de leur admissibilité et de leur utilité éventuelle pour le tribunal—Le premier affidavit ne comporte qu'une seule pièce, la copie d'un document qui n'a pu être en la possession du tribunal lorsqu'il a pris sa décision en juillet 2001—Le document est par conséquent non pertinent, inadmissible et d'aucune utilité pour le tribunal—Dépôt tardif refusé, le document n'ayant aucune valeur intrinsèque, impossibilité de procéder à une comparaison avec l'importance du retard—On prétend que le retard dans le dépôt du second affidavit découle de l'espoir d'un règlement, non concrétisé—Absence de preuves précises concernant les négociations—Le demandeur semble avoir axé ses actions sur un prétendu outrage, aspect non relié à la présente demande de contrôle judiciaire—Les négociations invoquées ne constituent pas un motif valide expliquant ce retard—En outre, le demandeur n'a jamais présenté de demande de prorogation sur consentement, comme le permet la règle 7, et le défendeur a signalé au demandeur deux mois et demi avant le dépôt de la présente requête que les délais risquaient de ne pas être respectés—Second affidavit pertinent à la demande de contrôle judiciaire mais aucun motif valable expliquant le retard—Aucun motif expliquant le retard, impossibilité de procéder à une comparaison—Refuser de proroger le délai serait juste pour le défendeur mais compliquerait la tâche du demandeur—La solution pour le demandeur serait de demander au directeur, aux termes de la règle 317, de transmettre au greffe de la Cour les documents souhaités—Le demandeur devrait alors obtenir une ordonnance autorisant le versement au dossier, ou dans un dossier supplémentaire, de ces documents—Règles de la Cour fédérale, 1998, DORS/98-106, règles 7, 306, 317.

SCHWARZ HOSPITALITY GROUP LTD. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-137-02, 2002 CFPI 808, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 19-7-02, 12 p.)

## PRATIQUE—Suite

## CARACTÈRE THÉORIQUE

Appel d'une ordonnance de la Section de première instance (2000), 25 Admin. L.R. 174) rejetant la demande de contrôle judiciaire de deux décisions fondées sur les art. 32 et 35 de la Loi sur les pêches, autorisant la destruction de poissons ainsi que la destruction et la perturbation de l'habitat du poisson par suite de la construction et de l'exploitation d'une centrale hydroélectrique sur la rivière Kagiano—Le litige découle de la construction et de l'exploitation d'une centrale hydroélectrique produisant 4,9 megawatts sur la rivière Kagiano, à Twin Falls, dans le nord de l'Ontario—L'intimée Kagiano Power Corp. a plaidé avec succès qu'elle était autorisée à présenter de nouveaux éléments de preuve à l'appui d'une requête visant à faire déclarer que l'appel n'avait plus qu'un intérêt théorique—L'analyse à effectuer lorsque la question du caractère théorique est soulevée a été énoncée par la C.S.C. dans *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342 et *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46—Les ordonnances sollicitées par l'appelant en vue de l'annulation des décisions des ministres n'ont plus qu'un intérêt théorique puisque le substratum du litige, à savoir la construction proposée et l'impact écologique du projet en résultant sur le milieu environnemental, n'existe plus—Le projet est maintenant exploité et il est inutile pour l'appelant de poursuivre l'affaire—Les activités qui entraîneraient la destruction de l'habitat du poisson sont déjà achevées et il n'y a plus rien que le MPO puisse approuver—Appel théorique—Question de savoir s'il s'agit d'un cas dans lequel il convient d'exercer son pouvoir discrétionnaire et d'entendre l'affaire même si celle-ci n'a plus qu'un intérêt théorique—Il a été satisfait à la première exigence énoncée dans *Borowski*, à savoir l'existence d'un débat contradictoire qui se poursuit même s'il ne reste plus de «litige actuel»—Le deuxième élément se rapporte à l'examen de la question de l'économie des ressources judiciaires—Il ne servirait à rien d'annuler les décisions des ministres à ce stade et d'obliger les ministres à observer la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale—L'appel ne soulève pas des questions touchant l'intérêt public—Les questions soulevées en l'espèce, y compris le présumé manquement à l'obligation d'équité procédurale, ne sont pas des questions nouvelles et n'ont pas une importance générale suffisante pour justifier l'audition de cet appel théorique—Les questions juridiques soulevées par l'appelant ne sont pas si importantes qu'elles permettent de ne pas adjuger les dépens aux intimés—L'appel est rejeté, les dépens entre parties étant adjugés aux intimés—Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 32, 35—Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37.

LAVOIE C. CANADA (MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT)  
(A-611-00, 2002 CAF 268, juge Malone, J.C.A.,  
jugement en date du 20-6-02, 13 p.)

## PRATIQUE—Suite

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE  
PRÉALABLE*Interrogatoire préalable*

Requêtes des demandeurs en vue d'être autorisés à soumettre des interrogatoires écrits aux intervenants, et requêtes semblables de l'intervenant, le Conseil autochtone du Canada (Alberta), pour être autorisé à soumettre des interrogatoires écrits aux demandeurs et à la défenderesse—Il n'y a pas de droit à l'interrogatoire préalable des intervenants, et les intervenants n'ont pas un droit d'interrogatoire préalable, parce que les Règles de la Cour fédérale (1998) limitent les interrogatoires préalables aux parties et définissent la pertinence des questions de l'interrogatoire préalable en fonction des actes de procédure—Les intervenants ne sont pas des parties—Les déclarations d'intervention qui ont été produites ne sont pas des actes de procédure et elles ne donnent pas lieu au genre d'affirmation factuelle qui se prête à un interrogatoire préalable—L'ordonnance autorisant l'interrogatoire préalable d'un intervenant ou autorisant un intervenant à procéder à un interrogatoire préalable est une ordonnance exceptionnelle—Il n'était pas nécessaire de se prononcer sur la question en l'espèce, mais la règle 238 (qui expose les critères applicables à l'interrogatoire de tiers) n'était pas applicable à l'interrogatoire d'intervenants ou à l'interrogatoire effectué par des intervenants—Mais les règles 238 et 239 indiquent très clairement que l'interrogatoire préalable de tiers est un recours tout à fait exceptionnel—Quiconque demande l'autorisation de procéder à un tel interrogatoire a la charge de persuader la Cour qu'il est nécessaire qu'un tel interrogatoire soit autorisé pour assurer une solution juste, expéditive, la moins coûteuse possible et par-dessus tout équitable du litige—Les questions proposées n'étaient pas nécessaires dans ce contexte—Les demandeurs ne subiront pas un préjudice s'ils ne sont pas autorisés à explorer les affirmations factuelles implicites figurant dans les déclarations d'intervention—Plusieurs des questions que l'on voudrait poser sont extraordinairement fastidieuses et nécessiteraient une énorme quantité de travail—Sans l'ombre d'un doute, elles ajouteraient énormément au délai qui serait nécessaire avant l'audience—Requêtes rejetées—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 238, 239.

CANADA C. CONSEIL AUTOCHTONE DU CANADA  
(T-66-86A, 2002 CFPI 693, juge Hugessen, ordonnance  
en date du 18-6-02, 6 p.)

## FRAIS ET DÉPENS

Dépens par suite d'une demande de contrôle judiciaire de la décision selon laquelle le demandeur n'avait pas le droit de recevoir une pension en raison d'une condition médicale, la

**PRATIQUE—Suite**

Cour lui ayant adjugé «les dépens admissibles de la demande»—Il s'agit de déterminer si des dépens peuvent être adjugés pour le temps qu'un demandeur qui s'est représenté lui-même a pris pour se préparer—Une partie adverse peut répondre à un mémoire de dépens avec des preuves et des propositions écrites; les propositions de réponse soulèvent efficacement des objections à un mémoire de dépens—Les décisions rendues dans *Turner c. Canada*, [2001] 2 C.T.C. 52 (C.A.F.), conf. par [2001] 4 C.T.C. 170 (C.A.F.); *Desloges c. Canada (Procureur général)*, [2001] J.C.F. n° 1627 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); et *Smith c. Canada*, [2002] 1 C.T.C. 82 (C.A.F.), empêchent l'officier taxateur d'assumer la compétence d'accueillir les dépens pour le temps d'un plaideur se représentant lui-même—Le concept principal des dépens en tant qu'indemnité liée à une dépense réelle ou une obligation réelle de payer pour une représentation juridique reste inchangé.

PERSONNE INCONNUE C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)  
(T-867-00, 2002 CFPI 778, officier taxateur Stinson,  
taxation des dépens en date du 11-7-02, 5 p.)

Requête en jugement sommaire accueillie avec dépens—Le seul débours contesté est l'inclusion de la taxe de 15 p. 100 sur les ventes et services—La demanderesse s'y oppose parce que son client ne réside pas à Terre-Neuve—Le paiement de toute taxe sur les ventes et services est prévu à l'art. 1(3)b) du tarif B—La taxe sur les produits et services est régie par les lois fédérales en vigueur à Terre-Neuve—Par conséquent, la taxe peut être recouvrée par les défendeurs dans leur mémoire de frais—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, tarif B, art. 1(3)b).

TRANS-TEC SERVICES INC. C. LYUBOV ORLOVA (LE)  
(T-1723-00, 2002 CFPI 942, officier taxateur Pilon,  
taxation des dépens en date du 6-9-02, 3 p.)

**JUGEMENTS ET ORDONNANCES***Annulation ou modification*

Demande de contrôle judiciaire d'une décision du Conseil canadien des relations industrielles de réexaminer et modifier son ordonnance rendue le 23 juin 2000 concernant l'applicabilité de l'art. 87.7(1) du Code canadien du travail aux faits de l'instance—Le Conseil a étendu la portée de sa première ordonnance en ce qu'il a complètement révisé, *inter alia*, la notion de «chargement» qui y apparaît—Il a rendu son ordonnance du 23 juin 2000 limitant les opérations assujetties à son ordonnance à celles relatives à l'amarrage, l'appareillage et le chargement de grain sur le navire—L'ordonnance ne couvrirait pas le déchargement des vraciers ni la manutention du grain—On ne peut prétendre que

**PRATIQUE—Suite**

l'ordonnance du 21 mars 2001 ne constitue pas une modification de l'ordonnance du 23 juin 2000—L'art. 87.7(3) ne peut permettre au Conseil de réexaminer, annuler ou modifier l'ordonnance du 23 juin 2000—Le Conseil, ayant opté pour la thèse de la demanderesse selon laquelle les opérations assujetties à l'art. 87.7(1) étaient restreintes aux opérations dites «de débardage», ne pouvait rendre une autre ordonnance, dans le cadre de la demande de précisions du défendeur, modifiant l'ordonnance du 23 juin 2000—De ce fait, le Conseil a commis une erreur justifiant l'intervention de la Cour—L'ordonnance du 21 mars 2001 a eu pour effet de créer de nouveaux droits—Demande accueillie—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 87(7) (édité par L.C. 1998, ch. 26, art. 37).

CARGILL LTÉE C. SYNDICAT NATIONAL DES EMPLOYÉS DE  
CARGILL LTÉE (CSN) (A-224-01, 2002 CAF 269, juge  
Nadon, J.C.A., jugement en date du 20-6-02, 7 p.)

**PREUVE**

Preuve d'expert—Les demandeurs contestent la qualification de M. Anderson présenté à titre d'expert en génie mécanique par la défendresse Seed Hawk Inc. afin d'offrir un témoignage d'expert en ce qui a trait à la conception et à l'opération de dispositifs mécaniques pour le motif qu'il n'a aucune formation ou expérience pertinente dans le domaine faisant l'objet du brevet—M. Anderson a admis qu'il n'avait auparavant aucune connaissance de l'état de la technique en ce qui a trait au litige; la connaissance de l'état de la technique qu'il possède maintenant, il l'a acquise pour les fins du litige—Les critères pour l'admission de la preuve d'expert ont été énoncés dans l'arrêt *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9: la pertinence, la nécessité d'aider le juge des faits, l'absence de toute règle d'exclusion et la qualification suffisante de l'expert—Le témoignage d'un simple scientifique ou d'un professionnel en génie mécanique qui s'appuie sur des connaissances générales plutôt que sur les connaissances spéciales de l'art en question n'aura pas une grande force probante aux yeux de la Cour: *Nekoosa Packaging Corp. c. AMCA International Ltd.* (1994), 56 C.P.R. (3d) 470—Cette décision ne permet pas d'affirmer qu'un expert qui s'appuie sur des connaissances générales ne peut être qualifié en tant qu'expert dans un domaine dans lequel il existe un ensemble de connaissances spéciales—Les qualifications de M. Anderson ont convaincu la Cour que sa formation et son expérience d'ingénieur en mécanique sont telles qu'elles l'aideraient à comprendre la conception et l'opération de dispositifs mécaniques, y compris de dispositifs de semis.

HALFORD C. SEED HAWK INC. (T-2406-93, 2002 CFPI  
764, juge Pelletier, ordonnance en date du 10-7-02, 6 p.)

**PRATIQUE—Suite***Commission rogatoire*

Requête visant l'interrogatoire d'un témoin potentiel par commission rogatoire, conformément à la règle 271 des Règles de la Cour fédérale (1998)—Requête accueillie—Les facteurs qui doivent être pris en compte sont: la santé et la disponibilité du témoin proposé; la probabilité que son témoignage s'avère important au procès; l'entrave au cours de la justice si le témoin n'était plus disponible lors de l'instruction de l'affaire—Le témoin potentiel est âgé de 89 ans, a des antécédents de problèmes cardiaques et a déjà subi au moins un pontage ainsi qu'une chirurgie à cœur ouvert—L'âge ne suffit pas en soi à justifier une ordonnance, mais lorsque s'ajoutent des antécédents d'affections graves, cela suffit pour faire pencher la balance en faveur de la délivrance d'une ordonnance—Contrairement à une remarque incidente formulée dans *Bande indienne de Sawridge c. Canada* (1994), 109 D.L.R. (4th) 364 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), la production d'une preuve médicale ne s'impose pas dans le cadre d'une requête de cette nature—La déposition du témoin potentiel lui-même sur son âge et son état de santé suffit aux fins de la requête—L'intérêt réel ou perçu du témoin quant à l'issue du litige ou sa mémoire chancelante ne sont pas des

**PRATIQUE—Fin**

motifs de refuser que le témoignage soit recueilli par commission rogatoire; il s'agit d'apprécier la crédibilité du témoin—Son témoignage pourrait s'avérer décisif—La déposition du témoin devrait être enregistrée sur bande vidéo à Fort Nelson, où il demeure actuellement, qui se trouve à environ mille kilomètres tant de Calgary que de Vancouver, les deux centres de la Cour fédérale les plus proches—L'ordonnance se fait *de bene esse*—Si le témoin est encore en vie et disponible au moment de l'instruction, même s'il ne peut se déplacer de Fort Nelson, la Cour prendra des mesures pour se rendre à Fort Nelson afin de recueillir sa déposition—Il est inutile de requérir la présence d'un officier de justice à l'audience; les objections devraient être notées au dossier et le témoin devrait répondre aux questions sous réserve de l'objection—La Cour tentera d'être disponible pour une conférence téléphonique afin de trancher une objection fondée sur un privilège, ou une objection de cette nature—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 271.

PREMIÈRE NATION DENE TSAA C. CANADA (T-705-97, 2002 CFPI 838, juge Hugessen, ordonnance en date du 31-8-02, 7 p.)



*If undelivered, return COVER ONLY to:*

Communication Canada  
— Publishing  
Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison  
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:*

Communication Canada  
— Édition  
Ottawa (Ontario), Canada K1A 0S9

---

Available from Canadian Government Publishing  
Communication Canada  
Ottawa, Canada K1A 0S9

En vente : Les Éditions du gouvernement du Canada  
Communication Canada  
Ottawa, Canada K1A 0S9