



---

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**1994, Vol. 2, Part 1**

**1994, Vol. 2, 1<sup>er</sup> fascicule**

Cited as [1994] 2 F.C., 3-232

Renvoi [1994] 2 C.F., 3-232

---



Published by  
DENIS GUAY, B.A., LL.L., D.E.S.D.  
Acting Commissioner for Federal Judicial Affairs

Publié par  
DENIS GUAY, B.A., LL.L., D.E.S.D.  
Commissaire à la magistrature fédérale par intérim

---

Editorial Board

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

---

Bureau des arrêtiistes

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

---

Legal Research Editors  
LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

---

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

Production Staff

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

Services techniques

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

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

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

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

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1994.

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1994.

---

## CONTENTS

Digests ..... D-1

Canada (Secretary of State for External Affairs) v. Menghani (T.D.) ..... 102

Human rights — Application for judicial review of Human Rights Tribunal decision respondent discriminated against on ground of national origin contrary to Canadian Human Rights Act, s. 5 — Respondent supporting brother while student, offering employment in family business under immigration program — Immigration officer refusing brother's application for permanent residence as no satisfactory proof of family relationship — Respondent "victim" of discrimination under Act — Tribunal correct in determining complaint within jurisdiction under Act — Judicial review not alternative to process under Act — Decision not based on erroneous finding of fact.

*Continued on next page*

---

## SOMMAIRE

Fiches analytiques ..... F-1

Canada (Secrétaire d'État aux Affaires extérieures) c. Menghani (1<sup>re</sup> inst.) ..... 102

Droits de la personne — Demande de contrôle judiciaire visant une décision du Tribunal des droits de la personne concluant à un acte de discrimination à l'encontre de l'intimé en raison de son origine nationale, contrairement à l'art. 5 de la Loi canadienne sur les droits de la personne — L'intimé a entretenu son frère étudiant et lui a offert un emploi dans l'entreprise familiale dans le cadre d'un programme d'immigration — L'agent d'immigration a rejeté la demande de résidence permanente du frère faute de preuve satisfaisante d'un lien familial — L'intimé a été «victime», selon la loi, d'un acte de discrimination — C'est à juste titre que le Tribunal a conclu à sa compétence,

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent residents — Respondent's brother seeking permanent residence under family business job offer program — Human Rights Tribunal exceeding jurisdiction in ordering permanent residency although finding respondent, sponsor, "victim" of discrimination under Canadian Human Rights Act.

**Ciric v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.)..... 65**

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Application for judicial review of IRB decision applicants not Convention refugees — Applicants, Serbians, leaving Yugoslavia to avoid conscription — Not opposed to war to protect national sovereignty, but to fighting fellow countrymen — Asserting punishment for desertion death — Board erred in holding applicants would only be fined, in ignoring evidence of international condemnation of violation of basic rules of human conduct in Yugoslavia — Test formulated by F.C.A. in *Zolfagharkhani* to determine whether law of general application persecutory applied — Conscription of Serbian reservists persecutory.

**Cluff v. Canada (Department of Agriculture) (T.D.) 176**

Human rights — Application to review Human Rights Tribunal's decision lacked jurisdiction to hear complaint — Complainant, employed by Department of Agriculture — Organizing conference for Farm Writers' Association with approval, authorization of superiors — Hosting hospitality suite as part of conference duties — Alleging sexual harassment by senior Agriculture employee, contrary to Canadian Human Rights Act, ss. 7, 14 at hospitality suite after 2:00 a.m. — Tribunal focussing on whether Department having authority or control over organization of conference, whether complainant's daily duties required her to organize conference in determining alleged harassment not occurring in course of, or in matter related to, employment — Principal issue question of law — Standard of review correctness — No error in Tribunal's statement of criteria to determine issue — Erred in application of criteria, but Court arriving at same conclusion — Shortly after hospitality suite effectively closed, complainant ceased to be in course of employment or engaged in matters

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

aux termes de la Loi, à l'égard de la plainte — Le contrôle judiciaire ne doit pas servir à remplacer la procédure prévue par la Loi — La décision du Tribunal ne découlait pas d'une conclusion de fait erronée.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Le frère de l'intimé a demandé la résidence permanente dans le cadre du programme d'offres d'emploi dans une entreprise familiale — Le Tribunal des droits de la personne a outrepassé sa compétence en ordonnant l'octroi de la résidence permanente bien qu'il ait conclu que l'intimé, en qualité de répondant, a été «victime» d'un acte de discrimination selon la Loi canadienne sur les droits de la personne.

**Ciric c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1<sup>re</sup> inst.) ..... 65**

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la CISR a conclu que les requérants n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention — Les requérants, qui étaient serbes, ont quitté la Yougoslavie pour éviter la conscription — Ils ne s'opposaient pas à la guerre lorsqu'elle était destinée à protéger la souveraineté nationale, mais ils s'y opposaient lorsqu'il s'agissait de se battre contre des compatriotes — Ils ont affirmé que la peine infligée aux déserteurs étaient la peine de mort — La Commission a commis une erreur en concluant que les requérants se verraient uniquement infliger une amende, et en omettant de tenir compte de la preuve concernant la condamnation internationale de la violation des règles de conduite les plus élémentaires en Yougoslavie — Le critère formulé par la C.A.F. dans *Zolfagharkhani*, selon lequel il fallait déterminer si la loi d'application générale revêt un caractère de persécution, a été appliqué — La conscription des réservistes serbes constitue de la persécution.

**Cluff c. Canada (Ministère de l'Agriculture) (1<sup>re</sup> inst.) 176**

Droits de la personne — Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Tribunal des droits de la personne a statué qu'il n'avait pas compétence pour entendre une plainte — La plaignante travaillait pour le ministère de l'Agriculture — Elle a organisé le congrès de la Farm Writers' Association avec l'approbation et l'autorisation de ses supérieurs — Une partie de ses responsabilités dans le cadre du congrès consistait à s'occuper de l'accueil à la suite de réception — La plaignante affirme qu'elle a été victime d'actes de harcèlement sexuel de la part d'un employé de niveau supérieur du ministère de l'Agriculture à la suite de réception après 2 h du matin, en violation des art. 7 et 14 de la Loi canadienne sur les droits de la personne — Le Tribunal s'est concentré sur la question de savoir si le Ministère avait une autorité ou un contrôle sur l'organisation du congrès et sur celle de savoir si les fonctions quotidiennes de la plaignante l'obligeaient à organiser le congrès, pour déterminer si le harcèlement reproché n'était pas survenu dans le cadre de l'emploi ou en matière d'emploi —

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

related to employment — Otherwise, intolerable burden on employers of those who travel, attend conferences.

### **Johnson & Johnson Inc. v. Canada (C.A.)..... 137**

Income tax — Income calculation — Appeal from Trial Division decision sales tax refund for period 1975-1981 income to be included in taxpayer's 1983 taxation year — Taxpayer selling health care products exempt from sales tax — Refund of wrongly paid tax issued on January 4, 1982 — 1982 taxation year ending January 3, 1982 — Refund not receivable in 1982 — Timing of essence — No right to receive refund until favourable decision made by MNR acting as quasi-judicial tribunal — Trial Judge wrong in ordering refund to be included in 1983 taxation year — Refund of taxes charged as expenses in year of payment but wrongly paid must be brought into computation of income for years in which paid and charged — Matter referred back to MNR for reconsideration.

Customs and excise — Excise Tax Act — Federal sales tax paid during period 1975-1981 on sanitary napkins found exempt from tax — Taxpayer entitled to claim refund under Excise Tax Act, s. 44 — No right to receive refund unless favourable decision made by Minister acting as quasi-judicial tribunal — Issues of timing for income tax purposes.

### **Liebmann v. Canada (Minister of National Defence) (T.D.)..... 3**

Crown — Practice — Parties — Motion to amend style of cause to replace Minister of National Defence and Chief of Defence Staff with Her Majesty the Queen or Attorney General of Canada — No requirement to initiate action solely against Crown or Attorney General — No provision prohibiting actions against Ministers or government officials in representative capacity — Person knowledgeable of matters at issue to be examined for discovery on behalf of defendants — Question as to who can appropriately be examined premature.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

La principale question litigieuse est une question de droit — La norme d'analyse applicable est fondée sur la justesse de la décision — Le Tribunal n'a pas commis d'erreur dans son exposé des critères à appliquer pour trancher la question en litige — Le Tribunal a commis une erreur dans son application des critères, mais la Cour en arrive à la même conclusion — Peu de temps après que la suite de réception a été effectivement fermée, la plaignante a cessé d'agir dans le cadre de son emploi ou en matière d'emploi — Conclure autrement aurait pour effet d'imposer une responsabilité intolérable aux employeurs des personnes qui se déplacent et qui participent à des congrès.

### **Johnson & Johnson Inc. c. Canada (C.A.)..... 137**

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Appel d'une décision de la Section de première instance selon laquelle la remise de la taxe de vente payée à l'égard de la période 1975-1981 constitue un revenu à inclure à l'égard de l'année d'imposition 1983 de la contribuable — La contribuable vend des produits de santé exonérés de la taxe de vente — La remise de la taxe de vente payée à tort a été faite le 4 janvier 1982 — L'année d'imposition 1982 se terminait le 3 janvier 1982 — La remise n'était pas une somme à recevoir en 1982 — Les dates sont capitales — Il n'existe aucun droit de recevoir une remise tant qu'une décision favorable n'est pas rendue par le MRN qui exerce les pouvoirs d'un tribunal quasi-judiciaire — Le juge de première instance a ordonné à tort d'inclure le montant de la remise dans le calcul du revenu pour l'année d'imposition 1983 — La remise des taxes imputées comme des dépenses au cours de l'année de leur paiement mais qui n'auraient jamais dû être payées doit être incluse dans le calcul du revenu pour les années où ces taxes ont été payées ou imputées — L'affaire est renvoyée au MRN pour nouvel examen.

Douanes et accise — Loi sur la taxe d'accise — Taxe de vente fédérale payée pendant la période 1975-1981 sur des serviettes hygiéniques jugées non assujetties à la taxe — Le contribuable a le droit de demander une remise en application de l'art. 44 de la Loi sur la taxe d'accise — Il n'existe aucun droit de recevoir une remise à moins que le ministre, dans l'exercice des pouvoirs d'un tribunal quasi-judiciaire, ne rende une décision favorable — Questions relatives aux dates applicables pour les fins de l'impôt.

### **Liebmann c. Canada (Ministre de la Défense nationale) (1<sup>re</sup> inst.)..... 3**

Couronne — Pratique — Parties — Requête visant à modifier l'intitulé de la cause pour remplacer le ministre de la Défense nationale et le chef d'état-major de la Défense par Sa Majesté la Reine ou le procureur général du Canada — Il n'est pas requis d'intenter une action uniquement contre la Couronne ou le procureur général — Aucune disposition n'interdit d'intenter une action contre des ministres ou des hauts fonctionnaires de l'État en leur qualité de représentants — La personne désignée qui serait soumise à l'interrogatoire préalable pour le compte des défendeurs serait bien au fait des points en litige —

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Injunctive relief available against officers of Crown — Especially in constitutional cases where jurisdiction in courts, under Constitution Act, 1982, s. 24 to grant whatever remedies appropriate in circumstances.

Practice — Parties — Intervention — Motion to add League for Human Rights of B'nai Brith as plaintiff or intervenor in challenging constitutional validity of Armed Forces policy of denying members opportunity of participating in some peacekeeping operations because of cultural, religious or other sensitivities of peacekeeping partners or of host countries — League added as intervenor, not co-plaintiff, as private litigant could sustain action on own.

Practice — Parties — Standing — Open to plaintiff to seek anticipatory relief, to challenge constitutionality of provisions of governmental instrument or policy which could be applied to his detriment.

Practice — Pleadings — Motion to strike — For pleading evidence, not facts — Pleading of bit of evidence not of great moment if relevant, neither prejudicial nor hindering progress of litigation.

### M.N.R. v. Neuman (T.D.) ..... 154

Income tax — Income calculation — Dividends — Appeal from Tax Court decision dividends received by defendant's wife should not be attributed to defendant — Defendant incorporating company, making wife sole director to split income from another company — Defendant having sole voting share — Based upon defendant's recommendation, wife directing company to pay dividend — MNR reassessed defendant, pursuant to s. 56(2), by including in his income dividends received by wife — Two qualifications to application of s. 56(2): dividend payments would otherwise have been obtained by reassessed taxpayer; payment "benefit" for which no adequate consideration — S. 56(2) not applicable to dividends generally because first condition not met as, until declared, dividends belonging to company — No distinction between arm's-length and non-arm's length transactions in application of s. 56(2) — Condition precedent to application of s. 56(2) that payee not be subject to tax on amount received when reassessed taxpayer had no entitlement to payment not satisfied. — ITA containing no general scheme to prevent income splitting.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

La question de savoir qui peut être interrogé au préalable est prématurée.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — Injonction possible contre les fonctionnaires de la Couronne — Particulièrement dans les affaires constitutionnelles où, aux termes de l'art. 24 de la Loi constitutionnelle de 1982, les tribunaux ont compétence pour accorder les mesures de réparation qui conviennent dans les circonstances.

Pratique — Parties — Intervention — Requête visant à ajouter la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith à titre de demanderesse ou d'intervenante dans la contestation de la validité constitutionnelle d'une politique des Forces armées selon laquelle un militaire peut se voir refuser la possibilité de prendre part à des opérations de maintien de la paix en raison des sensibilités culturelles, religieuses ou autres susceptibilités d'autres parties en cause ou des pays hôtes — La Ligue est ajoutée à titre d'intervenante et non à titre de codemanderesse, puisqu'une partie privée pourrait soutenir par elle-même l'action.

Pratique — Parties — Qualité pour agir — Il est loisible au demandeur de solliciter un redressement par anticipation, de contester la constitutionnalité des dispositions d'un instrument ou d'une politique de l'État qui est susceptible d'être appliquée en sa défaveur.

Pratique — Plaidoiries — Requête en radiation — Pour le motif qu'on y plaide des éléments de preuve et non des faits — Le fait de plaider un élément de preuve n'est pas terriblement important s'il est pertinent, s'il ne nuit pas à la conduite de l'instance ni ne la retarde.

### M.R.N. c. Neuman (1<sup>re</sup> inst.)..... 154

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Dividendes — Appel de la décision par laquelle la Cour de l'impôt a statué que les dividendes versés à l'épouse du défendeur ne devaient pas être attribués à ce dernier — Le défendeur a constitué une société, et a élu son épouse comme seule administratrice, en vue de fractionner le revenu d'une autre société — Le défendeur détenait la seule action assortie d'un droit de vote — Suivant la recommandation du défendeur, l'épouse de ce dernier a fait verser des dividendes par la société — Conformément à l'art. 56(2), le MRN a établi une nouvelle cotisation à l'égard du défendeur, en incluant dans son revenu les dividendes versés à son épouse — Deux conditions d'application de l'art. 56(2): les dividendes auraient autrement été versés au contribuable à l'égard duquel une nouvelle cotisation est établie; le versement est un «avantage» pour lequel il n'y a eu aucune contrepartie suffisante — L'art. 56(2) ne s'applique pas aux dividendes en général car la première condition n'a pas été remplie puisque, tant qu'ils ne sont pas déclarés, les dividendes appartiennent à la société — Aucune distinction entre les opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance dans l'application de l'art. 56(2) — La condition d'application de l'art. 56(2), à savoir que le bénéficiaire n'est pas assujéti à l'impôt à l'égard du montant reçu lorsque le contribuable à

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Martinoff v. Canada (C.A.)..... 33**

Criminal justice — Firearms — Appeal from dismissal of application for judicial review of RCMP Commissioner's refusal to issue national business permit to sell firearms pursuant to Criminal Code, s. 110(5) — Not considering application on merits as not wanting to interfere with existing provincial administration of scheme — Commissioner having jurisdiction under ss. 110(5),(10) to issue permit effective in more than one province — No agreement with provinces can nullify power given Commissioner by Parliament — Commissioner ordered to consider application on merit but Court not dictating result as reasons may exist to deny permit or impose conditions in public interest.

### **Namitabar v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.)..... 42**

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Application for judicial review of Refugee Division's decision applicants not Convention refugees — Applicants from Iran — Female applicant sent home from school, threatened with expulsion for criticizing requirement of wearing chador (piece of cloth used as cloak, veil) — Twice brought before komiteh for disobeying clothing code — Sentenced to ten strokes of whip or fine second time — Failure of woman to wear chador criminal offence in Iran punishable by 74 strokes of whip — Refugee Division finding partial lack of credibility based on inconsequential omissions, and holding as wearing of chador law of general application in Iran no persecution, discrimination — Refugee Division erred in ambiguous conclusion applicant lacking credibility — Also erred in not noting, in some circumstances, law of general application can be applied so as to be persecutory — Penalty for breach of clothing code disproportionate — Inflicted without procedural guarantees — Context of harassment and intimidation herein for which disobedience of clothing code political act giving rise to valid fear of persecution connected with political opinion — In country where oppression of women institutionalized, any independent view or act opposed to clothing code seen as opposition to established theocratic regime — Refugee Division also erred in dismissing 13-year-old brother's claim without any discussion of circumstances — Each family member's claim must be considered on own merits.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

l'égard duquel est établie une nouvelle cotisation n'avait aucun droit au versement, n'est pas remplie — Rien dans le régime de la Loi n'interdit le fractionnement du revenu.

### **Martinoff c. Canada (C.A.)..... 33**

Justice criminelle et pénale — Armes à feu — Appel à l'encontre du rejet de la demande de contrôle judiciaire du refus du commissaire de la GRC de délivrer un permis national d'exploitation d'entreprise de vente d'armes à feu conformément à l'art. 110(5) du Code criminel — Le commissaire n'a pas étudié le bien-fondé de la demande, ne voulant pas intervenir dans l'administration des régimes provinciaux existants — En vertu des art. 110(5) et 110(10), le commissaire est habilité à délivrer des permis valides dans plus d'une province — Aucun accord conclu avec les provinces ne peut retirer le pouvoir que le législateur a conféré au commissaire — Le commissaire a reçu l'ordre d'étudier le bien-fondé de la demande, sans que la Cour lui dicte sa décision parce qu'il peut exister des raisons de refuser le permis ou d'imposer des conditions dans l'intérêt public.

### **Namitabar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1<sup>re</sup> inst.)..... 42**

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Demande de contrôle judiciaire de la décision de la section du statut selon laquelle les requérants ne sont pas des réfugiés au sens de la Convention — Les requérants viennent de l'Iran — La requérante a été renvoyée de l'école et menacée d'expulsion pour avoir critiqué la pratique de porter le tchador (pièce de tissu servant de manteau, de voile) — Amenée deux fois devant le komiteh pour avoir désobéi au code vestimentaire — La seconde fois, elle est condamnée à dix coups de fouet ou à une amende — Le manque de respect au port du tchador par une femme est considéré comme un acte criminel en Iran, punissable par 74 coups de fouet — La section du statut a relevé une absence partielle de crédibilité de la requérante en se fondant sur des omissions qu'elle reconnaît être sans gravité, et elle a décidé qu'il s'agissait d'une loi d'application générale en Iran et que, par conséquent, on ne pouvait parler ni de persécution ni de discrimination — La section du statut a commis une erreur en concluant de façon ambiguë au manque de crédibilité de la requérante — Elle a aussi commis une erreur en ne retenant pas que, dans certaines circonstances, une loi d'application générale peut être appliquée de telle façon à entraîner de la persécution — La peine pour une infraction au code vestimentaire est disproportionnée — Cette peine est infligée en l'absence de garanties procédurales — La situation présente révèle qu'il existe un contexte de harcèlement et d'intimidation pour lequel le manquement au code vestimentaire peut être caractérisé comme geste politique sur lequel repose une crainte bien fondée de persécution en raison d'opinions politiques — Dans un pays où l'oppression des femmes est institutionnalisée, toute opinion d'indépendance, tout geste contraire à l'imposition d'une norme vestimentaire sera perçu comme une manifestation d'opposition au régime théocratique en place — La sec-

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Penate v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.)..... 79**

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Exclusion, on grounds of serious reasons for considering applicant had committed international offences, in application of Immigration Act, s. 2(1) and U.N. Convention Relating to Status of Refugees, Art. 1(F) — Degree of participation constituting complicity — Complicity where applicant aware Salvadoran army, of which member, committing international offences, not dissociating himself from army, and accepting positions of higher responsibility such as teaching, planning and executing counter-insurgency operations.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Dependent applicant's claim — How to deal with such claim where principal applicant subject to exclusion for international offences — Claim to be considered independently of principal claimant's, not automatically falling with dismissal of principal claim.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Changed country conditions in context of claim for refugee status — Criteria suggested in Hathaway: *The Law of Refugee Status*, considered — Sufficient for CRDD panels to weigh evidence of changed country conditions in balance with all other evidence in assessing claim — Durability, effectiveness, substantiality relevant factors.

### **Shirwa v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.)..... 51**

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Member of Somalian clan persecuted by larger clans, military for religious practices — Led to believe represented before CRDD by lawyer — "Counsel", non-lawyer, representing applicant in entirely incompetent manner — Law Society unable to afford relief as "counsel" not member — Incompetence of counsel ground for judicial review when breach of natural justice — Negligence of counsel specific, demonstrated by evidence — Fair hearing denied — Tribunal erred in finding no objective basis to fear persecution — Need not prove post persecution — Failure to consider evidence of persecution of applicant's clan.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

tion du statut a aussi commis une erreur en rejetant la revendication du frère de la requérante, âgé de 13 ans, sans aucune discussion des circonstances qui lui étaient particulières — La demande de chaque membre de la famille doit être considérée individuellement.

### **Penate c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1<sup>re</sup> inst.) ..... 79**

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Exclusion, fondée sur des raisons sérieuses de penser que le requérant avait commis des crimes internationaux, en application de l'art. 2(1) de la Loi sur l'immigration et de la section F de l'article premier de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés — Degré de participation qui constitue la complicité — Il y a eu complicité du fait que le requérant savait que l'armée salvadorienne, dont il faisait partie, avait commis des crimes internationaux, ne s'était pas dissocié de l'armée et avait accepté des postes de plus grande responsabilité, savoir qu'il avait enseigné, planifié et effectué des opérations de contre-insurrection.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Revendication accessoire de la requérante — Comment statuer sur une telle revendication lorsque le principal requérant était sujet à exclusion pour des crimes internationaux — Revendication devant être examinée indépendamment de celle du demandeur principal, ne tombant pas automatiquement avec le rejet de la revendication principale.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Changement de conditions au pays d'origine dans le contexte de la revendication du statut de réfugié — Examen des critères proposés dans Hathaway: *The Law of Refugee Status* — Il suffit que les tribunaux de la SSR mettent en balance la preuve du changement de conditions au pays d'origine et tous les autres éléments de preuve dans l'examen d'une revendication — Le caractère durable, efficace et réel est pertinent.

### **Shirwa c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1<sup>re</sup> inst.) ..... 51**

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Membre d'un clan somalien victime de persécution de la part des grands clans et des militaires en raison de certaines pratiques religieuses — Le requérant a été amené à croire qu'il était représenté par un avocat devant la SSR — Un «conseil», qui n'était pas avocat, a représenté le requérant de façon tout à fait incompétente — La Société du barreau n'a pu accorder un redressement, car le «conseil» ne faisait pas partie de ses membres — L'incompétence du conseil justifie un contrôle judiciaire lorsqu'il y a violation d'un principe de justice naturelle — La négligence du conseil ressort de la preuve de façon précise — Le requérant n'a pas eu droit à une audience impartiale — Le tribunal a commis une

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

### Thibaudeau v. M.N.R. (C.A.) ..... 189

Income tax — Income calculation — Application for judicial review of Tax Court decision dismissing appeal from assessment — Applicant separated custodial parent — Income Tax Act, s. 56(1)(b) requiring inclusion in income of child support payments made pursuant to divorce judgment (inclusion/deduction system) — Separated custodial parents subject to discrimination based on family status — Cannot rely on general obligation in family law to gross up maintenance payments to take account of tax consequences in Charter-based attack — Awarding of child support imprecise, discretionary — Not legitimate to look outside income tax system to correct injustice created thereby — If charge offending Charter, s. 15, logically indefensible to claim no breach because source can adjust to correct inequality.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Income Tax Act, s. 56(1)(b) requiring inclusion in income of child support payments made pursuant to judgment — Not discriminating on ground of sex — Legislation adversely affecting men and women not discriminating on ground of sex solely because women (or men) affected more numerous — Focus not on numbers, but on nature of effect — Legislation discriminating on ground of sex only when some members of one sex more adversely affected than equivalent group of opposite sex — Neither phrase “separated custodial parent” nor any of its components constituting ground analogous to those enumerated in s. 15 — Separated custodial parents subject to discrimination based on “family status” — Discrete and insular minority historically suffering prejudice and in need of protection.

Constitutional law — Charter of Rights — Limitation clause — Income Tax Act, s. 56(1)(b), requiring inclusion in income of child support payments made pursuant to judgment, discriminating against separated custodial parents on ground of family status — Objective of inclusion/deduction system (tax subsidy allowing former spouses greater financial resources than when living together, compensating in part for lost economies of maintaining single household) sufficiently important to warrant Charter breach — S. 56(1)(b) and objective rationally connected — S. 1 justification failing because system not meeting minimum impact, proportionality tests — Evidence

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

erreur en concluant que la crainte d'être persécuté n'était pas objective — La preuve d'une persécution antérieure n'est pas requise — Le tribunal a omis de tenir compte de la preuve relative à la persécution du clan auquel le requérant appartenait.

### Thibaudeau c. M.R.N. (C.A.) ..... 189

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Cour de l'impôt a rejeté l'appel d'une cotisation — La requérante est un parent séparé ayant la garde des enfants — L'art. 56(1)(b) de la Loi de l'impôt sur le revenu requiert l'inclusion dans le revenu de la pension alimentaire pour les enfants reçue conformément à un jugement de divorce (système inclusion-déduction) — Les parents séparés ayant la garde des enfants sont victimes d'une discrimination fondée sur la situation de famille — Dans le cadre d'une contestation fondée sur la Charte, on ne peut se fier sur l'obligation générale en droit de la famille de majorer la pension alimentaire de manière à tenir compte de ses conséquences fiscales — La détermination des pensions alimentaires pour enfants est imprécise et discrétionnaire — Il ne convient pas de chercher à l'extérieur du régime fiscal la réparation d'une injustice que ce régime a lui-même créée — Si l'obligation porte atteinte à l'art. 15 de la Charte, on ne peut logiquement soutenir qu'il n'y a aucune violation parce que la source peut être rajustée de façon à corriger l'inégalité.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — L'art. 56(1)(b) de la Loi de l'impôt sur le revenu requiert l'inclusion dans le revenu de la pension alimentaire pour les enfants reçue conformément à un jugement de divorce — Il ne crée pas une discrimination fondée sur le sexe — La loi qui cause des effets préjudiciables aux hommes et aux femmes n'est pas discriminatoire sur le fondement du sexe uniquement parce que les personnes touchées sont en majorité des femmes (ou des hommes) — L'élément clé n'est pas le nombre, mais la nature des effets — Une disposition législative ne crée une discrimination fondée sur le sexe que si certains membres d'un sexe subissent des effets plus préjudiciables que le groupe équivalent du sexe opposé — Ni la phrase «parents séparés qui ont la garde des enfants», ni ses composantes ne constituent un motif analogue à ceux qui sont énumérés à l'art. 15 — Les parents séparés qui ont la garde de leurs enfants sont victimes de discrimination fondée sur la «situation de famille» — Ils sont une minorité discrète et isolée ayant traditionnellement été victime de préjudice et nécessitant une protection.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — L'art. 56(1)(b) de la Loi de l'impôt sur le revenu, qui requiert l'inclusion dans le revenu de la pension alimentaire pour les enfants reçue conformément à un jugement, crée une discrimination à l'égard des parents séparés qui ont la garde de leurs enfants sur le fondement de la situation de famille — L'objectif poursuivi par le système inclusion-déduction (avantage fiscal qui donne aux ex-conjoints de plus grandes ressources financières que s'ils vivaient ensemble, compensant en partie pour l'économie perdue que constitue le fait de maintenir un seul foyer) est suffisamment important pour justifier une

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

system frequently failing to benefit those intended to benefit, usually benefitting those not in need of assistance, and containing no corrective mechanisms to remedy problem.

Judicial review — Equitable remedies — Declarations — Court asked to delay invalidity declaration to allow for amendment of legislation — Court unable to delay declaration Income Tax Act, s. 56(1)(b) invalid on application for judicial review of Tax Court decision — Could only order Tax Court dispose of appeal as Court might have done originally — Rights of individuals guaranteed by supreme law of country not suspended without very strong reasons therefor.

## SOMMAIRE (Fin)

violation de la Charte — Il existe un lien rationnel entre l'art. 56(1)(b) et son objectif — Le système n'est pas justifié au regard de l'article premier car il ne satisfait pas aux critères de l'atteinte minimale et de proportionnalité — Preuve que le système fréquemment n'arrive pas à accorder un bénéfice à ceux qu'il est censé aider, il avantage presque toujours ceux qui n'ont pas besoin d'aide, et il ne contient aucun mécanisme de correction conçu pour remédier à la situation.

Contrôle judiciaire — Recours en *equity* — Jugements déclaratoires — Demande à la Cour de retarder toute déclaration d'invalidité afin de permettre que des modifications soient apportées à la Loi — La Cour ne peut retarder la déclaration que l'art. 56(1)(b) de la Loi de l'impôt sur le revenu est invalide dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Cour de l'impôt — La Cour ne peut qu'ordonner que la Cour de l'impôt tranche l'appel d'une manière que cette Cour elle-même aurait pu faire initialement — Les droits des individus qui leur sont garantis par la loi suprême du pays ne peuvent être suspendus sans motifs très convaincants.

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

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**1994, Vol. 2, Part 1**

**1994, Vol. 2, 1<sup>er</sup> fascicule**



T-306-93

T-306-93

**Lieutenant (N) Andrew S. Liebmann, Canadian Forces (Reserve) (Plaintiff)**

**Le lieutenant de vaisseau Andrew S. Liebmann, Forces canadiennes (Réserve) (demandeur)**

v.

a c.

**Minister of National Defence and Chief of the Defence Staff (Defendants)**

**Le ministre de la Défense nationale et le chef d'état-major de la Défense (défendeurs)**

*INDEXED AS: LIEBMANN v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL DEFENCE) (T.D.)*

*b RÉPERTORIÉ: LIEBMANN c. CANADA (MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Reed J.—Vancouver, September 8; Ottawa, October 8, 1993.

c Section de première instance, juge Reed—Vancouver, 8 septembre; Ottawa, 8 octobre 1993.

*Crown — Practice — Parties — Motion to amend style of cause to replace Minister of National Defence and Chief of Defence Staff with Her Majesty the Queen or Attorney General of Canada — No requirement to initiate action solely against Crown or Attorney General — No provision prohibiting actions against Ministers or government officials in representative capacity — Person knowledgeable of matters at issue to be examined for discovery on behalf of defendants — Question as to who can appropriately be examined premature.*

*d Couronne — Pratique — Parties — Requête visant à modifier l'intitulé de la cause pour remplacer le ministre de la Défense nationale et le chef d'état-major de la Défense par Sa Majesté la Reine ou le procureur général du Canada — Il n'est pas requis d'intenter une action uniquement contre la Couronne ou le procureur général — Aucune disposition n'interdit d'intenter une action contre des ministres ou des hauts fonctionnaires de l'État en leur qualité de représentants — La personne désignée qui serait soumise à l'interrogatoire préalable pour le compte des défendeurs serait bien au fait des points en litige — La question de savoir qui peut être interrogé au préalable est prématurée.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Injunctive relief available against officers of Crown — Especially in constitutional cases where jurisdiction in courts, under Constitution Act, 1982, s. 24 to grant whatever remedies appropriate in circumstances.*

*f Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — Injonction possible contre les fonctionnaires de la Couronne — Particulièrement dans les affaires constitutionnelles où, aux termes de l'art. 24 de la Loi constitutionnelle de 1982, les tribunaux ont compétence pour accorder les mesures de réparation qui conviennent dans les circonstances.*

*Practice — Parties — Intervention — Motion to add League for Human Rights of B'nai Brith as plaintiff or intervenor in challenging constitutional validity of Armed Forces policy of denying members opportunity of participating in some peacekeeping operations because of cultural, religious or other sensitivities of peacekeeping partners or of host countries — League added as intervenor, not co-plaintiff, as private litigant could sustain action on own.*

*g Pratique — Parties — Intervention — Requête visant à ajouter la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith à titre de demanderesse ou d'intervenante dans la contestation de la validité constitutionnelle d'une politique des Forces armées selon laquelle un militaire peut se voir refuser la possibilité de prendre part à des opérations de maintien de la paix en raison des sensibilités culturelles, religieuses ou autres susceptibilités d'autres parties en cause ou des pays hôtes — La Ligue est ajoutée à titre d'intervenante et non à titre de codemanderesse, puisqu'une partie privée pourrait soutenir par elle-même l'action.*

*Practice — Parties — Standing — Open to plaintiff to seek anticipatory relief, to challenge constitutionality of provisions of governmental instrument or policy which could be applied to his detriment.*

*h Pratique — Parties — Qualité pour agir — Il est loisible au demandeur de solliciter un redressement par anticipation, de contester la constitutionnalité des dispositions d'un instrument ou d'une politique de l'État qui est susceptible d'être appliquée en sa défaveur.*

*Practice — Pleadings — Motion to strike — For pleading evidence, not facts — Pleading of bit of evidence not of great moment if relevant, neither prejudicial nor hindering progress of litigation.*

*j Pratique — Plaidoiries — Requête en radiation — Pour le motif qu'on y plaide des éléments de preuve et non des faits — Le fait de plaider un élément de preuve n'est pas terriblement important s'il est pertinent, s'il ne nuit pas à la conduite de l'instance ni ne la retarde.*

This litigation related to the alleged refusal to post the plaintiff to a position in the Middle East during the Gulf War because he was Jewish and the validity of certain policies of the Canadian Armed Forces which provide that some of its members may be denied the opportunity of participating in some peacekeeping operations because of the cultural, religious and other sensitivities of other parties to that operation or of host countries.

These were a series of applications of a procedural nature: whether the claim joined together two unrelated causes of action, one of which could not stand on the basis of the pleadings as they presently existed; whether portions of the pleadings should be struck as pleading evidence rather than facts; who was the proper defendant; whether the League for Human Rights of the B'nai Brith Canada (the League) should be added either as a plaintiff or as an intervenor.

### Two Separate Causes of Action?

Plaintiff attacked both the denial, based on DCDS 9/83 then in force, of a posting to the Middle East, and the constitutional validity of policy CFAO 20-53, the continuation of and replacement for DCDS 9/83. There was no challenge to the plaintiff's right to attack his denial. What was challenged (by means of a motion to strike the paragraphs of the statement of claim which related to the constitutional challenge to CFAO 20-53) was the plaintiff's right to challenge the constitutional validity of CFAO 20-53 since it was not in force when the denial of a posting occurred and since there was an insufficient factual background to allow it.

*Held*, this motion should be dismissed.

It was open to the plaintiff to seek anticipatory relief, to challenge the constitutionality of the provisions of a governmental instrument or policy which can potentially be applied to his or her detriment.

Furthermore, at this stage, one assumes that the facts as pleaded are true. It was asserted that CFAO 20-53 was merely the successor to and a continuation of DCDS 9/83 and that the latter had been applied to the plaintiff. These factors provided a sufficient nexus to allow the constitutional challenge on the basis of the pleadings as they stand.

With respect to the alleged absence of the factual underpinning necessary to the constitutional challenge, the paragraphs of the statement of claim concerning that challenge should not be struck out at this stage, before discoveries have been held and before the plaintiff has had an opportunity to adduce evidence at trial.

### Pleading Evidence Not Facts

The defendants moved that certain paragraphs of the statement of claim be struck out because they pleaded evidence, not facts.

*Held*, this motion should be dismissed.

Le présent litige porte sur le refus présumé d'affecter le demandeur à un poste au Moyen-Orient durant la Guerre du Golfe parce qu'il est juif, ainsi que sur la validité de certaines politiques des Forces armées du Canada, selon lesquelles des militaires peuvent se voir refuser la possibilité de prendre part à des opérations de maintien de la paix en raison des sensibilités culturelles, religieuses ou autres susceptibilités d'autres parties en cause ou des pays hôtes.

Une série de demandes de nature procédurale ont été introduites: la demande joint-elle deux causes d'action non liées, dont une ne peut être maintenue sur la foi des plaidoiries, dans la forme où elles ont été soumises? Faut-il rayer ou non certains passages de ces plaidoiries parce qu'ils concernent des preuves plutôt que des faits? Qui est la partie défenderesse légitime? La Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada (la Ligue) doit-elle être ajoutée soit comme demanderesse soit comme intervenante?

### Caractère distinct des causes d'action

Le demandeur conteste tant le refus, fondé sur la DCDS 9/83 alors en vigueur, de l'affecter à un poste au Moyen-Orient, que la validité constitutionnelle de la politique énoncée dans l'O AFC 20-53, le prolongement et le remplacement de la DCDS 9/83. On n'a pas contesté le droit du demandeur de contester ce refus. Ce qui est contesté (par la voie d'une requête en radiation des paragraphes de la déclaration qui portent sur la contestation constitutionnelle de l'O AFC 20-53) est le droit du demandeur de contester la validité constitutionnelle de l'O AFC 20-53 car il n'était pas en vigueur au moment du refus d'affectation et le contexte factuel était insuffisant pour l'accueillir.

*Jugement*: la requête doit être rejetée.

Il était loisible au demandeur de solliciter un redressement par anticipation, de contester la constitutionnalité des dispositions d'un instrument ou d'une politique de l'État qui est susceptible d'être appliquée en sa défaveur.

Par ailleurs, à ce stade-ci de l'action, on suppose que les faits plaidés sont véridiques. Il est dit que l'O AFC 20-53 ne fait que succéder à la DCDS 9/83, qu'elle en est le prolongement, et que cette dernière a été appliquée au demandeur. Ces facteurs comportent un lien suffisant pour permettre la contestation constitutionnelle sur la foi des plaidoiries soumises.

En ce qui concerne l'absence présumée d'un fondement factuel nécessaire à la contestation constitutionnelle, les paragraphes de la déclaration qui concernent cette contestation ne devraient pas être radiés à ce stade-ci de l'action, avant que des interrogatoires préalables soient tenus et que le demandeur ait eu la possibilité de produire des éléments de preuve à l'instruction.

### Plaider des éléments de preuve et non des faits

Les défendeurs demandent que certains paragraphes de la déclaration soient radiés parce qu'ils plaident des éléments de preuve et non des faits.

*Jugement*: la requête doit être rejetée.

The line between facts and evidence in a pleading was not distinct. The pleading of a bit of evidence was not of great moment if, as in the present case, the pleading was brief, the facts pleaded were relevant, they were not prejudicial to the conduct of the defence and their inclusion should promote rather than hinder from an expeditious proceeding.

#### Proper Defendants

The defendants moved, based on sections 17 and 48 of the *Federal Court Act* when read together with Rule 600 of the *Federal Court Rules* and subsection 23(1) of the *Crown Liability and Proceedings Act*, that the style of cause should be amended so as to replace the Minister of National Defence and the Chief of the Defence Staff with either Her Majesty the Queen or the Attorney General of Canada.

*Held*, this motion should be dismissed.

Those provisions should not be read as prohibiting actions against ministers or government officials in their representative capacity where such actions would previously have been possible. An historical review of some of the history of sections 17 and 48 of the *Federal Court Act* shows that the immunity of the Crown from being sued in tort or for breach of contract was gradually removed. Case law has established that where it is sought to declare a regulation made by a governmental authority other than the Government itself to be void, the action should be taken against the person vested with the power the limits of which are in question. The defendants expressed a concern that, if the Minister of National Defence and the Chief of the Defence Staff remain as the defendants, the plaintiff may seek to obtain discovery from each of them, while the government could put forward an officer of its choosing were Her Majesty or the Attorney General named as defendant. The Court was confident that the person designated for discovery on behalf of the defendants would be knowledgeable as to the matters at issue. If not, the Court could intervene to ensure that an appropriate person was examined.

In the present case, since the challenge was a constitutional one, the debate as to the appropriateness of granting injunctions against officers of the Crown when that injunction operates against them in their representative capacity only as opposed to against them in their personal capacity would be irrelevant since the Court had jurisdiction pursuant to section 24 of the *Constitution Act, 1982* to grant whatever remedies were appropriate in the circumstances.

Upon a review of the case law on injunctions against the Crown and officers of the Crown, it appeared that there was no reason to strike the plaintiff's action as against the present named defendants. There was no impediment, however, to adding Her Majesty the Queen as an additional defendant to the action.

La démarcation qu'il y a entre des faits et des éléments de preuve dans une plaidoirie n'est pas nette. Le fait de plaider un élément de preuve n'est pas terriblement important si, comme en l'espèce, la plaidoirie est brève, les faits plaidés sont pertinents, ils ne nuisent pas à la conduite de la défense, et leur inclusion devrait activer la procédure, et non le contraire.

#### Défendeurs appropriés

Se fondant sur les articles 17 et 48 de la *Loi sur la Cour fédérale*, lorsqu'ils sont lus de pair avec la Règle 600 des *Règles de la Cour fédérale* et avec le paragraphe 23(1) de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, les défendeurs demandent que soit modifié l'intitulé de la cause de manière à remplacer le ministre de la Défense nationale et le chef d'état-major de la Défense soit par Sa Majesté la Reine soit par le procureur général du Canada.

*Jugement*: la requête doit être rejetée.

Ces dispositions n'empêchent pas d'intenter une action contre des ministres ou des hauts fonctionnaires de l'État en leur qualité de représentants lorsque lesdites actions auraient été possibles auparavant. Une revue partielle de l'historique des articles 17 et 48 de la *Loi sur la Cour fédérale* montre que l'impossibilité d'intenter contre la Couronne une action en responsabilité délictuelle ou pour rupture de contrat a peu à peu été éliminée. La jurisprudence a établi que, lorsqu'il est demandé de déclarer nul un règlement pris par une instance gouvernementale autre que le gouvernement lui-même, l'action doit être intentée contre la personne investie du pouvoir dont les limites sont mises en question. Les défendeurs s'inquiètent du fait que si le ministre de la Défense nationale et le chef d'état-major de la Défense demeurent les défendeurs, le demandeur puisse chercher à obtenir que chacun d'eux soit interrogé au préalable, alors que, si les défendeurs sont Sa Majesté la Reine ou le procureur général, le gouvernement pourrait déléguer un fonctionnaire de son choix. La Cour est convaincue que la personne désignée qui serait soumise à l'interrogatoire préalable pour le compte des défendeurs serait bien au fait des points en litige. Si ce n'était pas le cas, la Cour pourrait intervenir pour s'assurer que l'on interroge une personne compétente.

Dans la présente affaire, étant donné que la contestation est de nature constitutionnelle, le débat sur la justesse d'accorder une injonction contre des fonctionnaires de la Couronne lorsque cette injonction agit contre eux en leur qualité de représentants, plutôt qu'en leur qualité personnelle serait sans objet car, aux termes de l'article 24 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la Cour a compétence pour accorder les mesures de réparation qui conviennent dans les circonstances.

L'analyse de la jurisprudence portant sur les injonctions accordées contre la Couronne et contre ses fonctionnaires permet de conclure qu'il n'y a pas de raison de radier l'action du demandeur contre les défendeurs présentement nommés. Il n'y a cependant aucun obstacle à ce qu'on ajoute Sa Majesté la Reine comme partie défenderesse supplémentaire à l'action.

League as Plaintiff or Intervenor

The League's request to be added as co-plaintiff was based upon the Federal Court of Appeal judgment in *Canadian Council of Churches v. Canada*, a decision reversed upon appeal to the Supreme Court of Canada.

*Held*, the League was to be added as an intervenor since it could not on its own sustain an action in this case.

## 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].
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 24.
- Crown Liability Act*, R.S.C. 1970, c. C-38.
- Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21), s. 23 (as am. *idem*, s. 29).
- Exchequer Court General Rules and Orders*, Rule 88.
- Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 48, 64(1).
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2, 17 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3), 48.
- Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 400, 408(1), 600(2),(4).
- National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 3, 4 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 6, s. 10), 12(1), 18(2).
- Petition of Right Act*, R.S.C. 1970, c. P-12.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

- Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086; (1990), 73 D.L.R. (4th) 686; 43 C.P.C. (2d) 165; 112 N.R. 362; *Mathias v. R.*, [1980] 2 F.C. 813; (1980), 2 C.N.L.R. 83 (T.D.); *ABC Extrusion Co. v. Signtech Inc.* (1987), 14 C.I.P.R. 108; 17 C.P.R. (3d) 365; 14 F.T.R. 309 (F.C.T.D.); *Jones et Maheux v. Gamache*, [1969] S.C.R. 119; (1968), 7 D.L.R. (3d) 316; *Carlisle v. The Queen and Minister of Manpower and Immigration* (1967), 65 D.L.R. (2d) 633; 62 W.W.R. 229 (Man. C.A.); *Juandoo v. Attorney General of Guyana*, [1971] A.C. 972 (P.C.); *Canadian Council of Churches v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 236; (1992), 88 D.L.R. (4th) 193; 2 Admin. L.R. (2d) 229; 5 C.P.C. (3d) 20; 8 C.R.R. (2d) 145; 16 Imm. L.R. (2d) 161; 132 N.R. 241; revg [1990] 2 F.C. 534; (1990), 68 D.L.R. (4th) 197; 44 Admin. L.R. 56; 46 C.R.R. 290; 36 F.T.R. 80; 10 Imm. L.R. (2d) 81; 106 N.R. 61 (C.A.).

La Ligue en tant que demanderesse ou intervenante

La requête de la Ligue, qui désire être ajoutée à titre de codemanderesse, repose sur la décision qu'a rendue la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Conseil canadien des Églises c. Canada*, une décision renversée en appel par la Cour suprême du Canada.

*Jugement*: La Ligue doit être ajoutée comme intervenante puisqu'elle ne pourrait soutenir par elle-même une action dans la présente affaire.

## LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].
- Loi 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*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10, art. 48, 64(1).
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2, 17 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3), 48.
- Loi sur la Défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 3, 4 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 6, art. 10), 12(1), 18(2).
- Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50 (mod. par L.C. (1990), ch. 8, art. 21), art. 23 (mod., *idem*, art. 29).
- Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.R.C. 1970, ch. C-38.
- Loi sur les pétitions de droit*, S.R.C. 1970, ch. P-12.
- Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règles 400, 408(1), 600(2),(4).
- Règles et ordonnances générales de la Cour de l'Échiquier*, Règle 88.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086; (1990), 73 D.L.R. (4th) 686; 43 C.P.C. (2d) 165; 112 N.R. 362; *Mathias c. R.*, [1980] 2 C.F. 813; (1980), 2 C.N.L.R. 83 (1<sup>re</sup> inst.); *ABC Extrusion Co. c. Signtech Inc.* (1987), 14 C.I.P.R. 108; 17 C.P.R. (3d) 365; 14 F.T.R. 309 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Jones et Maheux v. Gamache*, [1969] R.C.S. 119; (1968), 7 D.L.R. (3d) 316; *Carlisle v. The Queen and Minister of Manpower and Immigration* (1967), 65 D.L.R. (2d) 633; 62 W.W.R. 229 (C.A. Man.); *Juandoo v. Attorney General of Guyana*, [1971] A.C. 972 (P.C.); *Conseil canadien des Églises c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 236; (1992), 88 D.L.R. (4th) 193; 2 Admin. L.R. (2d) 229; 5 C.P.C. (3d) 20; 8 C.R.R. (2d) 145; 16 Imm. L.R. (2d) 161; 132 N.R. 241; inf. [1990] 2 C.F. 534; (1990), 68 D.L.R. (4th) 197; 44 Admin. L.R. 56; 46 C.R.R. 290; 36 F.T.R. 80; 10 Imm. L.R. (2d) 81; 106 N.R. 61 (C.A.).



## DISTINGUISHED:

*MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357; [1989] 6 W.W.R. 351; (1989), 61 Man. R. (2d) 270; confg (1985), 24 D.L.R. (4th) 587; [1986] 2 W.W.R. 367; 39 Man. R. (2d) 274; 23 C.R.R. 8 (Man. C.A.); (as to status of intervention) *B'Nai Brith Canada League for Human Rights v. Canada (Minister of National Defence)* (1991), 4 C.R.R. (2d) 177; 44 F.T.R. 166 (F.C.T.D.).

## CONSIDERED:

*B'Nai Brith Canada League for Human Rights v. Canada (Minister of National Defence)* (1991), 4 C.R.R. (2d) 177; 44 F.T.R. 166 (F.C.T.D.).

## REFERRED TO:

*Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 93 N.R. 183; *United States of America v. Cotroni*; *United States of America v. El Zein*, [1989] 1 S.C.R. 1469; (1989), 23 Q.A.C. 182; 48 C.C.C. (3d) 193; 96 N.R. 321; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; (1991), 63 C.C.C. (3d) 481; 3 C.R.R. (2d) 1; 127 N.R. 7; 47 O.A.C. 81; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; (1991), 81 D.L.R. (4th) 545; 126 N.R. 161; 48 O.A.C. 241; *Dyson v. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410 (C.A.).

## AUTHORS CITED

de Smith, S. A. *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. by J. M. Evans. London: Stevens & Sons Ltd., 1980.  
 Hogg, Peter W. *Liability of the Crown*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.  
 Holmsted, G. S. *Holmsted and Watson: Ontario Civil Procedure*, vol. 2. Toronto: Carswell, 1984.  
*Holmsted and Gale on the Judicature Act of Ontario and Rules of Practice, annotated*, vol. 2. Toronto: Carswell, 1993.  
 Hughes, Roger T. *Federal Court of Canada Service*, vol. 2. Toronto: Butterworths, 1970.  
 Sgayias, David, et al. *Federal Court Practice 1993*. Toronto: Carswell, 1992.  
 Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*. Toronto: Canada Law Book, 1983.

APPLICATIONS to determine whether the claim joins together two unrelated causes of action; whether portions of the pleading should be struck as pleading evidence rather than facts; who is the proper defendant; whether the League should be added as a plaintiff or as an intervenor. The defendants' motions with respect to the first three matters should be dismissed. The League should be added as an intervenor.

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; [1989] 6 W.W.R. 351; (1989), 61 Man. R. (2d) 270; conf. (1985), 24 D.L.R. (4th) 587; [1986] 2 W.W.R. 367; 39 Man. R. (2d) 274; 23 C.R.R. 8 (C.A. Man.); (quant à la qualité pour intervenir) *B'Nai Brith Canada Ligue des droits de la personne c. Canada (Ministre de la Défense nationale)* (1991), 4 C.R.R. (2d) 177; 44 F.T.R. 166 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISION EXAMINÉE:

*B'Nai Brith Canada Ligue des droits de la personne c. Canada (Ministre de la Défense nationale)* (1991), 4 C.R.R. (2d) 177; 44 F.T.R. 166 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 93 N.R. 183; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*; *États-Unis d'Amérique c. El Zein*, [1989] 1 R.C.S. 1469; (1989), 23 Q.A.C. 182; 48 C.C.C. (3d) 193; 96 N.R. 321; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; (1991), 63 C.C.C. (3d) 481; 3 C.R.R. (2d) 1; 127 N.R. 7; 47 O.A.C. 81; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; (1991), 81 D.L.R. (4th) 545; 126 N.R. 161; 48 O.A.C. 241; *Dyson v. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410 (C.A.).

## DOCTRINE

de Smith, S. A. *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. by J. M. Evans. London: Stevens & Sons Ltd., 1980.  
 Hogg, Peter W. *Liability of the Crown*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.  
 Holmsted, G. S. *Holmsted and Watson: Ontario Civil Procedure*, vol. 2. Toronto: Carswell, 1984.  
*Holmsted and Gale on the Judicature Act of Ontario and Rules of Practice, annotated*, vol. 2. Toronto: Carswell, 1993.  
 Hughes, Roger T. *Federal Court of Canada Service*, vol. 2. Toronto: Butterworths, 1970.  
 Sgayias, David, et al. *Federal Court Practice 1993*. Toronto: Carswell, 1992.  
 Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*. Toronto: Canada Law Book, 1983.

DEMANDES visant à déterminer si la demande joint deux causes d'action non liées, s'il faut rayer ou non certains passages des plaidoiries parce qu'ils concernent des preuves plutôt que des faits, qui est la partie défenderesse légitime, et si la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada doit être ajoutée soit comme demanderesse soit comme intervenante. Les requêtes des défendeurs concernant les trois premières questions doivent être rejetées. La Ligue doit être ajoutée à titre d'intervenante.

## COUNSEL:

*Gerald S. Levey and Sam Hyman* for plaintiff.

*Barbara A. McIsaac and Capt. Roger Strum* for  
defendants.

*David Matas* for the League for Human Rights  
of B'nai Brith Canada.

## SOLICITORS:

*Gerald S. Levey*, Vancouver, for plaintiff.

*Deputy Attorney General of Canada* for defend-  
ants.

*David Matas*, Winnipeg, for the League for  
Human Rights of B'nai Brith Canada.

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

REED J.: A series of applications of a procedural  
nature were brought on together: whether the plain-  
tiff's action is properly framed as a statement of  
claim or more properly should have been brought as  
an application for judicial review; whether the claim  
joins together two unrelated causes of action, one of  
which cannot stand on the basis of the pleadings as  
they presently exist; whether portions of the plead-  
ings should be struck because they plead evidence  
rather than facts; who is the proper defendant;  
whether the League for Human Rights of the B'nai  
Brith Canada (the League) should be added either as  
a plaintiff (as of right or with leave of the Court) or  
as an intervenor.

The issues to which this litigation relates are the  
alleged refusal to post Lieutenant Liebmann to a  
position in the Middle East during the Gulf War  
because he was Jewish and the validity of certain poli-  
cies of the Canadian Armed Forces which provide  
that some of its members may be denied the opportu-  
nity of participating in some peacekeeping operations  
because of the cultural, religious and other sensitivi-  
ties of other parties to that operation or of host coun-  
tries.

Judicial Review or Statement of Claim

With respect to the suggestion that the present  
claim should have been framed as an application for

## AVOCATS:

*Gerald S. Levey et Sam Hyman* pour le deman-  
deur.

*Barbara A. McIsaac et capitaine Roger Strum*  
pour les défendeurs.

*David Matas* pour la Ligue des droits de la per-  
sonne de B'nai Brith Canada.

## PROCUREURS:

*Gerald S. Levey*, Vancouver, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les  
défendeurs.

*David Matas*, Winnipeg, pour la Ligue des  
droits de la personne de B'nai Brith Canada.

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

LE JUGE REED: Une série de demandes de nature  
procédurale ont été introduites ensemble: si l'action  
du demandeur est présentée convenablement sous la  
forme d'une déclaration, ou s'il aurait fallu plutôt  
procéder sous la forme d'une demande de contrôle  
judiciaire; si la demande joint ou non deux causes  
d'action non liées, dont une ne peut être maintenue  
sur la foi des plaidoiries, dans la forme où elles ont  
été soumises; s'il faut rayer ou non certains passages  
de ces plaidoiries parce qu'ils concernent des preuves  
plutôt que des faits; la question de savoir qui est la  
partie défenderesse légitime; et si la Ligue des droits  
de la personne de B'nai Brith Canada (ci-après appe-  
lée la Ligue) doit être ajoutée soit comme demande-  
resse (de droit ou avec la permission de la Cour) soit  
comme intervenante.

Les questions auxquelles se rapporte le présent  
litige sont le refus présumé d'affecter le lieutenant  
Liebmann à un poste au Moyen-Orient durant la  
Guerre du Golfe parce qu'il est juif, ainsi que la vali-  
dité de certaines politiques des Forces armées du  
Canada, selon lesquelles des militaires peuvent se  
voir refuser la possibilité de prendre part à des opéra-  
tions de maintien de la paix en raison des sensibilités  
culturelles, religieuses ou autres susceptibilités  
d'autres parties en cause ou des pays hôtes.

Contrôle judiciaire ou déclaration

L'allégation selon laquelle la présente demande  
aurait dû être formée comme une demande de con-

judicial review rather than a statement of claim, this was essentially abandoned. Both the plaintiff and the defendants restricted their representations to the adequacy of the pleadings in the existing statement of claim.

### Two Separate Causes of Action

With respect to the argument that the present pleadings encompass two independent causes of action, the defendants argue that Lieutenant Liebmann's claim, based on the alleged denial of a posting to the Middle East, is separate and distinct from his constitutional challenge to the validity of policy CFAO 20-53 and that the combination of the two actions in one claim confuses and prejudices the conduct of the litigation. The denial of a posting to Lieutenant Liebmann occurred in January 1991. That posting would have been to an active service situation. CFAO 20-53 only became effective on March 29, 1991 and it relates to peacekeeping missions. The defendants therefore seek to strike out all paragraphs and portions thereof from the statement of claim which relate to the constitutional challenge to CFAO 20-53. It is argued that these are irrelevant to Lieutenant Liebmann's particular situation.

Counsel for Lieutenant Liebmann argues that CFAO 20-53 applies to Lieutenant Liebmann as a member of the armed forces and can be used in the future to deny him posting opportunities. It is argued that Lieutenant Liebmann should have the right to challenge that policy now and not have to wait until it is actually applied to disadvantage him before he can contest its validity. One of the remedies sought in the statement of claim is an injunction preventing the application of the policy. The plaintiff also argues that CFAO 20-53 is merely a continuation of and replacement for DCDS 9/83 which was applied to Lieutenant Liebmann in January of 1991. Counsel for the defendants argues that DCDS 9/83 was not applied to Lieutenant Liebmann, or, if it was applied, it was wrongly applied since that policy applies to peacekeeping, not active service situations.

trôle judiciaire plutôt que comme une déclaration essentiellement été abandonnée. Dans leurs observations, le demandeur et les défendeurs se sont bornés à traiter du caractère adéquat des plaidoiries dans la déclaration existante.

### Caractère distinct des causes d'action

Au sujet de l'argument selon lequel les plaidoiries actuelles embrassent deux causes d'action indépendantes, les défendeurs font valoir que la demande du lieutenant Liebmann, qui fait suite au refus présumé d'être envoyé en affectation au Moyen-Orient, est nettement distincte de sa contestation, fondée sur des motifs d'ordre constitutionnel, de la validité de la politique énoncée dans l'OAFC 20-53, et que la combinaison des deux actions en une demande embrouille le litige et nuit à sa conduite. C'est en janvier 1991 que le lieutenant Liebmann s'est vu refuser une affectation, qui aurait été en situation d'activité. L'OAFC 20-53 n'est entrée en vigueur que le 29 mars 1991, et elle porte sur les missions de maintien de la paix. Les défendeurs cherchent donc à faire radier tous les paragraphes et passages de la déclaration qui ont trait à la contestation constitutionnelle de l'OAFC 20-53, lesquels, allèguent-ils, sont sans rapport avec la situation particulière dans laquelle se trouve le lieutenant Liebmann.

L'avocat du lieutenant Liebmann fait valoir que l'OAFC 20-53 s'applique à son client à titre de membre des Forces armées et qu'elle pourrait servir plus tard à lui refuser des possibilités d'affectation. Il est allégué que le lieutenant Liebmann devrait avoir le droit de contester maintenant cette politique et ne pas avoir à attendre que celle-ci soit réellement appliquée en sa défaveur avant de pouvoir en contester la validité. L'une des mesures de redressement sollicitées dans la déclaration est une injonction empêchant d'appliquer la politique. Le demandeur fait aussi valoir que l'OAFC 20-53 ne fait que remplacer une directive—la DCDS 9/83—que l'on a appliquée au lieutenant Liebmann en janvier 1991. L'avocat du sous-procureur général soutient que la DCDS 9/83 ne s'appliquait pas au lieutenant Liebmann ou, alors, si cela a été le cas, que c'était une erreur puisque cette politique ne concerne que les situations de maintien de la paix et non les situations d'activité.

Counsel for the League noted that on December 28, 1989, the League instituted proceedings in this Court to challenge the constitutional validity of DCDS 9/83. That proceeding was commenced by way of motion. The present defendant (the Minister of National Defence) moved to strike out the application because the proceedings had been brought by way of motion rather than by statement of claim. At the time, it was necessary to proceed by way of statement of claim when seeking a declaration in this Court. The *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] have since been amended.

The defendant's motion to strike the League's application was successful. See *B'Nai Brith Canada Leage for Human Rights v. Canada (Minister of National Defence)* (1991), 4 C.R.R. (2d) 177 (F.C.T.D.). In rendering the decision that that proceeding must be commenced by statement of claim, Mr. Justice Muldoon wrote [at pages 181-182]:

The applicant, a body corporate, is evidently not seeking extraordinary relief for itself, and so, in essence that which it seeks must be in the nature of a declaration, that is judicial declaratory relief. No individual member of the Canadian Forces, who and whose mission would be at risk in a distant land, comes forward to join the applicant in this originating motion. In such circumstances, it is apparent that the applicant, having no personal interest, but only a kind of representational interest, and self-appointed too, would want an order in that nature of a judicial declaration.

Here, what amounts to seeking declarations for and about members of the Canadian Forces, is instituted as *Federal Court Act* s.18 applications in regard to departmental policy said to be directed to safeguard certain members of the forces and certain peacekeeping missions of the forces from undue jeopardy, both personal and operational. Since the applicant has no directly or immediately personal or corporate interest in it, like the Council of Churches, must be seen to be asserting the status of a public interest litigant.

He accordingly struck out the applicant's motion but at the same time granted leave to the League to commence an action by way of statement of claim.

Given this history, counsel for the League takes exception to the defendants' present argument that a constitutional challenge to CFAO 20-53 cannot be

L'avocat de la Ligue a fait remarquer que la Ligue a intenté une action auprès de la présente Cour le 28 décembre 1989 dans le but de contester la validité constitutionnelle de la DCDS 9/83. Cette action a été introduite au moyen d'une requête. Le défendeur en l'espèce—le ministre de la Défense nationale—avait proposé de faire radier la demande parce que l'action avait été introduite par voie de requête plutôt que par voie de déclaration. À l'époque, il était nécessaire de procéder par voie de déclaration lorsque l'on voulait que la présente Cour rende une décision déclaratoire. Les *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663] ont, depuis lors, été modifiées.

La requête du défendeur visant à faire radier la demande de la Ligue a été accueillie. Voir l'affaire *B'Nai Brith Canada Ligue des droits de la personne c. Canada (Ministre de la Défense nationale)* (1991), 4 C.R.R. (2d) 177 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). En décrétant qu'il fallait introduire l'action au moyen d'une déclaration, le juge Muldoon a écrit ce qui suit [aux pages 181 et 182]:

La requérante, qui est une personne morale, n'exerce certainement pas ces recours extraordinaires pour elle-même. Par conséquent, ce qu'elle désire obtenir, en substance, doit ressembler à un jugement déclaratoire. En effet, aucun membre des Forces armées canadiennes dont la vie et la mission seraient en péril à l'étranger n'est venu se joindre à la requérante dans la présente requête introductive d'instance. Dans un tel cas, il est évident que la requérante, qui n'a aucun intérêt personnel, mais uniquement une sorte d'intérêt à caractère représentatif qu'elle s'est elle-même attribué, souhaite obtenir un jugement déclaratoire.

Dans le cas qui nous occupe, c'est au moyen de demandes fondées sur l'article 18 qu'on sollicite, au nom des membres des Forces armées canadiennes et à leur sujet, des jugements déclaratoires relativement à une politique ministérielle censée protéger certains membres des Forces armées et certaines missions de maintien de la paix contre des dangers inutiles sur les plans personnel et opérationnel. Comme la requérante n'a aucun intérêt direct ou immédiat en tant que personne physique ou morale, on doit considérer qu'elle revendique, comme le Conseil des Églises, le statut de protagoniste agissant dans l'intérêt public.

Le juge a donc radié la requête du requérant, mais il a en même temps autorisé la Ligue à introduire une action par la voie d'une déclaration.

Compte tenu de ces antécédents, l'avocat de la Ligue s'objecte à l'argument des défendeurs en l'espèce, savoir que les plaidoiries ne peuvent étayer une

supported by the present pleadings. He argues that that policy is merely a continuation of DCDS 9/83 which the League has been given leave, by Mr. Justice Muldoon, to challenge. He argues, in addition, that if the defendants' motion were to succeed, the effect would be to immunize the policy from constitutional challenge by Lieutenant Liebmann.

What is more, counsel for the League states that the present action is even stronger than would have been the case had an action been brought by the League alone since there is now a member of the armed forces directly involved as plaintiff. Mr. Justice Muldoon indicated [at page 183] that the League's status as a public interest litigant would be enhanced "if someone, a member of the Canadian Forces, whose personal safety would putatively be in jeopardy, would be the applicant." With respect to the particular proceeding which had been brought by the League and which was before Mr. Justice Muldoon, he stated [at page 184]:

Indeed, the Court's discretion [to strike out the application] might have been otherwise exercised if the applicants here had been a woman, a Jew and a Muslim, all members of the Canadian Forces who were otherwise eligible for peacekeeping posting, but diverted from it on the asserted grounds. Indeed, even if not so diverted, such members of the Forces, who could merely possibly be facing the alleged special jeopardy from which their commanders would safeguard them, would make a far more compelling application.

Counsel for the defendants' argument that an insufficient factual background exists to allow a challenge to CFAO 20-53 is based in part on the decisions in: *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at page 1078; *United States of America v. Cotroni*; *United States of America v. El Zein*, [1989] 1 S.C.R. 1469, at pages 1497-1498; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at pages 1010-1011; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, at pages 310-311; *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086; and *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357.

As I understand the *Slaight*, *Cotroni*, *Swain* and *Lavigne* cases, the Supreme Court has held that when the text of a legislative instrument (including

contestation constitutionnelle de l'O AFC 20-53. Il fait valoir que cette dernière n'est qu'un prolongement de la DCDS 9/83, que le juge Muldoon a permis à la Ligue de contester. Il soutient par ailleurs que le fait d'accueillir la requête des défendeurs aurait pour conséquence de mettre la politique en question à l'abri de toute contestation constitutionnelle de la part du lieutenant Liebmann.

Qui plus est, l'avocat de la Ligue déclare que la présente action a encore plus de poids que s'il s'était agi d'une action que la Ligue aurait introduite seule, car un membre des Forces armées est maintenant directement concerné à titre de demandeur. Le juge Muldoon avait indiqué [à la page 183] que la Ligue aurait plus de poids en tant que «protagoniste agissant dans l'intérêt public» si «le requérant était une personne, p. ex. un membre des Forces armées canadiennes, dont la sécurité personnelle serait putativement menacée». En ce qui a trait à l'action particulière qu'avait introduite la Ligue et dont le juge Muldoon était saisi, ce dernier a déclaré ceci [à la page 184]:

De fait, la décision de la Cour aurait pu être différente si les requérants en l'espèce avaient été une femme, un juif et un musulman: ces trois personnes sont toutes des membres des Forces armées canadiennes qui pouvaient autrement participer à des missions de maintien de la paix, mais qui en ont été écartées pour les motifs invoqués. Et même si elles n'avaient pas été ainsi écartées, ces personnes, qui pourraient simplement faire face éventuellement au soi-disant péril particulier contre lesquels leurs commandants voudraient les protéger, présenteraient une demande beaucoup plus convaincante.

L'argument de l'avocat des défendeurs selon lequel il n'existe pas assez d'antécédents de fait pour pouvoir contester l'O AFC 20-53 repose en partie sur les arrêts suivants: *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la page 1078; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*; *États-Unis d'Amérique c. El Zein*, [1989] 1 R.C.S. 1469, aux pages 1497 et 1498; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, aux pages 1010 et 1011; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, aux pages 310 et 311; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086; et *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357.

Dans les arrêts *Slaight*, *Cotroni*, *Swain* et *Lavigne*, selon moi, la Cour suprême a statué que lorsque le texte d'un instrument législatif (y compris les instru-

subordinate legislative instruments) clearly authorizes action which infringes a 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]] right, then, the Court can declare that instrument unconstitutional. When a legislative text is however constitutionally neutral (confers an imprecise delegation of discretion), one must look to the way in which the authority granted by that instrument has been used. Counsel argues that in this case, since there is no factual situation pleaded with respect to the application of CFAO 20-53, that policy cannot be challenged on the basis of the present pleadings.

I accept counsel for the League's argument that if I were to accede to counsel for the defendants' request, I would in fact be making a decision that the legislative text of CFAO 20-53 is constitutionally neutral and that this is an issue more appropriately decided by the Trial Judge after hearing argument and all of the evidence.

I think it is open to a plaintiff to seek anticipatory relief, to challenge the constitutionality of the provisions of a governmental instrument or policy which can potentially be applied to his or her detriment. Lieutenant Liebmann, as a member of the armed forces, can be adversely affected in the future by the policy. He should not have to wait until it is actually applied to his detriment in order to challenge it. In addition, at this stage of the proceedings one assumes that the facts as pleaded in the statement of claim are true. It is asserted that CFAO 20-53 is merely the successor to and a continuation of DCDS 9/83 and that DCDS 9/83 was applied to Lieutenant Liebmann. In my view, these factors provide a sufficient nexus to allow the constitutional validity of CFAO 20-53 to be challenged in these proceedings on the basis of the pleadings as they stand.

In so far as the propriety of Lieutenant Liebmann challenging CFAO 20-53 is concerned, in my view the *Danson* decision supports the conclusion that this is appropriate. In that case, the issue before the Court,

ments législatifs subordonnés) fait clairement droit à une action qui viole un droit conféré par la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], la Cour peut déclarer dans ce cas que l'instrument en question est inconstitutionnel. Cependant, lorsqu'un texte législatif est neutre (c'est-à-dire qu'il confère une délégation imprécise de pouvoirs discrétionnaires), il faut examiner la façon dont on a appliqué les pouvoirs que cet instrument accorde. Dans la présente action, fait valoir l'avocat, étant donné qu'aucune situation de fait n'est plaidée à l'égard de l'application de l'O AFC 20-53, cette politique ne peut être contestée sur la foi des plaidoiries soumises.

Je suis d'accord avec l'avocat de la Ligue que s'il fallait que j'accède à la demande de l'avocat des défendeurs, je me trouverais en fait à décider que le texte législatif de l'O AFC 20-53 est neutre d'un point de vue constitutionnel et qu'il s'agit d'une question que le juge de première instance est mieux placé pour trancher après avoir entendu les arguments et l'ensemble de la preuve.

Je crois qu'il est loisible à une partie demanderesse de solliciter un redressement par anticipation, de contester la constitutionnalité des dispositions d'un instrument ou d'une politique de l'État qui est susceptible d'être appliquée en sa défaveur. Il est possible que la politique porte un jour préjudice au lieutenant Liebmann en tant que membre des Forces armées. Ce dernier ne devrait pas avoir à attendre que cette politique joue effectivement en sa défaveur pour la contester. Par ailleurs, à ce stade-ci de l'action, on suppose que les faits plaidés dans la déclaration sont véridiques. Il est dit que l'O AFC 20-53 ne fait que succéder à la DCDS 9/83, qu'elle en est le prolongement, et que cette dernière a été appliquée au lieutenant Liebmann. Selon moi, ces facteurs comportent un lien suffisant pour permettre de contester la validité constitutionnelle de l'O AFC 20-53 dans la présente action, sur la foi des plaidoiries soumises.

En ce qui concerne la validité du fait que le lieutenant Liebmann conteste l'O AFC 20-53, l'arrêt *Danson* étaye à mon sens la conclusion que sa contestation est bel et bien fondée. Dans cet arrêt, la question

as described in the headnote [at page 1087], was “can this application be heard without reference to any factual situation and without any affidavit evidence.” [Underlining added.] The application had been brought by way of motion so that evidence would normally be presented through affidavits. The Court held that the application could not proceed without reference to at least some adjudicative or legislative facts. At the same time, it noted that since the challenge to the application had been brought, the applicant had obtained affidavit evidence containing such facts, for example, opinions concerning the manner in which the new rules regarding costs allegedly would undermine the independence of the bar and evidence of specific instances in which particular counsel had been threatened with the invocation of the impugned rules. This material was not considered for the purposes of the appeal because it had been filed after the appeal was launched. The Court noted however, at page 1102:

We have discovered by a roundabout route that the appellant is in possession of the facts he need to bring his challenge, by way of application, to a conclusion on the merits if he so chooses . . . . It is not necessary that the appellant prove that the impugned rules were applied against him personally (standing not being an issue); but he must present admissible evidence that the effects of the impugned rules violate provisions of the *Charter*. [Underlining added.]

The *MacKay* case dealt with a proceeding in which no evidence was submitted to support the claim. Nevertheless, the Trial Court heard the application since the respondent had consented to having that application heard. It is clear that the decision that no constitutional infringement had occurred was made at all levels in the absence of a factual underpinning for that claim. If such factual underpinning had existed perhaps the finding would have been different. Thus, the Supreme Court made it clear, when dismissing the appeal from the Manitoba Court of Appeal [(1985), 39 Man. R. (2d) 274], that no real adjudication of the constitutional issue had taken place. Mr. Justice Cory, at page 363, stated “there has been not one particle of evidence put before the Court” and, at page 366:

que devait trancher la Cour, qui est décrite dans le sommaire [à la page 1087], était la suivante: «la demande peut-elle être entendue en l’absence de tout contexte factuel et sans preuve par affidavit». [Soulignement ajouté.] La demande ayant été introduite par requête, la preuve aurait normalement été présentée au moyen d’affidavits. La Cour a décrété que la demande ne pouvait être entendue sans qu’il soit fait référence au moins à quelques faits déclaratifs ou législatifs. Elle a fait remarquer cependant que la partie requérante, depuis le moment où elle avait introduit son action en contestation de la demande, avait obtenu des preuves par affidavit contenant de tels faits, comme des avis sur la façon dont les nouvelles règles régissant les dépens mineraient censément l’indépendance du barreau, ainsi que des preuves de cas précis où l’on avait menacé des avocats particuliers d’invoquer les règles contestées. Ces éléments n’ont pas été pris en considération pour les besoins de l’appel parce qu’ils avaient été produits après l’interjection de l’appel. La Cour a toutefois fait remarquer ce qui suit, à la page 1102 du recueil:

Nous avons constaté par un moyen détourné que l’appellant dispose des faits nécessaires pour obtenir par requête, s’il le veut, une conclusion sur le bien-fondé de sa contestation . . . Il n’est pas nécessaire que l’appellant établisse que les règles contestées ont été appliquées dans son cas personnel (la qualité pour agir n’étant pas en litige); mais il doit présenter des éléments de preuve recevables montrant que les effets des règles contestées violent les dispositions de la *Charte*. [C’est moi qui souligne.]

L’arrêt *MacKay* avait trait à une action dans laquelle aucun élément de preuve n’avait été présenté à l’appui de la demande. La Cour de première instance avait quand même entendu la demande car la partie intimée y avait consenti. Il est clair que la décision selon laquelle il n’y avait pas eu de violation constitutionnelle s’appliquait à tous les niveaux en l’absence, pour la demande en question, d’un fondement factuel. S’il y avait eu un tel fondement, la conclusion aurait peut-être été différente. En rejetant le pourvoi de la Cour d’appel du Manitoba [(1985), 39 Man. R. (2d) 274], la Cour suprême a donc indiqué clairement qu’aucune décision réelle n’avait été rendue sur la question d’ordre constitutionnel. Le juge Cory, à la page 363 du recueil, a déclaré: «[p]as le moindre élément de preuve n’a été présenté à cette Cour en l’espèce» et, à la page 366:

A factual foundation is of fundamental importance on this appeal. It is not the purpose of the legislation which is said to infringe the *Charter* but its effects. If the deleterious effects are not established there can be no *Charter* violation and no case has been made out. Thus the absence of a factual base is not just a technicality that could be overlooked, but rather it is a flaw that is fatal to the appellants' position.

The appellants also argued an issue that does not require a factual foundation. It was said that the statutory funding of candidates could, whenever a losing candidate or candidates received 10 per cent of the vote, force a taxpayer to support a candidate whose views are fundamentally opposed to that of the taxpayer. This enforced support of a contrary view was said to infringe the taxpayer's right to freedom of expression. I cannot accept that contention.

In the *MacKay* case, the plaintiff by not bringing forth appropriate evidence failed to prove his case. It is clear that if the plaintiff in this case cannot establish a sufficient factual basis for his challenge to the CFAO 20-53 then that challenge is not likely to succeed. I am not convinced, however, that I should strike out the various paragraphs of the statement of claim which put the validity of that policy in issue, at this stage, before discoveries have been held, before the plaintiff has had an opportunity to adduce evidence at trial.

Accordingly, I am not prepared to grant the request that the paragraphs of the statement of claim which relate to the constitutional challenge to CFAO 20-53 be struck out because they are irrelevant.

#### Pleading Evidence Not Facts

I turn then to the request that certain paragraphs of the statement of claim be struck out because they plead evidence, not facts. The paragraphs in issue are 14, 15, 16 and parts of paragraphs 21 and 22. Paragraphs 14, 15 and 16 state:

14. On receipt of this message MARCOM did, on January 21st, 1991, forward to National Defence Headquarters a message MP 1023 211600Z January 91 supporting the nomination and the recommendation of the Plaintiff for the Posting

Un contexte factuel est d'une importance fondamentale dans le présent pourvoi. On ne prétend pas que c'est l'objet visé par la loi qui viole la *Charte*, mais ses conséquences. Si les conséquences préjudiciables ne sont pas établies, il ne peut y avoir de violation de la *Charte* ni même de cause. Le fondement factuel n'est donc pas une simple formalité qui peut être ignorée et, bien au contraire, son absence est fatale à la thèse présentée par les appelants.

Les appelants ont plaidé un point qui n'exige pas de contexte factuel. Ils ont dit que le financement de candidats tel que prévu par la loi pourrait en réalité forcer un contribuable à donner son appui à un candidat prônant des opinions fondamentalement opposées aux siennes, dans chaque cas où un candidat perdant recevrait 10 p. 100 des votes. Cet appui forcé à une opinion opposée est une atteinte, selon eux, au droit du contribuable à la liberté d'expression. Je ne puis accepter cette prétention.

Dans l'arrêt *MacKay* le demandeur, en ne présentant pas d'éléments de preuve appropriés, n'a pas établi le bien-fondé de sa cause. Il est clair que si le demandeur en l'espèce ne peut faire la preuve que sa contestation de l'OAFIC 20-53 s'inscrit dans un contexte factuel suffisant, il y a peu de chances qu'elle soit fructueuse. Cependant, je ne suis pas convaincue que je doive radier les divers paragraphes de la déclaration qui mettent en question la validité de cette politique, à ce stade-ci de l'action, avant que l'on ait procédé à des interrogatoires préalables, avant que le demandeur ait eu la possibilité de produire des éléments de preuve à l'instruction.

Je ne suis donc pas disposée à accueillir la demande voulant que l'on radie les paragraphes de la déclaration qui se rapportent à la contestation constitutionnelle de l'OAFIC 20-53 parce qu'ils sont hors de propos.

#### Plaider des éléments de preuve et non des faits

Examinons maintenant la demande selon laquelle certains paragraphes et passages de la déclaration doivent être radiés parce qu'ils plaident des éléments de preuve et non des faits. Les paragraphes en question sont les numéros 14, 15 et 16, ainsi que certains passages des paragraphes numéros 21 et 22. Le texte des paragraphes numéros 14, 15 et 16 est le suivant:

[TRADUCTION] 14. À la réception de ce message, le COMAR a effectivement envoyé au QG de la Défense nationale, le 21 janvier 1991, un message—MP 1023 211600Z, janvier 91—appuyant la nomination et la recommandation du demandeur



referred to in Paragraph 13. This message was also sent to COND for his information.

15. On January 22, 1991 MARCOM sent a message to "Discovery" for the Plaintiff—PERS TASK 1953 222152Z January 91—with an inquiry about the Plaintiff's Battle Casualty Replacement Status. The Plaintiff again advised C.O. "Discovery" that he was available on very short notice.

16. On January 24, 1991 COND, by message DC00443 241307Z January 91 addressed to MARCOM, did concur with the nomination of the Plaintiff for posting referred to in Paragraph 13.

Counsel for the defendants argues that all that need be pleaded is that Lieutenant Liebmann was nominated and recommended for the posting in question and that it is not necessary to set out the details which are contained in paragraphs 14, 15 and 16. Counsel for the plaintiff argues that if the pleading had been as general as suggested, the defendants would have been entitled to bring a motion for particulars. He states that he merely pleaded the facts with particularity.

The line between pleading facts and pleading evidence is not a distinct one. I can see no prejudice to the defendants, arising in this case, as a result of the plaintiff setting out the facts on which he relies in the terms and with the specificity noted above. I do not see that this makes the drafting of a defence more complex or difficult. Indeed, it may have obviated the procedural step of seeking particulars.

Paragraphs 21 and 22 state:

21. The then Associate Minister of National Defence has stated that the National Defence Headquarters and COMCANFORME had considered the Plaintiff's religion and ethnic origin and that the "potential problem" of a Jewish Officer was discussed "philosophically." *the Plaintiff says that his posting was withdrawn after consideration of, and because of, his religion and ethnic origin.*

22. The Plaintiff has, in accordance with Section 29 of the National Defence Act R.S.C. 1985, Chapter N-5 asked for a "Redress of Grievance" on the grounds that he has been treated unfairly and unlawfully. In the process of the Redress of Grievance

en vue de l'affectation mentionnée au paragraphe 13. Ce message a aussi été transmis à titre informatif au commandant des divisions de la Réserve navale.

15. Le 22 janvier 1991, le COMAR a envoyé un message au «Discovery» à l'intention du demandeur—PERS TASK 1953 222152Z, janvier 91—pour s'enquérir de la possibilité de remplacer le demandeur en cas de perte au combat. Ce dernier a de nouveau fait savoir au commandant du «Discovery» qu'il était disponible sur préavis très court.

16. Le 24 janvier 1991, dans un message portant le numéro DC00443 241307Z, janvier 91 adressé au COMAR, le commandant des divisions de la Réserve navale a effectivement souscrit à la nomination du demandeur en vue de l'affectation mentionnée au paragraphe 13.

L'avocat des défendeurs fait valoir que tout ce qu'il faut plaider est que le lieutenant Liebmann a été nommé et recommandé en vue de l'affectation en question, et qu'il n'est pas nécessaire d'exposer les détails que contiennent les paragraphes 14, 15 et 16. L'avocat du demandeur soutient que si la plaidoirie était aussi générale qu'on le dit, les défendeurs auraient eu le droit de présenter une requête en obtention de détails. Il déclare qu'il a simplement plaidé les faits d'une manière détaillée.

La démarcation qu'il y a entre plaider des faits et plaider des éléments de preuve n'est pas bien nette. À mon sens, les défendeurs ne subissent en l'espèce aucun préjudice du fait que le demandeur expose les faits sur lesquels il se fonde dans les termes et avec les détails mentionnés ci-dessus. Je ne vois pas en quoi cela rend l'élaboration d'un moyen de défense plus complexe ou difficile. En fait, cela a peut-être permis d'éviter l'étape procédurale de la demande de détails.

Le texte des paragraphes 21 et 22 est le suivant:

[TRADUCTION] 21. Le ministre associé de la Défense nationale de l'époque a déclaré que le quartier général de la Défense nationale et le COMCANFORME avaient pris en considération la religion et l'origine ethnique du demandeur et qu'ils avaient discuté «d'un point de vue philosophique» du «problème» qu'était susceptible de poser un officier juif. *Le demandeur dit que l'on a annulé son affectation après avoir pris en considération sa religion et son origine ethnique, ainsi qu'à cause de ces deux facteurs.*

22. En accord avec l'article 29 de la Loi sur la Défense nationale L.R.C. (1985), ch. N-5, le demandeur a «demandé réparation» pour avoir été traité d'une manière injuste et illicite. Dans le cadre de ce grief, les défendeurs—le chef d'état-major

ance, the Defendant Chief of the Defence Staff and COMARCOM have stated as a fact that the policy considerations referred to in Paragraph 10 herein and CFAO 20/53 were applied by the Canadian Forces and that the Plaintiff's religion and ethnic origin created concern for "his personal safety and his operational effectiveness". This concern for "personal safety and operational effectiveness" was not applied to the posting of any other members of the Canadian Forces to the Persian Gulf theatre of operations. *The Plaintiff was treated differently from other persons in the Canadian Forces, contrary to s. 15 of the Charter of Rights and Freedoms.* The Associate Minister of National Defence and the Chief of the Defence staff have admitted the discriminatory practice employed against the Plaintiff by tendering written apologies.

The defendants seek to strike all those portions of the paragraphs except the parts in italics. The first sentence of paragraph 21 relates to the text of a communication received by the plaintiff. Much of the challenged portions of paragraph 22 are clearly pleadings of fact, e.g., the application for and disposition of the redress of grievance. The portion, that the defendants say should be left in, is arguably a conclusion from the facts and a conclusion of law which, it is my understanding, should be pleaded together with their supporting facts. In any event, as has already been noted, the dividing line between material facts and evidentiary facts is not a sharp one. Also, I think it is good law that when doubt exists as to whether a statement is one of material fact or evidentiary fact, the statement should be left in the pleading. In *Mathias v. R.*, [1980] 2 F.C. 813, at page 816, Mr. Justice Walsh stated:

The jurisprudence is well established that if there is any doubt, the paragraphs in the pleadings should be left in so that evidence establishing them may be brought before the Trial Judge. This does not mean, however, that redundant or immaterial paragraphs outlining the evidence on which the party seeks to rely should be permitted to remain in the pleadings, provided always that the party as a result of striking out part of the proceedings is not prevented thereby from making full proof of any pertinent facts.

*Mathias* was followed in *ABC Extrusion Co. v. Signtech Inc.* (1987), 14 C.I.P.R. 108 (F.C.T.D.). In that case, Giles A.S.P. held, at page 110 that:

de la Défense et le commandant du COMAR—ont déclaré qu'en fait les Forces canadiennes ont appliqué les questions de principe mentionnées au paragraphe 10 des présentes et dans l'OAFC 20-53, et que la religion et l'origine ethnique du demandeur suscitaient des craintes quant à sa «sécurité personnelle et son efficacité opérationnelle». Ces craintes à l'affectation d'autres membres n'ont pas été appliquées des Forces canadiennes au théâtre opérationnel du Golfe persique. *Le demandeur a été traité différemment d'autres membres des Forces canadiennes, ce qui est contraire à l'art. 15 de la Charte des droits et libertés.* Le ministre associé de la Défense nationale et le chef d'état-major de la Défense ont reconnu que le demandeur avait été victime de discrimination en lui faisant des excuses écrites.

Les défendeurs demandent que l'on radie la totalité de ces paragraphes à l'exception des passages indiqués en italiques. La première phrase du paragraphe 21 se rapporte au texte d'une communication que le demandeur a reçue. La plupart des passages contestés du paragraphe 22 constituent manifestement des arguments de fait, par exemple: la demande de réparation et la décision rendue. Le passage, qui, selon les défendeurs, doit être conservé, est, peut-on le soutenir, une conclusion tirée des faits et une conclusion de droit qui, selon moi, devrait être plaidée en même temps que les faits qui l'appuient. De toute façon, ainsi qu'il a été mentionné, la démarcation qu'il y a entre des faits essentiels et des faits probatoires n'est pas très nette. De plus, je crois qu'il faudrait considérer comme faisant état du droit que lorsqu'il existe un doute à propos de la question de savoir si un énoncé constitue un fait essentiel ou un fait probatoire, cet énoncé devrait être conservé dans la plaidoirie. Dans l'affaire *Mathias c. R.*, [1980] 2 C.F. 813, à la page 816 du recueil, le juge Walsh déclare ce qui suit:

Il est établi par une jurisprudence constante que lorsqu'il subsiste le moindre doute, les alinéas des plaidoiries doivent être conservés pour que les éléments de preuve établissant leur bien-fondé puissent être soumis au juge de première instance. Ce qui ne signifie pas toutefois que les alinéas non essentiels ou redondants qui donnent un aperçu des éléments de preuve sur lesquels une partie cherche à fonder ses conclusions devraient être conservés dans les plaidoiries, pourvu toutefois que la radiation d'une partie des plaidoiries n'empêche pas la partie de faire pleinement la preuve de tout fait pertinent.

La décision *Mathias* a été suivie dans l'affaire *ABC Extrusion Co. c. Signtech Inc.* (1987), 14 C.I.P.R. 108 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), où le protonotaire adjoint Giles décrète ce qui suit, à la page 110 du recueil:

To strike a paragraph from a pleading as being a mere recitation of evidence, it is necessary to show that the paragraph is redundant or immaterial. The paragraph would be redundant if the allegation made therein is repeated with sufficient particularity elsewhere in the pleading.

My review of the authorities indicates that a pleading will be defective if the required material facts are not pleaded but merely irregular if redundant or immaterial facts or evidence are pleaded.<sup>1</sup> Indeed, most of the reported cases are situations in which the absence of material facts is complained about, not where pleadings are sought to be struck for containing evidentiary facts.

It is interesting to note that the *Exchequer Court General Rules and Orders*, Rule 88 provided:

Every pleading shall contain as concisely as may be a statement of the material facts on which the party relies, but not the evidence. [Underlining added.]

The present Federal Court Rule 408(1), however, merely states:

*Rule 408.* (1) Every pleading must contain a precise statement of the material facts on which the party pleading relies.

I do not mean to suggest that any fundamental change in the applicable rules of pleading was intended when the change in the Rule was made but I think the phrasing of the Rule reflects the fact that, in general, the pleading of a bit of evidence in a statement of claim or defence is not terribly important providing the pleading is relevant, is not prejudicial and does not make the pleading unduly prolix.

It is useful to quote the commentary on Rule 143 of the Ontario Rules of Practice found in Holmsted and Gale, *Ontario Judicature Act and Rules of Practice*, volume 2, at pages 1232-1232.1:

<sup>1</sup> See generally Holmsted and Gale, *Ontario Judicature Act & Rules of Practice*, v. 2, R. 143; *Holmsted and Watson: Ontario Civil Procedure*, v. 2, p. 25-13 ff; Sgayias, Kinnear, Rennie & Saunders, *Federal Court Practice 1993*, p. 461 ff.

[TRADUCTION] Pour radier un paragraphe d'un plaidoyer parce qu'il ne constitue qu'un simple énoncé d'une preuve, il faut établir que le paragraphe en question est redondant ou non essentiel. Il serait redondant si l'allégation qui y est faite est reproduite de façon suffisamment détaillée ailleurs dans le plaidoyer.

Selon l'examen que j'ai fait des textes de référence, une plaidoirie est défectueuse lorsque les faits essentiels requis ne sont pas plaidés<sup>1</sup>; la plaidoirie ne sera qu'irrégulière si les faits ou les éléments de preuve plaidés sont redondants ou non essentiels. En fait, la plupart des causes publiées traitent de situations dans lesquelles on se plaint de l'absence de faits essentiels, et non où l'on cherche à faire radier des plaidoiries parce qu'elles renferment des faits probatoires.

Il est intéressant de noter que la Règle 88 des *Règles et ordonnances générales de la Cour de l'Échiquier* porte que:

Toute plaidoirie doit contenir, d'une manière aussi concise que possible, un exposé des faits importants sur lesquels s'appuie la partie qui plaide, mais non la preuve. [C'est moi qui souligne.]

Cependant, l'actuelle Règle 408(1) des *Règles de la Cour fédérale* prescrit simplement que:

*Règle 408.* (1) Chaque plaidoirie doit obligatoirement contenir un exposé précis des faits essentiels sur lesquels se fonde la partie qui plaide.

Je ne veux pas dire par là qu'il était envisagé de modifier fondamentalement les règles de plaidoirie applicables lorsque la Règle a été changée, mais je crois que la formulation de cette dernière reflète que, de façon générale, le fait de plaider un élément d'information dans une déclaration ou une défense n'est pas terriblement important si la plaidoirie est pertinente, si elle ne cause aucun préjudice et si elle n'est pas exagérément prolix.

Il est utile de citer le commentaire fait sur la Règle 143 des Ontario Rules of Practice dans l'ouvrage de Holmsted and Gale *Ontario Judicature Act and Rules of Practice*, volume 2, aux pages 1232 et 1232.1:

<sup>1</sup> Voir, de façon générale, Holmsted and Gale, *Ontario Judicature Act & Rules Practice*, v. 2, R. 143; *Holmsted and Watson: Ontario Civil Procedure*, v. 2, p. 25-13 et suivantes; Sgayias, Kinnear, Rennie & Saunders, *Federal Court Practice 1993*, p. 461 et suivantes.

**8.2 Elasticity of the rule.** A pleading should not contain "allegations which amount to a pleading of evidence and not [material] facts": *Watson v. Rodwell* (1876) 46 L.J. Ch. 744 at 746. But "under our present system the rules of pleading are elastic. . . Experienced pleaders often break the letter of the rules for the sake of clearness and brevity": Bullen & Leake, 7th ed., p. 906, quoted in *Le Merchant v. Irish & Maulson Ltd.*, *supra*, at p. 507. See also *Reliable Toy Co. v. Lido (Can.) Reg'd.* (1962) 24 Fox Pat. C. 86 (Ont.). As examples of cases in which courts appear to have been lenient towards the pleading of evidence, see *Tomkinson v. S.-E. Ry.* (1887) 57 L.T. 358 (where the court allowed facts to be pleaded to show that a particular Act was not *ultra vires*); *Stratford Gas Co. v. Gordon* (1892) 14 P.R. 407 (where facts showing a malicious course of conduct by the plaintiffs towards the defendant were allowed as "affording reasons for the probability of the truth of this defence"). In some decisions language has been used wide enough to suggest that the distinction required by the rule between evidentiary facts and propositions of fact may be ignored. Thus in *Mullington v. Loring* (1880) 6 Q.B.D. 190 at 194, Lord Selborne L.C. said that "material fact . . . must be taken to include any facts which the party pleading is entitled to prove at the trial." But this was said with reference to the question whether facts in aggravation of damages may be pleaded.

The pleadings in question in this case are brief; the facts pleaded are relevant to the issue between the parties; they are not prejudicial to the conduct of the defence; their inclusion should expedite rather than detract from an expeditious proceeding. Even if some parts of the challenged paragraphs might fall on the side of evidentiary as opposed to material fact, I am not prepared to strike them out.

### Proper Defendants

I turn then to the defendants' motion that the style of cause should be amended so as to replace the Minister of National Defence and the Chief of the Defence Staff with either Her Majesty the Queen or the Attorney General of Canada.

As I understand the defendants' argument, it is that section 17 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3] and section 48 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] when read together with Rule 600 of the *Federal Court Rules* require that the plaintiff's action be brought against Her Majesty the Queen or, alterna-

[TRADUCTION] **8.2 Élasticité de la règle.** Une plaidoirie ne devrait pas contenir [TRADUCTION] «[d']allégations qui équivalent au fait de plaider des éléments de preuve et non des faits [essentiels]»: *Watson v. Rodwell* (1876) 46 L.J. Ch. 744, p. 746. Cependant, [TRADUCTION] «dans le système actuel, les règles de plaidoirie sont élastiques. . . Les plaideurs chevronnés enfreignent souvent la lettre des règles par souci de clarté et de concision»: Bullen & Leake, 7<sup>e</sup> éd., p. 906, texte cité dans *Le Merchant v. Irish & Maulson Ltd.*, décision précitée, p. 507. Voir aussi *Reliable Toy Co. v. Lido (Can.) Reg'd.* (1962) 24 Fox Pat. C. 86 (Ont.). Quelques exemples de causes dans lesquelles les tribunaux semblent avoir fait preuve d'indulgence à l'égard du fait de plaider des éléments de preuve, sont donnés dans *Tomkinson v. S.-E. Ry.* (1887) 57 L.T. 358 (où la cour a permis que l'on plaide des faits pour montrer qu'une loi particulière n'était pas *ultra vires*); *Stratford Gas Co. v. Gordon* (1892) 14 P.R. 407 (où des faits établissant que les parties demandresses avaient agi avec malveillance envers la partie défenderesse ont été admis parce qu'ils [TRADUCTION] «dénotaient que ce moyen de défense était probablement véridique»). Dans certaines décisions, les termes employés ont été suffisamment larges pour donner à penser que l'on peut ne pas tenir compte de la distinction que la règle exige de faire entre des faits probatoires et des énoncés de fait. Ainsi, dans l'affaire *Mullington v. Loring* (1880) 6 Q.B.D. 190, à la p. 194, le lord chancelier Selborne a décrété qu'il faut [TRADUCTION] «considérer que [des faits essentiels] comprennent tout fait dont la partie plaidante a le droit de faire la preuve à l'instruction». Mais il faisait allusion à la question de savoir si l'on peut plaider des faits qui aggravent des dommages.

Les plaidoiries dont il est question en l'espèce sont succinctes; les faits plaidés se rapportent au litige entre les parties; ils ne nuisent pas à la conduite de la défense; leur inclusion devrait activer la procédure, et non le contraire. Même si certains passages des paragraphes contestés pourraient constituer des faits probatoires plutôt qu'essentiels, je ne suis pas disposé à les radier.

### Défendeurs appropriés

Voyons maintenant la requête des défendeurs selon laquelle il faudrait modifier l'intitulé de la cause de manière à remplacer le ministre de la Défense nationale et le chef d'état-major de la Défense soit par Sa Majesté la Reine soit par le procureur général du Canada.

L'argument des défendeurs, tel que je le comprends, est le suivant: l'article 17 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3] et l'article 48 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7], lorsqu'ils sont lus de pair avec la Règle 600 des *Règles de la Cour fédérale*, requièrent que l'action du demandeur soit inten-

tively, pursuant to subsection 23(1) of the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 as amended by S.C. 1990, c. 8 [ss. 21, 29], against the Attorney General of Canada.

Section 17 of the *Federal Court Act* describes the jurisdiction of the Federal Court, Trial Division, in cases where relief is claimed against the Crown. Subsection (1) states that unless otherwise provided the Federal Court, Trial Division has jurisdiction in all cases where relief is claimed against the Crown. Subsection (2) lists categories of claims which fall within subsection (1).<sup>2</sup>

Subsection 17(5) states:

17. . . .

(5) The Trial Division has concurrent original jurisdiction

(a) in proceedings of a civil nature in which the Crown or the Attorney General of Canada claims relief; and

(b) in proceedings in which relief is sought against any person for anything done or omitted to be done in the performance of the duties of that person as an officer, servant or agent of the Crown. [Underlining added.]

Section 48 of the *Federal Court Act* describes a procedure for instituting proceedings against the Crown including the payment of the required filing fee and service on the Crown by filing the required document with the Court. Subsection 48(1) states:

<sup>2</sup> 17. (1) Except as otherwise provided in this Act or any other Act of Parliament, the Trial Division has concurrent original jurisdiction in all cases where relief is claimed against the Crown.

(2) Without restricting the generality of subsection (1), the Trial Division has concurrent original jurisdiction, except as otherwise provided, in all cases in which

(a) the land, goods or money of any person is in the possession of the Crown;

(b) the claim arises out of a contract entered into by or on behalf of the Crown;

(c) there is a claim against the Crown for injurious affection; or

(d) the claim is for damages under the *Crown Liability and Proceedings Act*. [Underlining added.]

tée contre Sa Majesté la Reine ou, subsidiairement, en accord avec le paragraphe 23(1) de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, modifié par L.C. 1990, ch. 8 [art. 21, 29], contre le procureur général du Canada.

L'article 17 de la *Loi sur la Cour fédérale* décrit quelle est la compétence de la Section de première instance de la Cour fédérale dans les cas de demande de réparation contre la Couronne. Aux termes du paragraphe (1), sauf disposition contraire, la Section de première instance de la Cour fédérale a compétence dans les cas de demande de réparation contre la Couronne. Le paragraphe (2) énumère les catégories de demandes qui tombent sous le coup du paragraphe (1)<sup>2</sup>.

Aux termes du paragraphe 17(5):

17. . . .

(5) La Section de première instance a compétence concurrente, en première instance, dans les actions en réparation intentées:

a) au civil par la Couronne ou le procureur général du Canada;

b) contre un fonctionnaire, préposé ou mandataire de la Couronne pour des faits—actes ou omissions—survenus dans le cadre de ses fonctions. [C'est moi qui souligne.]

L'article 48 de la *Loi sur la Cour fédérale* décrit comment procéder pour entamer une procédure contre la Couronne, y compris le paiement du droit exigé et la signification de l'acte introductif d'instance auprès de la Cour. Le texte du paragraphe 48(1) est le suivant:

<sup>2</sup> 17. (1) Sauf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, la Section de première instance a compétence concurrente, en première instance, dans les cas de demande de réparation contre la Couronne.

(2) La Section de première instance a notamment compétence concurrente en première instance, sauf disposition contraire, dans les cas de demande motivés par:

a) la possession par la Couronne de terres, biens ou sommes d'argent appartenant à autrui;

b) un contrat conclu par ou pour la Couronne;

c) un trouble de jouissance dont la Couronne se rend coupable;

d) une demande en dommage-intérêts formée au titre de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*. [C'est moi qui souligne.]

48. (1) A proceeding against the Crown shall be instituted by filing in the Registry of the Court the original and two copies of a document that may be in the form set out in the schedule and by payment of the sum of two dollars as a filing fee. [Underlining added.]

In the form set out in the schedule to the Act "Her Majesty the Queen" is named as the defendant. I should also note that the definitions set out in section 2 of the *Federal Court Act* provide that for the purposes of the Act "Crown" means Her Majesty in right of Canada.

Subsections (2) and (4) of Rule 600 of the *Federal Court Rules* state:

Rule 600. . . .

(2) Except where otherwise specially authorized, an action against the Crown shall be commenced in the manner provided by section 48 of the Act.

(4) In the case of an action for a declaration or otherwise against the Attorney General of Canada or other Minister of the Crown, Rule 400 applies. [Underlining added.]

Rule 400 states:

Rule 400. Unless otherwise provided every action shall be commenced by filing an originating document, which may be called a statement of claim or a declaration. (Form 11)

It is interesting to quote as well the commentary on Rule 600 which is found in *Federal Court of Canada Service*, vol. 2 (Butterworths):

The Federal Court has exclusive jurisdiction in respect of many kinds of actions brought by or against the Federal Government, that is, Her Majesty the Queen in Right of Canada, her Ministers of the Crown, and others. By far the majority of proceedings before the Federal Court are those brought by or against the Federal Crown.

Rule 600(1) makes it clear . . . .

Proceedings brought against the Crown are governed by section 48 of the *Federal Court Act* and reference to the cases annotated under that section should be made. It is correct to name "Her Majesty the Queen" as defendant, although often the appropriate Minister or Board is named, not personally but in their official capacity, e.g. "Minister of Agriculture". These proceedings are served by the Registry in accordance with the provisions of section 48(4), but the Registry will normally only do so if the defendant is named as "Her Majesty the Queen", otherwise the plaintiff has to serve the Minister or other named party in accordance with Rule 309. . . .

48. (1) Pour entamer une procédure contre la Couronne, il faut déposer au greffe de la Cour l'original et deux copies de l'acte introductif d'instance, qui peut suivre le modèle établi à l'annexe, et acquitter la somme de deux dollars comme droit correspondant. [C'est moi qui souligne.]

Dans le modèle établi à l'annexe de la Loi, «Sa Majesté la Reine» est nommée comme partie défenderesse. Il faut aussi signaler que, d'après les définitions données à l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, aux fins de la Loi le mot «Couronne» désigne Sa Majesté du Chef du Canada.

Les paragraphes 600(2) et (4) des *Règles de la Cour fédérale* portent que:

Règle 600. . . .

(2) Sauf lorsqu'une autorisation spéciale permet d'agir autrement, une action intentée contre la Couronne peut être introduite de la façon prévue à l'article 48 de la Loi.

(4) Dans le cas d'une action visant à obtenir un jugement déclaratoire ou autre décision contre le procureur général du Canada ou un autre ministre de la Couronne, la Règle 400 s'applique. [C'est moi qui souligne.]

Voici ce qu'indique la Règle 400:

Règle 400. Sauf disposition contraire, chaque action est intentée par le dépôt d'un acte introductif d'instance qui peut porter le titre de déclaration ou *statement of claim* (Formule 11).

Il est intéressant de citer aussi le commentaire sur la Règle 600 que l'on retrouve dans *Federal Court of Canada Service*, vol. 2 (Butterworths):

[TRADUCTION] La Cour fédérale a compétence exclusive pour ce qui est de nombreuses sortes d'actions intentées par ou contre le gouvernement fédéral, c'est-à-dire Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, ses ministres de la Couronne et d'autres parties. La majeure partie des procédures dont est saisie la Cour fédérale sont, de loin, intentées par ou contre la Couronne fédérale.

Il ressort clairement de la Règle 600(1) . . . .

Les procédures engagées contre la Couronne sont régies par l'article 48 de la *Loi sur la Cour fédérale* et il faudrait faire référence aux causes annotées en vertu de cet article. Il est exact de nommer «Sa Majesté la Reine» comme partie défenderesse, encore que ce soit souvent le ministre ou l'office compétents qui sont nommés, non à titre personnel mais en leur qualité officielle; par exemple: «ministre de l'Agriculture». Les documents sont signifiés par le greffe en accord avec les dispositions du paragraphe 48(4), mais le greffe ne le fera habituellement que si la partie défenderesse nommée est «Sa Majesté la Reine»; sinon, la partie demanderesse doit signifier les documents au ministre ou à une autre partie nommée en accord avec la Règle 309. . . .

I turn then to the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 as amended. Section 23 provides:

23. (1) Proceedings against the Crown may be taken in the name of the Attorney General of Canada or, in the case of an agency of the Crown against which proceedings are by an Act of Parliament authorized to be taken in the name of the agency, in the name of that agency.

(2) Where proceedings are taken against the Crown, the document originating the proceedings shall be served on the Crown by serving it on the Deputy Attorney General of Canada or the chief executive officer of the agency in whose name the proceedings are taken, as the case may be. [Underlining added.]

Prior to the amendment to this Act, on February 1, 1992, the part of the Act in which the above-quoted provisions are found applied only to litigation in the provincial courts. The provisions are no longer so limited. At the same time no argument can be made that the new provisions are intended to supplant the provisions of the *Federal Court Act* since that Act was amended at the same time as the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985 c. C-50 and subsection 48(1) was not changed.

I note that the provisions of both the *Federal Court Act* (subsection 48(1)) and the *Crown Liability and Proceedings Act* (subsection 23(1)) state that the Crown may be sued in the form indicated. There is no requirement in either legislative provision which states that those forms are the only ways in which the Crown or an emanation thereof may be sued. I do not read the provisions as prohibiting actions against, for example, ministers or government officials in their representative capacity where such actions would previously have been possible.

Counsel for the plaintiff relies upon the decision in *Jones et Maheux v. Gamache*, [1969] S.C.R. 119 and states that the plaintiff is not challenging the validity of the *National Defence Act* or any regulation promulgated by the Governor in Council. Rather, the plaintiff challenges a policy directive issued by the Chief of the Defence Staff and decisions taken pursuant to that policy, a policy for which he argues the

Voyons maintenant ce que dit la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, dans sa forme modifiée. L'article 23 dispose que:

23. (1) Les poursuites visant l'État peuvent être exercées contre le procureur général du Canada ou, lorsqu'elles visent un organisme mandataire de l'État, contre cet organisme si la législation fédérale le permet.

(2) Dans les cas visés au paragraphe (1), la signification à l'État de l'acte introductif d'instance est faite à personne au sous-procureur général du Canada ou au premier dirigeant de l'organisme concerné, selon le cas. [C'est moi qui souligne.]

Avant que cette Loi soit modifiée, c'est-à-dire le 1<sup>er</sup> février 1992, la partie où figurent les dispositions précitées ne s'appliquait qu'aux litiges soumis aux tribunaux provinciaux. Ce n'est plus le cas aujourd'hui. On ne peut toutefois arguer que les nouvelles dispositions visent à supplanter celles de la *Loi sur la Cour fédérale* car cette dernière a été modifiée en même temps que la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, et le paragraphe 48(1) n'a pas changé.

Je signale que les dispositions de la *Loi sur la Cour fédérale* (paragraphe 48(1)) et de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* (paragraphe 23(1)) prescrivent que la Couronne peut être poursuivie de la manière indiquée. Ni l'une ni l'autre disposition législative n'indique que ce n'est qu'ainsi que l'on peut poursuivre la Couronne ou l'un des organismes qui en émanent. Selon moi, les dispositions n'empêchent pas d'intenter une action contre, par exemple, des ministres ou des hauts fonctionnaires de l'État en leur qualité de représentants lorsque lesdites actions auraient été possibles auparavant.

L'avocat du demandeur se fonde sur la décision rendue dans l'affaire *Jones et Maheux v. Gamache*, [1969] R.C.S. 119 et déclare que le demandeur ne conteste pas la validité de la *Loi sur la Défense nationale* ou de n'importe quel règlement promulgué par le gouverneur en conseil. Il s'oppose plutôt à une politique émanant du chef d'état-major de la défense et aux décisions prises en vertu de cette politique,

Minister of National Defence is responsible.<sup>3</sup> Counsel argues that if the constitutional challenge was against the statute or against a regulation issued by the Governor in Council then it would be appropriate to name either Her Majesty the Queen, or the Attorney General of Canada as the defendant. He argues however that since the challenge is not directed against those types of instruments and because an injunction is sought against the Chief of the Defence Staff and other officials, who are responsible to the Minister of Defence and who might apply the policy, the presently named defendants are appropriate.

It is important first to describe the provenance of the policy instruments in question. The *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, subsection 12(1) authorizes the making of regulations for the organization, training, discipline and administration of the Canadian armed forces. Pursuant to that subsection, the Queen's Regulations and Orders (QR&O) are issued by the Governor in Council.

Article 1.23 of *The Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (1968 Revision)* states:

1.23 ...

(1) ... the Chief of Defence Staff may issue orders and instructions not inconsistent with the *National Defence Act* or with any regulations made by the Governor in Council, the Treasury Board or the Minister:

- (a) in the discharge of his duties under the *National Defence Act*; or
- (b) in explanation or implementation of regulations.

It is pursuant to this authority that the CFAOs and the DCDSs are issued.

I should also note that subsection 18(2) of the *National Defence Act*, provides:

18. ...

(2) Unless the Governor in Council otherwise directs, all orders and instructions to the Canadian Forces that are required to give effect to the decisions and to carry out the directions of the Government of Canada or the Minister shall be issued by or through the Chief of The Defence Staff.

As I have already noted, sections 17 and 48 of the *Federal Court Act* do not state that all actions must be brought solely against either Her Majesty the

<sup>3</sup> *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 3, 4 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 6, s. 10].

qui, fait-il valoir, relève du ministre de la Défense nationale<sup>3</sup>. Selon l'avocat, si la contestation constitutionnelle concernait la loi ou un règlement émis par le gouverneur en conseil, il serait alors juste de nommer comme partie défenderesse soit Sa Majesté la Reine soit le procureur général du Canada. Il soutient toutefois qu'étant donné que la contestation ne porte pas sur ces types d'instruments et qu'une injonction est sollicitée contre le chef d'état-major de la Défense et d'autres responsables, qui relèvent du ministre de la Défense et qui pourraient appliquer ladite politique, les défendeurs actuellement nommés sont appropriés.

Il est important, tout d'abord, de décrire l'origine des instruments en question. La *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, paragraphe 12(1), autorise à prendre des règlements concernant l'organisation, l'instruction, la discipline et la bonne administration des Forces armées canadiennes. En exécution de ce paragraphe, c'est le gouverneur en conseil qui émet les Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC).

L'article 1.23 des *Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (Révision de 1968)* dispose que:

1.23 ...

(1) ... le chef de l'état-major de la défense peut émettre des ordres et instructions qui ne sont pas incompatibles ni avec la *Loi sur la défense nationale*, ni avec aucun règlement pris par le Gouverneur en conseil, le Conseil du trésor ou le Ministre:

- a) dans l'accomplissement de ses fonctions en vertu de la *Loi sur la défense nationale*; ou
- b) pour expliquer les règlements ou les mettre à exécution.

C'est en vertu de cette disposition que sont émises les OAF et DCDS.

Je signale aussi que le paragraphe 18(2) de la *Loi sur la Défense nationale* prescrit que:

18. ...

(2) Sauf ordre contraire du gouverneur en conseil, tous les ordres et directives adressés au Forces canadiennes pour donner effet aux décisions et instructions du gouvernement fédéral ou du ministre émanent, directement ou indirectement, du chef d'état-major de la défense.

Comme je l'ai déjà dit, les articles 17 et 48 de la *Loi sur la Cour fédérale* n'indiquent pas que toutes les actions doivent être introduites uniquement contre

<sup>3</sup> *Loi sur la Défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 3, 4 [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.) ch. 6, art. 10].



Queen or the Attorney General of Canada. The texts are permissive in this regard. What is more, subsection 17(5) specifically allows for proceedings in which relief is sought against any person for anything done in the performance of the duties of that person as an officer, servant or agent of the Crown. It is important to underline that in the present case, the present defendants are not being sued in their personal capacities. If they were, it is unlikely that this Court would have jurisdiction over the action. The present defendants are being sued in their representative capacities only, as officers, servants or agents of the Crown. The relief sought against them relates only to actions they might take in the performance of those duties.

It is useful to review some of the history of sections 17 and 48 of the *Federal Court Act*. It is well known that until the middle of this century, an individual could not sue the Crown in either tort or for breach of contract in the same way that other legal persons could be sued. A procedure by way of petition of right, in which the permission of the Crown was sought to commence legal proceedings, was available in cases of contract and with respect to the federal government, in the cases of some torts. See *Petition of Right Act*, R.S.C. 1970, c. P-12 and its predecessors. The history of the development of proceedings against the Crown can be found in P. W. Hogg, *Liability of the Crown*, 2nd ed. (1989, Carswell). When section 48 of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] was enacted, the *Petition of Right Act* was repealed, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, subsection 64(1) and provisions were added to the *Crown Liability Act* [R.S.C. 1970, c. C-38] which placed the Crown, in so far as tort and contract are concerned, in approximately the same position as a private individual.

While the Crown could not be sued directly in tort or contract, a procedure had long existed whereby declarations could be obtained in the courts of equity by an action brought against the Attorney General. This is sometimes referred to as the “Dyson procedure”. In Hogg (*supra*), the following explanations of

Sa Majesté la Reine ou contre le procureur général du Canada. Les textes sont permissifs à cet égard. Qui plus est, le paragraphe 17(5) autorise expressément les actions intentées contre un fonctionnaire, préposé ou mandataire de la Couronne pour des faits—actes ou omissions—survenus dans le cadre de ses fonctions. Il est important de faire remarquer qu’en l’espèce, on ne poursuit pas les défendeurs en leur qualité personnelle. Si c’était le cas, il est peu vraisemblable que la Cour aurait compétence sur l’action. Les défendeurs sont poursuivis en leur qualité de représentants seulement, à titre de fonctionnaires, de préposés ou de mandataires de la Couronne. Le redressement sollicité a trait uniquement à des mesures que les défendeurs pourraient prendre dans le cadre de ces fonctions.

Il est utile de passer partiellement en revue l’historique des articles 17 et 48 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Il est bien connu que, jusqu’au milieu du siècle où nous vivons, nul ne pouvait intenter contre la Couronne une action en responsabilité délictuelle ou pour rupture de contrat, ainsi qu’il était possible de le faire contre d’autres personnes morales. Une procédure par pétition de droit, dans laquelle on demandait la permission de la Couronne pour intenter une poursuite judiciaire, était disponible dans les cas de rupture de contrat et, pour ce qui était du gouvernement fédéral, dans les cas de certains délits civils. Voir à cet égard la *Loi sur les pétitions de droit*, S.R.C. 1970, ch. P-12, et les lois qui l’ont précédée. L’historique des actions intentées contre la Couronne est décrit dans l’ouvrage de P. W. Hogg intitulé *Liability of the Crown*, 2<sup>e</sup> éd. (1989, Carswell). Quand l’article 48 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10] a été édicté, la *Loi sur les pétitions de droit* a été abrogée, S.R.C. 1970, ch. 10 (2<sup>e</sup> Supp.), paragraphe 64(1), et des dispositions, ajoutées à la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* [S.R.C. 1970, ch. C-38], ont mis la Couronne sur le même pied à peu près qu’un simple particulier pour ce qui était de la responsabilité délictuelle ou contractuelle.

Même si l’on ne pouvait poursuivre directement la Couronne en responsabilité délictuelle ou contractuelle, il était possible depuis longtemps d’obtenir un jugement déclaratoire dans les cours d’équité en intentant une action contre le procureur général. C’est ce que l’on appelle parfois la «procédure Dyson».

the usefulness of declaratory proceedings against the Crown and the effect of the demise of the procedure of the petition of right is found at pages 18-20:

A declaration is a judgment that declares the law applicable to the parties but does not include any coercive order. Breach of a declaration is not a contempt of court and does not attract any other penalty. This deficiency in the remedy is sometimes cured by accompanying a declaration with coercive relief such as damages or an injunction or specific performance, but this is not necessary. The court has the power to make a declaration "whether or not any consequential relief is or could be claimed".

Ironically, the absence of coercive relief has made the declaration an exceedingly useful public law remedy, because the plaintiff need not make out a "cause of action" in the traditional sense of facts that would entitle the plaintiff to coercive relief. Thus, the declaration is commonly used as a remedy for unlawful administrative action and for unconstitutional statutes.

#### Dyson procedure

In addition to the petition of right procedure, a declaration against the Crown could be obtained by an ordinary action against the Attorney General. This means of obtaining a declaration against the Crown was upheld in *Dyson v. Attorney General* (1910), in which the English Court of Appeal made a declaration that a tax notice that had been sent to the plaintiff (and eight million others) was unauthorized by statute. The defendant in *Dyson* was the Attorney General, not the Crown itself. This method of obtaining a declaration against the Crown was available in Canada, Australia and New Zealand as well.

The *Dyson* procedure enjoyed a great advantage over the petition of right in that no royal fiat was needed to institute an action against the Attorney General. Now that the petition of right and the requirement of the fiat have been abolished in all jurisdictions by the Crown proceedings statutes, there is no longer any advantage in the *Dyson* procedure. The usual way of seeking a declaration is the procedure sanctioned by the Crown proceedings statutes of bringing an action against the Crown. However, while the Crown proceedings statute of each jurisdiction abolishes the petition of right, in many jurisdictions the statute does not expressly preclude other modes of suing the Crown.<sup>14</sup> It follows in those jurisdictions that the *Dyson* procedure survives, and a declaration can still be obtained against the Crown in an action in which the Attorney General is named as the defendant.

<sup>14</sup> In Canada, only N.B., s. 21 and N.S., s. 24, expressly abolish other proceedings against the Crown. However, in *Re MacNeil v. N.S. Bd of Censors* (1974), 53 D.L.R. (3d) 259

Hogg, aux pages 18 à 20 de l'ouvrage précité, explique l'utilité des procédures déclaratoires intentées contre la Couronne et l'effet de la disparition de la procédure de pétition de droit:

[TRADUCTION] Un jugement déclaratoire énonce le droit qui s'applique aux parties, mais il ne comporte aucune ordonnance coercitive. La violation d'un jugement déclaratoire ne constitue pas un outrage au tribunal et n'entraîne pas d'autre pénalité. On comble parfois cette lacune en assortissant le jugement déclaratoire d'un redressement coercitif, comme des dommages-intérêts, une injonction ou une exécution directe, mais cela n'est pas nécessaire. La Cour est habilitée à rendre un jugement déclaratoire «qu'il soit possible ou non de solliciter un redressement consécutif».

Ironiquement, l'absence de redressement coercitif fait que le jugement déclaratoire est devenu un recours excessivement utile en droit public, car la partie demanderesse n'a pas besoin d'établir «une cause d'action» en invoquant des faits qui lui donneraient droit à un redressement coercitif. Le jugement déclaratoire est donc souvent employé comme recours contre des mesures administratives illicites et des textes législatifs inconstitutionnels.

#### La procédure Dyson

Outre la procédure de pétition de droit, il était possible d'obtenir un jugement déclaratoire contre la Couronne en intentant une action ordinaire contre le procureur général. Cette méthode a été confirmée dans l'affaire *Dyson v. Attorney General* (1910), où la Cour d'appel d'Angleterre a déclaré qu'un avis fiscal envoyé à la partie demanderesse (et à huit millions d'autres personnes) n'était pas autorisé par la loi. Dans cette affaire, la partie défenderesse était le procureur général, et non la Couronne elle-même. Ce moyen d'obtenir un jugement déclaratoire contre la Couronne était également possible au Canada, en Australie et en Nouvelle-Zélande.

La procédure *Dyson* avait un net avantage sur la pétition de droit, en ce sens que l'institution d'une action contre le procureur général n'exigeait pas une autorisation royale. Maintenant que la pétition de droit et l'obligation d'obtenir l'autorisation royale ont été abolies dans toutes les juridictions par les lois sur les actions contre la Couronne, la procédure *Dyson* ne présente plus aucun avantage. La méthode courante pour solliciter un jugement déclaratoire est celle, que sanctionnent les lois régissant les procédures contre la Couronne, d'intenter une action contre cette dernière. Cependant, bien que la loi régissant les procédures contre la Couronne de chaque juridiction abolisse la pétition de droit, dans nombre de ces juridictions la loi n'exclut pas expressément d'autres moyens de poursuivre la Couronne. Il s'ensuit que la procédure *Dyson* subsiste dans ces juridictions, et qu'il est toujours possible d'obtenir un jugement déclaratoire contre la Couronne dans une action où le procureur général est désigné comme défendeur.

<sup>14</sup> Au Canada, seuls l'art. 21, N.-B. et l'art. 24, N.-É. abolissent expressément les autres procédures intentées contre la Couronne. Cependant, dans l'affaire *Re MacNeil v. N.S. Bd*

(N.S.A.D.), it was held that the *Dyson* procedure survived s. 24 of the Nova Scotia Act on the basis that the action against the Attorney General for a declaration was not a proceeding against the Crown within the meaning of the Act. Query correctness of this ruling, since the Attorney General is only a nominal defendant in such a proceeding. The case went on appeal to the Supreme Court of Canada, which affirmed the N.S.A.D.: *N.S. Bd. of Censors v. MacNeil* [1976] 2 S.C.R. 265. However, the Supreme Court of Canada made no mention of s. 24, discussing only the issue of standing, which it described (at p. 267) as “the only [preliminary objection] meriting consideration by this Court”. [Most footnotes omitted.]

The *Dyson* [*Dyson v. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410 (C.A.)] decision was relied upon in *Jones et Maheux v. Gamache*, the decision on which the plaintiff relies in this case. The secondary style of cause in that case was *Gamache v. Ministre des Transports* and the relevant issue under consideration was whether the Minister of Transport was a proper defendant. I will quote from the headnote for the finding in that case because I think it is an accurate summary [at page 316, D.L.R.]:

Where it is sought to declare a Regulation made by a governmental authority other than the Government itself to be void the action should be taken against the person vested with the power the limits of which are in question.

I understand the concern of the defendants in this case to be that since the rules allow for the discovery of parties, if the Minister of Defence and the Chief of the Defence Staff remain as the defendants, the plaintiff may seek to obtain discovery from each of them. If on the other hand, the respondent is Her Majesty the Queen or the Attorney General then the government may put forward an officer of its choosing for discovery. In addition, the present Minister of Defence was not the Minister of Defence in 1991 nor was the present Chief of the Defence Staff the incumbent of that position in 1991. With respect to the appropriate individual to be named for examination on discovery, I quote again from Hogg (*supra*), at pages 31-32:

Outside Australia, the Crown’s immunity persisted until the wave of reform that started with the United Kingdom’s Crown Proceedings Act 1947. This Act, among its many other

of *Censors* (1974), 53 D.L.R. (3d) 259 (S.A.N.-É.), il a été décrété que la procédure *Dyson* survivait à l’art. 24 de la Nova Scotia Act parce que l’action intentée contre le procureur général en vue de l’obtention d’un jugement déclaratoire n’était pas une procédure engagée contre la Couronne au sens de cette Loi. Il convient de s’interroger sur la justesse de cette décision, car le procureur général n’est défendeur que de nom dans une telle action. L’affaire a été portée en appel devant la Cour suprême du Canada, qui a confirmé la décision de la S.A.N.-É.: *N.S. Bd. of Censors c. MacNeil* [1976] 2 R.C.S. 265. Cependant, la Cour suprême du Canada n’a pas fait mention de l’art. 24, n’analysant que la question de la qualité pour agir, qu’elle a décrite comme étant l’unique objection préliminaire qui méritait d’être examinée par elle. [La plupart des renvois sont omis.]

La décision *Dyson* [*Dyson v. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410 (C.A.)] a été invoquée dans l’arrêt *Jones et Maheux v. Gamache*, sur lequel le demandeur s’appuie en l’espèce. L’intitulé de cause secondaire dans cette affaire était *Gamache c. Ministre des Transports*, et la question pertinente qui était examinée consistait à savoir si le ministre des Transports était une partie défenderesse appropriée ou non. Le passage qui suit est extrait du sommaire relatif à la décision rendue dans cet arrêt, qui, à mon sens, résume bien la situation [à la page 316, D.L.R.]:

[TRADUCTION] Lorsqu’il est demandé de déclarer qu’un règlement établi par une instance gouvernementale autre que le gouvernement lui-même soit nul, l’action doit être intentée contre la personne investie du pouvoir dont les limites sont mises en question.

Je comprends que les défendeurs en l’espèce s’inquiètent du fait que, comme les règles permettent d’interroger au préalable les parties, si le ministre de la Défense nationale et le chef d’état-major de la défense demeurent les défendeurs, le demandeur puisse chercher à obtenir que chacun d’eux soit interrogé au préalable. En revanche, si l’intimé est Sa Majesté la Reine ou le procureur général, le gouvernement peut alors déléguer à l’interrogatoire préalable un fonctionnaire de son choix. Par ailleurs, en 1991, l’actuel ministre de la Défense nationale n’avait pas ce portefeuille et l’actuel chef d’état-major de la défense n’était pas titulaire de ce poste. En ce qui a trait à la personne qu’il convient de désigner en vue d’un interrogatoire préalable, je cite de nouveau Hogg (ouvrage précité), aux pages 31 et 32:

[TRADUCTION] À l’extérieur de l’Australie, l’immunité de la Couronne a subsisté jusqu’à la vague de réformes dont la Crown Proceedings Act de 1947, au Royaume-Uni, a marqué

reforms, abolished the Crown's immunity from discovery by providing that, in civil proceedings to which the Crown was a party, the Crown could be required to make discovery of documents, to produce documents for inspection, and to answer interrogatories. New Zealand enacted a similar provision in 1950.

In Canada, the United Kingdom Act became the basis for the Uniform Model Act of 1950, which in turn became the basis for provincial Crown proceedings statutes. Each province has now subjected the Crown to discovery. So has the federal Parliament.

#### Designation of Crown representative

With respect to examination for discovery against the Crown, provision had to be made to identify the person who was to answer written interrogatories or who was to attend to be examined orally. The Uniform Model Act, by s. 11, simply provided that the rules of procedure regarding discovery "apply in the same manner as if the Crown were a corporation". This supplied a ready-made solution to the problem of identifying the representative who was to attend to be examined for discovery. In each Canadian province, the rules permit a party seeking discovery from a corporation to designate the person who shall attend as representative of the corporation; the corporation has the right to apply for an order of substitution if the corporation considers that an inappropriate person has been designated.

Seven Canadian provinces have adopted the Uniform Model Act's provision and have assimilated the Crown to a corporation for discovery purposes. Manitoba reverses this model by providing that the Crown (the Attorney General) is to designate the official who is to be examined; however, the court has the power to designate a different official. The rules applicable to proceedings against the federal Crown are essentially the same as Manitoba's. Ontario's Act provides that the Deputy Attorney General is to designate the person who shall attend to be examined for discovery; and there is no power in the court to substitute a different person. The Ontario rule encourages plaintiffs to bring proceedings against individual Crown servants as well as the Crown. If an individual Crown servant is one of the defendants, the plaintiff is entitled to examine him or her. [Underlining added; footnotes omitted.]

One assumes, indeed, more than assumes, is confident that if the Attorney General were to designate an individual to be examined for discovery, a person knowledgeable in the matters in issue would be chosen. If this did not prove to be the case, which I think is highly unlikely, the Court could intervene to ensure that an appropriate person was examined. I am not convinced that the defendants' concerns respecting discovery are significant. In so far as examining

le début. Cette loi, qui a mené à de nombreuses réformes, abolissait l'immunité de la Couronne contre les communications préliminaires en prévoyant que, dans les actions de nature civile auxquelles la Couronne était partie, cette dernière pouvait être tenue de communiquer des documents, de produire des documents en vue de leur examen et de répondre à des interrogatoires. La Nouvelle-Zélande a édicté une disposition analogue en 1950.

Au Canada, la United Kingdom Act est devenue le fondement de la Uniform Model Act de 1950 qui, à son tour, a servi de base aux lois provinciales régissant les procédures contre la Couronne. Chaque province permet maintenant d'interroger au préalable la Couronne. Il en va de même du parlement fédéral.

#### Désignation du représentant de la Couronne

En ce qui concerne l'interrogatoire préalable de la Couronne, il a fallu créer une disposition pour désigner la personne qui répondrait aux interrogatoires écrits ou oraux. La Uniform Model Act, à l'art. 11, prescrivait simplement que les règles de procédure régissant les interrogatoires préliminaires s'appliquaient [TRADUCTION] «de la même façon que si la Couronne était une personne morale». Cela offrait une solution toute faite au problème de désigner le représentant qui comparaitrait à un interrogatoire préalable. Dans chacune des provinces du Canada, les règles permettent à une partie qui désire interroger au préalable une personne morale de désigner la personne qui comparaitra à titre de représentant de la personne morale; cette dernière a le droit de demander une ordonnance de substitution si elle estime que la personne désignée ne convient pas.

Sept provinces du Canada ont adopté la disposition de la Uniform Model Act et ont assimilé la Couronne à une personne morale pour les interrogatoires préliminaires. Le Manitoba prévoit pour sa part que c'est la Couronne (le procureur général) qui doit désigner la personne qui sera interrogée; cependant, la cour est autorisée à désigner une personne différente. Les règles qui s'appliquent aux actions intentées contre la Couronne fédérale sont essentiellement les mêmes que celles du Manitoba. La Loi de l'Ontario porte que le procureur général adjoint doit désigner la personne qui sera soumise à un interrogatoire préalable, et que la cour n'est pas habilitée à remplacer cette personne par quelqu'un de différent. La règle ontarienne encourage les parties demanderesse à intenter une procédure contre des fonctionnaires particuliers de la Couronne ainsi que contre la Couronne. Si un fonctionnaire particulier de la Couronne est l'un des défendeurs, la partie demanderesse a le droit de l'interroger. [C'est moi qui souligne; renvois omis.]

On suppose—on est convaincu même—que si le procureur général devait désigner une personne qui serait soumise à un interrogatoire préalable, il choisirait une personne qui est bien au fait du point en litige. Si ce n'était pas le cas, et cela est improbable à mon avis, la Cour pourrait intervenir pour s'assurer que l'on interroge une personne compétente. Je ne suis pas persuadée que les préoccupations des défendeurs concernant l'interrogatoire préalable sont

Ministers for discovery is concerned, there is considerable jurisprudence which establishes that although ultimately responsible for the actions taken by persons reporting to them, Ministers are often not the most knowledgeable about the particular facts in issue and are often not appropriate individuals for discovery purposes. As has already been noted, counsel for the plaintiff has made it abundantly clear that the Minister of Defence and the Chief of the Defence Staff are not being sued in their personal capacity. I am not persuaded that I should take into account, at this stage, questions concerning who can appropriately be examined for discovery. This can be decided later if it becomes a real issue between the parties.

Lastly, with respect to counsel for the plaintiff's argument that the present defendants are appropriate defendants because part of the remedy sought is an injunction to prevent those defendants implementing, or authorizing the implementation of the policy which it is sought to challenge, I find it useful to quote from Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (1983), at pages 168-169:

It is generally accepted that at common law an injunction cannot issue against the Crown itself. Several reasons have been given for the inappropriateness of injunctive relief against the Crown. It has been said that as the court is an emanation of the Crown, it would be incongruous for the court to purport to control the Crown and that no means could be found to enforce such an injunction. However, in one Canadian case, the Manitoba Court of Appeal departed from this doctrine and upheld an interlocutory injunction to restrain the Crown and a Minister from executing a deportation order. The court held that as the Crown was not the main defendant, enforceability of the order could be assured by proceedings against the other defendants. In fact, it matters little whether the Crown itself may be properly enjoined. The Crown is an abstraction and works through individuals, and if those individuals can be controlled through injunctions, the Crown is thereby controlled.

There is debate as to whether an injunction may issue against a Crown servant but despite this uncertainty, it is suggested that the Canadian cases support the award of injunctions against Ministers or servants of the Crown where their course of conduct cannot be justified in law. The basic principle which emerges is that an injunction will be granted to restrain

importantes. En ce qui a trait aux interrogatoires préalables de ministres, il existe une jurisprudence considérable qui établit que, même s'ils sont comptables en définitive des mesures que prennent les personnes relevant d'eux, les ministres ne sont souvent pas les plus au courant des faits qui sont en litige, et ne sont souvent pas les personnes qui conviennent pour être interrogées au préalable. Comme je l'ai déjà dit, l'avocat du demandeur a fait clairement comprendre que le ministre de la Défense nationale et le chef d'état-major de la Défense ne sont pas poursuivis à titre personnel. Je ne suis pas convaincue que je devrais tenir compte, à ce stade-ci, des questions concernant les personnes qu'il convient d'interroger au préalable. Ce point pourra être réglé plus tard, s'il suscite un réel désaccord entre les parties.

Enfin, pour ce qui est de l'argument de l'avocat du demandeur selon lequel les défendeurs en l'espèce sont ceux qui conviennent parce qu'une partie de la mesure de redressement sollicitée est une injonction visant à empêcher ces derniers de mettre en application ou d'autoriser la mise en application de la politique contestée, il est utile selon moi de citer les propos suivants de Sharpe, dans son ouvrage intitulé *Injunctions and Specific Performance* (1983), aux pages 168 et 169:

[TRADUCTION] Il est généralement reconnu qu'en common law une injonction ne peut être prononcée contre la Couronne elle-même, et ce, pour plusieurs raisons. Il a été dit qu'étant donné que la cour est une émanation de la Couronne, il serait incongru de sa part de tenter d'exercer un contrôle sur cette dernière et qu'il n'existe aucun moyen d'exécuter une telle injonction. Cependant, dans une affaire entendue au Canada, la Cour d'appel du Manitoba s'est écarté de ce principe et a confirmé une injonction interlocutoire visant à empêcher la Couronne et un ministre de mettre à exécution une mesure d'expulsion. La Cour a statué qu'étant donné que la Couronne n'était pas la partie défenderesse principale, il était possible d'assurer le caractère exécutoire de l'ordonnance en engageant des procédures contre les autres défendeurs. En réalité, il importe peu de savoir si la Couronne elle-même peut être soumise à une injonction à juste titre. La Couronne est une entité abstraite, qui fonctionne par l'entremise d'individus, et s'il est possible de contrôler ces derniers au moyen d'injonctions, on contrôle de la sorte la Couronne.

On ne s'entend pas sur la question de savoir si une injonction peut être prononcée contre un préposé de la Couronne mais, malgré cette incertitude, il semble que les décisions rendues au Canada étayaient le fait de prononcer une injonction contre un ministre ou un préposé de la Couronne lorsque sa conduite ne peut être justifiée en droit. Le principe fondamen-

a Crown servant from exceeding the lawful limits of authority or from acting without any authority where the acts complained of constitute a violation of the plaintiff's right. [Footnotes omitted.]

The Manitoba case, to which reference is made, is *Carlic v. The Queen and Minister of Manpower and Immigration* (1967), 65 D.L.R. (2d) 633 (Man. C.A.). Apparently it was argued that the proceedings in that case were defective because they purported to be against both Her Majesty the Queen and the Minister of Citizenship and Immigration. The Court held, at pages 637-639:

It may be well to point out that Courts have more than once affirmed their right to restrain a Minister of the Crown from the doing of acts which were either illegal or beyond statutory power. Thus in *C.P.R. Co. et al. v. A.-G. Sask.* [1951] 3 D.L.R. 362, 1 W.W.R. (N.S.) 193, Thomson, J., had to deal with a motion made by the defendants to the effect that the relief claimed against the Crown could be obtained only on petition of right, and that the defendants, the Attorney-General of Saskatchewan and the Minister of Natural Resources, were servants or agents of the Crown and were improperly joined as defendants in that action. Thomson, J., denied the motion. He held that the Court could entertain an action to determine whether the threatened acts were *ultra vires* or illegal, and, if that were established, could restrain the taking of such steps or proceedings. He held therefore that both the Attorney-General of Saskatchewan and the Minister of Natural Resources had been properly joined as defendants in the action.

In due course that case reached the Supreme Court of Canada (*vide C.P.R. et al. v. A.-G. Sask.*, [1952] 4 D.L.R. 11, 69 C.R.T.C. 1, [1952] 2 S.C.R. 231) being argued, however, on other points. The only reference to the procedural matter is found in the judgment of Kerwin, J. (as he then was), speaking for himself and Taschereau, Cartwright and Fauteux, JJ., when he said at pp. 20-1:

The trial Judge and the Court of Appeal [[1951] 4 D.L.R. 21, 68 C.R.T.C. 232, 2 W.W.R. (N.S.) 424] dealt with several other matters raised by the parties who, however, have now abandoned their contentions with respect thereto. . . . [The] respondents abandoned their claim that the action was not properly brought against the Attorney-General and the Minister of Natural Resources and Industrial Development.

In applying the principles above mentioned I think it well to remind ourselves that the controversy here, as in *Gooliah*, is fundamentally one between State and individual, between

tal qui ressort est qu'une injonction sera accordée pour empêcher un préposé de la Couronne d'excéder les limites légitimes de son pouvoir ou d'agir sans pouvoir aucun lorsque les actes contestés violent le droit de la partie demanderesse. [Renvois omis.]

La décision manitobaine mentionnée dans la citation qui précède est *Carlic v. The Queen and Minister of Manpower and Immigration* (1967), 65 D.L.R. (2d) 633 (C.A. Man.). Il était allégué, apparemment, que la procédure dans cette affaire était défectueuse parce qu'elle était intentée à la fois contre Sa Majesté la Reine et contre le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration. La Cour a décrété ce qui suit, aux pages 637 à 639 du recueil:

[TRADUCTION] Il serait peut-être bon de faire remarquer que les tribunaux ont confirmé à plus d'une reprise le droit qu'ils ont d'empêcher un ministre de la Couronne de faire des gestes qui étaient illégaux ou qui excédaient les pouvoirs que leur conférait la loi. Ainsi, dans l'affaire *C.P.R. Co. et al. v. A.-G. Sask.* [1951] 3 D.L.R. 362, 1 W.W.R. (N.-É.) 193, le juge Thomson était saisi d'une requête selon laquelle le redressement demandé contre la Couronne ne pouvait être obtenu que par pétition de droit, et que les défendeurs—le procureur général de la Saskatchewan et le ministre des Ressources naturelles—étaient des préposés ou des mandataires de la Couronne et avaient été joints à tort comme défendeurs dans cette action. Le juge Thomson a rejeté la requête. Il a décrété que la Cour pouvait instruire une action pour déterminer si les actes menacés étaient *ultra vires* ou illégaux, et, dans l'affirmative, qu'elle pouvait empêcher de prendre de telles mesures ou d'initier de telles procédures. Il a donc statué que le procureur général de la Saskatchewan et le ministre des Ressources naturelles avaient été joints à juste titre comme défendeurs à l'action.

L'affaire a été soumise en temps utile à la Cour suprême du Canada (*C.P.R. et al. v. A.-G. Sask.*, [1952] 4 D.L.R. 11, 69 C.R.T.C. 1, [1952] 2 R.C.S. 231), pour d'autres points, cependant. L'unique référence qui est faite à la question de nature procédurale figure dans la décision du juge Kerwin (tel était alors son titre), s'exprimant pour lui-même et pour les juges Taschereau, Cartwright et Fauteux. Il a déclaré ce qui suit, aux p. 20 et 21 de la décision:

Le juge de première instance et la Cour d'appel [[1951] 4 D.L.R. 21, 68 C.R.T.C. 232, 2 W.W.R. (N.-É.) 424] ont traité de plusieurs autres questions soulevées par les parties qui, toutefois, ont maintenant abandonné leurs prétentions concernant ces questions. . . . Les intimés ont renoncé à l'argument selon lequel l'action n'avait pas été intentée à juste titre contre le procureur général et le ministre des Ressources naturelles et du Développement industriel.

En appliquant les principes susmentionnés, je crois qu'il est bon de se rappeler que la controverse dont il est question en l'espèce, comme dans l'affaire *Gooliah*, oppose fondamentalement

Crown and subject. In more specific terms it is dispute between the Department of Manpower and Immigration and the plaintiff. Whether that Department is represented by Her Majesty the Queen or by the Minister of Manpower and Immigration or by any other named defendant seems to me less important than that the issues be placed before the Court by the plaintiff on the one hand and by someone able to speak responsibly for the Department on the other. It was in that sense that I regarded the objections made by the Crown in the *Gooliah* case as technical in character. In the same way I regard the subject of the present motion as technical also.

Interestingly, this decision by the Manitoba Court of Appeal was commented upon with approval in *Juandoo v. Attorney General of Guyana*, [1971] A.C. 972 (P.C.). I do not propose to recount the facts of that case. They relate to the particular procedural rules there in issue. It is sufficient to quote a passage from that judgment, at pages 984-985:

The question is whether an injunction was a remedy which the court had jurisdiction to grant against "the Government of Guyana," which is the only entity against whom the injunction was sought. This expression connotes the person or, if there is more than one, those persons collectively, in whom the executive authority of the sovereign democratic state of Guyana is vested under the Constitution. . . .

At the relevant time, the executive authority of Guyana was vested in Her Majesty and exercised by the Governor-General on her behalf under article 33 of the Constitution. At the time of the hearing of the motion in the High Court an injunction against the Government of Guyana would thus have been an injunction against the Crown. This a court in Her Majesty's Dominions had no jurisdiction to grant. The reason for this in constitutional theory is that the court exercises its judicial authority on behalf of the Crown. Accordingly any orders of the court are themselves made on behalf of the Crown and it is incongruous that the Crown should give orders to itself.

Where the coercive order takes the form of an injunction, there is an additional objection to its being granted against an entity described as "the Government of Guyana." If at the time of the hearing of the motion this meant more than Her Majesty in whom the executive authority of Guyana was then vested and in whose service all public officers were engaged, it failed to identify the persons intended to be bound by the order. This an injunction must always do. In the instant case, the order sought was one restraining "the Government of Guyana from commencing or continuing road building operations either by themselves or by persons employed by them" upon the land. How far down the official hierarchy of public service or up it to Her Majesty does an injunction in these terms extend? If road construction operations were commenced or continued

ment l'État et un individu, la Couronne et un sujet. Le litige oppose plus précisément le ministère de la Main-d'œuvre et de l'Immigration et le demandeur. Le fait que le Ministère soit représenté par Sa Majesté la Reine ou par le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration ou par tout autre défendeur nommé m'apparaît moins important que le fait que les points en litige ont été soumis à la Cour par le demandeur d'une part et, d'autre part, par quelqu'un d'autre capable de s'exprimer d'une manière responsable pour le Ministère. C'est dans ce sens que j'ai considéré que les objections formulées par la Couronne dans l'affaire *Gooliah* revêtent un caractère technique. C'est également ainsi que je considère le sujet de la présente requête.

Détail intéressant, la Cour d'appel du Manitoba a formulé des observations sur cette décision, en y souscrivant, dans l'affaire *Juandoo v. Attorney General of Guyana*, [1971] A.C. 972 (P.C.). Je ne me propose pas de relater les faits de cette affaire, qui se rapportent à des règles procédurales bien précises. Il suffit de citer un passage de ce jugement, qui figure aux pages 984 et 985 du recueil:

[TRADUCTION] La question qui se pose est celle de savoir si une injonction était un redressement que la cour était autorisée à décerner contre le «gouvernement du Guyana», l'unique entité contre laquelle l'injonction était sollicitée. Cette expression désigne la personne ou, s'il y en a plus qu'une, les personnes prises collectivement, auxquelles est conféré le pouvoir exécutif de l'État démocratique souverain du Guyana en vertu de la Constitution. . . .

À l'époque en cause, l'autorité exécutive du Guyana était conférée à Sa Majesté et exercée par le gouverneur général pour le compte de cette dernière, aux termes de l'article 33 de la Constitution. À l'audition de la requête devant la Haute cour, une injonction contre le gouvernement du Guyana aurait donc été contre la Couronne. Il s'agissait d'une mesure qu'un tribunal n'était pas autorisée à prendre dans les dominions de Sa Majesté. L'explication, en théorie constitutionnelle, est que la cour exerce son pouvoir judiciaire pour le compte de la Couronne. Par conséquent, toute ordonnance que rend la cour est elle-même rendue pour le compte de la Couronne, et il serait incongru que cette dernière se donne elle-même des ordres.

Quand l'ordonnance coercitive revêt la forme d'une injonction, un autre facteur s'oppose à ce que cette dernière soit prononcée contre une entité décrite comme étant «le gouvernement du Guyana». Si, au moment de l'audition de la requête, cette expression désignait plus que Sa Majesté, en qui l'autorité exécutive du Guyana était conférée et au service de laquelle se trouvaient tous les fonctionnaires, elle n'indiquait pas quelles personnes seraient liées par l'ordonnance. Ce qu'une injonction doit toujours faire. Dans la présente affaire, l'ordonnance demandée visait à empêcher «le gouvernement du Guyana d'entreprendre ou de poursuivre des travaux de construction routière, soit par lui-même soit par des personnes à son service» sur les terres en question. Jusqu'à quel palier, vers le bas dans la hiérarchie officielle de la fonction publique,

despite the injunction, would everyone from the Cabinet downwards who could have given instructions that the operations should not be carried out be liable to committal or attachment for breach?

A form of relief which would not have been open to these objections would have been a declaration of the landowner's right not to have her land taken. This could properly be made against the Government of Guyana as such.

A declaration of rights unlike an injunction, however, is not a suitable form of interim relief pending final determination of the landowner's application. But if the matter were urgent, it would have been open to the landowner to add, as an additional party to the motion, the Director of Works or the Minister in whom the powers of the Director of Works under the Roads Ordinance are now vested, and to claim an injunction against him. This would give the court jurisdiction to grant an interim injunction if the urgency of the matter so required. This was the course adopted in the Canadian case of *Carlic v. The Queen and Minister of Manpower and Immigration* (1968) 65 D.L.R. (2d) 633, although their Lordships do not accept as correct that the interim injunction granted in that case should have been expressed to be against both defendants instead of against the Minister to the exclusion of the Queen.

There is, of course, in non-constitutional cases, in some jurisdictions, a debate as to the appropriateness of granting injunctions against officers of the Crown when that injunction operates against them in their representative capacity only as opposed to against them in their personal capacity. A discussion of this debate and approval of the approach which has been taken by the Canadian courts is found in S. A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action* (4th ed. 1980), at pages 445-449. In the present case, since the challenge is a constitutional one, that particular debate would be irrelevant in any event since the Court has jurisdiction pursuant to section 24 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)*] [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] to grant whatever remedies are appropriate in the circumstances.

On the basis of the above review of the relevant jurisprudence, I am not persuaded that it is appropriate to strike the plaintiff's action as against the pre-

ou vers le haut, jusqu'à Sa Majesté, une injonction libellée en ces termes s'étend-elle? Si, malgré l'injonction, les travaux de construction routière étaient entrepris ou poursuivis, est-ce que tous ceux qui, sous le Cabinet inclusivement, auraient pu donner des instructions pour que l'on n'exécute pas les travaux auraient été passibles d'incarcération ou de saisie-arrêt pour cause de violation?

Une forme de redressement qui n'aurait pas donné lieu à ces objections aurait été une déclaration du droit du propriétaire foncier de ne pas se faire prendre ses terres. Cette déclaration aurait pu être formulée à juste titre contre le Gouvernement du Guyana en tant que tel.

Une déclaration de droits, contrairement à une injonction, ne constitue cependant pas une forme convenable de redressement provisoire en attendant qu'une décision définitive soit prise au sujet de la requête du propriétaire foncier. Cependant, s'il y avait urgence, le propriétaire foncier aurait pu ajouter, à titre de partie supplémentaire à la requête, le directeur des Travaux ou le ministre à qui sont aujourd'hui conférés les pouvoirs du directeur des Travaux, en vertu de l'Ordonnance concernant les travaux routiers, et de demander qu'une injonction soit prononcée contre lui. Cela autoriserait la cour à accorder une injonction provisoire si l'urgence de la question le justifiait. C'est la voie qui a été suivie dans une affaire entendue au Canada, *Carlic v. The Queen and Minister of Manpower and Immigration* (1968) 65 D.L.R. (2d) 633, encore qu'il ne soit pas exact, selon nous, que l'injonction provisoire accordée dans cette affaire aurait dû s'appliquer aux deux défendeurs plutôt qu'au ministre à l'exclusion de la Reine.

Dans les affaires de nature non constitutionnelle, il existe, bien sûr, dans certaines juridictions, un débat sur la justesse d'accorder une injonction contre des fonctionnaires de la Couronne lorsque cette injonction agit contre eux en leur qualité de représentants, plutôt qu'en leur qualité personnelle. S.A. de Smith analyse ce débat et souscrit à la démarche des tribunaux canadiens dans son ouvrage intitulé *Judicial Review of Administrative Action* (4<sup>e</sup> éd. 1980), aux pages 445 à 449. Dans la présente affaire, étant donné que la contestation est de nature constitutionnelle, ce débat particulier serait sans objet de toute façon car, aux termes de l'article 24 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.)*] [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], la Cour a compétence pour accorder les mesures de réparation, quelles qu'elles soient, qui conviennent dans les circonstances.

Cette analyse de la jurisprudence applicable ne me convainc pas du bien-fondé de radier l'action du demandeur contre les défendeurs présentement



sent named defendants. I see no impediment however to adding Her Majesty the Queen as an additional defendant to the action. Counsel for the plaintiff indicated that he had no objection to that course of action. An order to that effect will therefore be issued.

#### League as Plaintiff or Intervenor

The last issue to be dealt with is a motion brought by the League seeking to be added to this litigation either as a plaintiff (as of right or with leave of the Court) or as an intervenor. The plaintiff supports the League's application including its request to be added as co-plaintiff.

The League's request to be added as a co-plaintiff, as of right, relies on Mr. Justice Muldoon's decision in *B'Nai Brith Canada League for Human Rights v. Canada (Minister of National Defence)* (*supra*). As noted, the League was granted, by that decision, leave to commence an action by way of statement of claim to challenge the constitutionality of DCDS 9/83. Counsel argues that if the League had commenced an action on its own to challenge DCDS 9/83, there would now be two cases before the Court raising the same issues; this would be a classic case for joinder. Accordingly, counsel argues the League should be granted the status of co-plaintiff in the present case.

Counsel for the defendants argues that Mr. Justice Muldoon's decision depended on the Federal Court of Appeal decision in *Canadian Council of Churches v. Canada*, [1990] 2 F.C. 534, and that that decision has now been overruled [[1992] 1 S.C.R. 236]. Accordingly, it is argued that while the League should not be granted standing as a plaintiff, counsel for the defendants agreed that the League should be granted intervenor status.

I think counsel for the defendants' argument must prevail. In the *Canadian Council of Churches* case, the Federal Court of Appeal found that there were other reasonable and effective means by which the constitutional issue in question could be brought before the Court. The Court nevertheless granted the Council standing, presumably on the basis that as a direct participant in helping those claiming refugee

nommés. Je ne vois cependant aucun obstacle à ce qu'on ajoute Sa Majesté la Reine comme partie défenderesse supplémentaire à l'action. L'avocat du demandeur a indiqué qu'il ne s'opposait pas à une telle mesure. Une ordonnance à cet effet sera donc rendue.

#### La Ligue en tant que demanderesse ou intervenante

Le dernier point à considérer est la requête de la Ligue, qui désire être ajoutée au présent litige soit à titre de demanderesse (de droit ou avec la permission de la Cour) soit à titre d'intervenante. Le demandeur appuie la requête de la Ligue, y compris celle d'être ajoutée comme codemanderesse.

La requête de la Ligue pour être ajoutée, de droit, comme codemanderesse repose sur la décision qu'a rendue le juge Muldoon dans l'affaire *B'Nai Brith Canada Ligue des droits de la personne c. Canada (Ministre de la Défense nationale)* (précitée). Comme je l'ai indiqué, par cette décision la Ligue a obtenu la permission d'introduire une action par déclaration pour contester la constitutionnalité de la directive DCDS 9/83. L'avocat fait valoir que si la Ligue avait introduit une action par elle-même pour contester cette directive, la Cour se trouverait maintenant saisie de deux causes soulevant des questions identiques; ce serait là un cas classique de jonction d'instances. L'avocat fait donc valoir qu'il faudrait accorder à la Ligue le statut de codemanderesse en l'espèce.

L'avocat des défendeurs soutient que la décision du juge Muldoon était subordonnée à celle que la Cour d'appel fédérale a rendue dans l'affaire *Conseil canadien des églises c. Canada*, [1990] 2 C.F. 534, et que cette décision a maintenant été infirmée [[1992] 1 R.C.S. 236]. Il soutient donc qu'il ne convient pas d'accorder à la Ligue le statut de demandeur, mais qu'on peut lui accorder le statut d'intervenante.

Je crois que c'est l'argument de l'avocat des défendeurs qui l'emporte. Dans l'affaire *Conseil canadien des églises*, la Cour d'appel fédérale a déterminé qu'il existait d'autres moyens raisonnables et efficaces de soumettre à la Cour la question constitutionnelle en cause. La Cour a néanmoins donné au Conseil qualité pour agir, vraisemblablement parce qu'en contribuant directement à aider les revendicateurs du

status it had an interest in at least some aspects of the litigation. The Supreme Court overruled this decision, reiterating the three requirements for public interest standing. The Court stated that public interest standing is not required when on the balance of probabilities it can be shown that the measure, whose constitutionality is in question, will be subject to attack by a private litigant.

Mr. Justice Muldoon did not make a finding on whether in the case before him this third test was met because the Federal Court of Appeal, at the time, had broadened that requirement. Accordingly, I do not think the League can rely on Mr. Justice Muldoon's decision as the basis for its claim to be added as a co-plaintiff. In the light of the Supreme Court decision in the *Canadian Council of Churches*, I have not been convinced that the League could on its own sustain an action in this case. Accordingly, it will be added as an intervenor. I invite counsel for the League, in consultation with counsel for the plaintiff and counsel for the defendants to submit a draft order for my consideration setting out the terms of such intervention. I understood there to be considerable agreement between them as to what those terms should be.

statut de réfugié, le Conseil avait un intérêt dans certains aspects au moins du litige. La Cour suprême a infirmé cette décision, en réitérant les trois conditions qui s'appliquent à la qualité pour agir dans l'intérêt public. La Cour a déclaré que cette qualité n'est pas requise lorsqu'il peut être démontré, selon la prépondérance des probabilités, que la mesure en question, dont la constitutionnalité est en cause, sera contestée par une partie privée.

Le juge Muldoon n'a pas tiré de conclusion sur le fait de savoir si, dans l'affaire dont il était saisi, ce troisième critère était satisfait parce que, à ce moment, la Cour d'appel fédérale avait élargi cette condition. Je ne crois donc pas que la Ligue puisse s'appuyer sur la décision du juge Muldoon pour étayer sa demande d'être ajoutée comme codemanderesse. Compte tenu de la décision que la Cour suprême a rendue dans l'affaire *Conseil canadien des églises*, je ne suis pas convaincue que la Ligue pourrait soutenir par elle-même une action dans cette affaire. En conséquence, elle sera ajoutée comme intervenante. J'invite l'avocat de la Ligue, en consultation avec celui du demandeur et celui des défendeurs, de me soumettre un projet d'ordonnance énonçant les conditions dans lesquelles se ferait cette intervention. J'ai cru comprendre que tous s'entendaient dans une grande mesure sur ce que les conditions devaient être.

A-1407-92

A-1407-92

**Michael J. Martinoff** (*Appellant*)**Michael J. Martinoff** (*appelant*)

v.

c.

**Her Majesty the Queen and N. D. Inkster**  
(*Respondents*)

a

**Sa Majesté la Reine et N. D. Inkster** (*intimés*)*INDEXED AS: MARTINOFF v. CANADA (C.A.)*

b

*RÉPERTORIÉ: MARTINOFF c. CANADA (C.A.)*Court of Appeal, Heald, Décary and Linden J.J.A.—  
Vancouver, November 16; Ottawa, December 13,  
1993.Cour d'appel, juges Heald, Décary et Linden, J.C.A.  
—Vancouver, 16 novembre; Ottawa, 13 décembre  
1993.

*Criminal justice — Firearms — Appeal from dismissal of application for judicial review of RCMP Commissioner's refusal to issue national business permit to sell firearms pursuant to Criminal Code, s. 110(5) — Not considering application on merits as not wanting to interfere with existing provincial administration of scheme — Commissioner having jurisdiction under ss. 110(5),(10) to issue permit effective in more than one province — No agreement with provinces can nullify power given Commissioner by Parliament — Commissioner ordered to consider application on merit but Court not dictating result as reasons may exist to deny permit or impose conditions in public interest.*

c

*Justice criminelle et pénale — Armes à feu — Appel à l'encontre du rejet de la demande de contrôle judiciaire du refus du commissaire de la GRC de délivrer un permis national d'exploitation d'entreprise de vente d'armes à feu conformément à l'art. 110(5) du Code criminel — Le commissaire n'a pas étudié le bien-fondé de la demande, ne voulant pas intervenir dans l'administration des régimes provinciaux existants — En vertu des art. 110(5) et 110(10), le commissaire est habilité à délivrer des permis valides dans plus d'une province — Aucun accord conclu avec les provinces ne peut retirer le pouvoir que le législateur a conféré au commissaire — Le commissaire a reçu l'ordre d'étudier le bien-fondé de la demande, sans que la Cour lui dicte sa décision parce qu'il peut exister des raisons de refuser le permis ou d'imposer des conditions dans l'intérêt public.*

d

e

This was an appeal from the Trial Judge's dismissal of an application for judicial review of the RCMP Commissioner's refusal to issue a national business permit to sell firearms across Canada pursuant to *Criminal Code*, subsection 110(5). The appellant has obtained provincial business permits allowing him to sell firearms in British Columbia each year since 1988. He now intends to carry on business throughout Canada, but cannot do so without a permit from the RCMP Commissioner or from the provincial firearms officer of each province in which he wishes to do business. The Commissioner refused to consider the application on its merits because he did not want to interfere with the longstanding practice of such permits being issued by the chief provincial firearms officers.

f

g

h

Il s'agit d'un appel à l'encontre du rejet, par le juge de première instance, de la demande de contrôle judiciaire du refus du commissaire de la GRC de délivrer, conformément au paragraphe 110(5) du *Code criminel*, un permis national d'exploitation d'entreprise de vente d'armes à feu. L'appelant a obtenu chaque année depuis 1988 un permis provincial d'exploitation d'entreprise lui permettant de vendre des armes à feu en Colombie-Britannique. Il souhaite maintenant exercer son entreprise à l'échelle nationale, mais il ne peut le faire sans un permis délivré par le commissaire de la GRC ou par chacun des préposés provinciaux aux armes à feu dans chacune des provinces où il veut faire affaire. Le commissaire a refusé d'étudier la demande au fond parce qu'il ne voulait pas s'immiscer dans la pratique de longue date selon laquelle ces permis sont délivrés par les chefs provinciaux des préposés aux armes à feu.

*Held*, the appeal should be allowed.

*Arrêt*: l'appel doit être accueilli.

Any judicial consideration of Part II.1 of the Code must take into account the strict control of handguns which has been and remains an essential feature of Canadian gun control laws.

i

Toute interprétation de la partie II.1 du Code par les tribunaux doit tenir compte du strict contrôle des armes de poing, qui a été et demeure une caractéristique essentielle des lois canadiennes en matière de contrôle des armes à feu.

The Commissioner (or a person designated by him) may issue a permit which is effective in more than one province, according to subsection 110(5) when read together with subsection 110(10). Provincial officials who are entitled to issue

j

Le commissaire (ou celui qu'il désigne) peut délivrer un permis qui est valide dans plus d'une province, selon le paragraphe 110(5) lu de concert avec le paragraphe 110(10). Les préposés provinciaux qui ont droit de délivrer ces permis ne

these permits cannot give them extraprovincial effect, save in the exceptional situations outlined in subsection 110(10).

The Commissioner refused to exercise the authority given to him by Parliament. He expressly did not consider the application on its merits, as it was his duty to do. It was implicit in his decision that he would never issue a nation-wide permit, despite the fact that Parliament gave him the power to do so. The Commissioner's refusal to exercise jurisdiction because he did not want to interfere with the existing provincial administration of the scheme amounted to a perception that he had been divested of the authority which Parliament had given to him by agreements with the provinces. No agreement with the provinces can nullify the power which Parliament has given to the Commissioner. Agreements can be made with regard to the administration and the operational cost of the gun control scheme, but the legal authority given to the Commissioner to issue permits cannot be completely obliterated by these agreements.

It would be inappropriate to require the Commissioner to issue a national licence. While the Court can require consideration of this application on its merits, it should not dictate the result. Valid reasons may exist for denying a national gun dealership permit. Although the appellant had already met the provincial safety standards, safety was but one factor to be considered. Furthermore, those same safety standards may not apply to a Canada-wide permit and there might be various conditions or limitations that the Commissioner would see fit to impose in the public interest.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 105(1)(a) (as am. by S.C. 1991, c. 40, s. 39), (2)(b)(i) (as am. *idem*), (5) (as am. *idem*), 108 (as am. *idem*, s. 20), 110(5) (as am. *idem*, s. 40), (10) (as am. *idem*, s. 23), 111 (as am. *idem*, s. 24), 112(4) (as am. *idem*, s. 26).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443; (1988), 55 D.L.R. (4th) 1; [1989] 1 W.W.R. 289; 56 Man. R. (2d) 92; 45 C.C.C. (3d) 97; 66 C.R. (3d) 251; 88 N.R. 90; *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742 (C.A.).

##### DISTINGUISHED:

*R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; (1988), 63 O.R. (2d) 281; 44 D.L.R. (4th) 385; 37 C.C.C. (3d) 449; 69 C.R. (3d) 1; 31 C.R.R. 1; 82 N.R. 1; 26 O.A.C. 1; *Prince George (City of) v. Payne*, [1978] 1 S.C.R. 458; [1977] 4 W.W.R. 275; 15 N.R. 386; 2 M.P.L.R. 162; 75 D.L.R. (3d) 1.

peuvent les rendre valides à l'extérieur de leur province, sauf dans les situations exceptionnelles exposées au paragraphe 110(10).

Le commissaire a refusé d'exercer le pouvoir que lui confère le législateur. C'est à dessein qu'il n'a pas étudié la demande au fond, comme c'était son devoir de le faire. Il ressort implicitement de sa décision qu'il ne délivrerait jamais de permis valide partout au Canada, bien que le législateur lui ait donné le pouvoir de le faire. Le refus du commissaire d'exercer sa compétence parce qu'il ne veut pas s'immiscer dans l'administration de la loi par les provinces laisse supposer qu'il estime que les accords conclus avec les provinces lui ont fait perdre l'autorité que lui avait conféré le législateur. Or, aucun accord conclu avec les provinces ne peut retirer au commissaire le pouvoir que le législateur lui a conféré. Des accords peuvent régir l'administration et les coûts opérationnels de la législation sur le contrôle des armes à feu, mais le pouvoir que la loi donne au commissaire de délivrer des permis ne peut être complètement réduit à néant par ces accords.

Il ne serait pas sage d'obliger le commissaire à délivrer un permis national. Bien que la Cour puisse exiger l'examen au fond de la demande, elle ne peut dicter la décision à cet égard. Il peut y avoir des raisons valides de refuser un permis national d'exploitation d'entreprise de vente d'armes à feu. Bien que l'appellant ait déjà respecté les normes provinciales de sécurité, la sécurité n'était que l'un des aspects à considérer. De plus, ces mêmes normes de sécurité pourraient ne pas s'appliquer à un permis national, et le commissaire pourrait considérer opportun d'imposer, dans l'intérêt du public, diverses conditions et restrictions.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 105(1)(a) (mod. par. L.C. 1991, ch. 40, art. 39), (2)(b)(i) (mod., *idem*), (5) (mod., *idem*), 108 (mod., *idem*, art. 20), 110(5) (mod., *idem*, art. 40), (10) (mod., *idem*, art. 23), 111 (mod., *idem*, art. 24), 112(4) (mod., *idem*, art. 26).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443; (1988), 55 D.L.R. (4th) 1; [1989] 1 W.W.R. 289; 56 Man. R. (2d) 92; 45 C.C.C. (3d) 97; 66 C.R. (3d) 251; 88 N.R. 90; *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742 (C.A.).

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; (1988), 63 O.R. (2d) 281; 44 D.L.R. (4th) 385; 37 C.C.C. (3d) 449; 69 C.R. (3d) 1; 31 C.R.R. 1; 82 N.R. 1; 26 O.A.C. 1; *Prince George (La ville de) c. Payne*, [1978] 1 R.C.S. 458; [1977] 4 W.W.R. 275; 15 N.R. 386; 2 M.P.L.R. 162; 75 D.L.R. (3d) 1.

## REFERRED TO:

*Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110; *Toronto Newspaper Guild v. Globe Printing Co.*, [1953] 2 S.C.R. 18; [1953] 3 D.L.R. 561; (1953), 106 C.C.C. 225; 53 CLLC 15,056; *Kahlon v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 3 F.C. 386; (1986), 30 D.L.R. (4th) 157; 26 C.R.R. 152 (C.A.); *Jefford v. Canada*, [1988] 2 F.C. 189; (1988), 47 D.L.R. (4th) 321; 28 C.L.R. 266; 21 C.P.R. (3d) 28.

APPEAL from the trial judgment ([1992] 3 F.C. 648) dismissing the appellant's application for judicial review of the RCMP Commissioner's refusal to issue a national business permit to sell firearms pursuant to *Criminal Code*, subsection 110(5). Appeal allowed.

## COUNSEL:

*Douglas H. Murray* for appellant.  
*Daniel L. Kiselbach* for respondents.

## SOLICITORS:

*Street, Morrison & Murray*, Vancouver, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.

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

LINDEN J.A.: Michael J. Martinoff, the appellant, is a gun collector in Vancouver, British Columbia, who is in the business of selling guns. He has been active in debates over legislation controlling firearms and has been before the courts a number of times, which is, of course, irrelevant to the legal issue in this case. That issue is whether the Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police was legally correct in the way he handled Mr. Martinoff's application for a Firearms and Ammunition Business Permit which would enable him to engage in the business of selling firearms across Canada in the same way as he is allowed to do so within the province of British Columbia pursuant to the provincial permit which he has obtained each year since 1988 from the officials in his province. (There was some question raised about the mootness of this appeal, since the date for which he seeks a permit has come and gone, but in

## DÉCISIONS CITÉES:

*Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110; *Toronto Newspaper Guild v. Globe Printing Co.*, [1953] 2 R.C.S. 18; [1953] 3 D.L.R. 561; (1953), 106 C.C.C. 225; 53 CLLC 15,056; *Kahlon c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 3 C.F. 386; (1986), 30 D.L.R. (4th) 157; 26 C.R.R. 152 (C.A.); *Jefford c. Canada*, [1988] 2 C.F. 189; (1988), 47 D.L.R. (4th) 321; 28 C.L.R. 266; 21 C.P.R. (3d) 28.

APPEL contre le jugement de première instance ([1992] 3 C.F. 648) rejetant la demande de l'appelant visant à obtenir le contrôle judiciaire du refus du commissaire de la GRC de lui délivrer, conformément au paragraphe 110(5) du *Code criminel*, un permis national d'exploitation d'entreprise de vente d'armes à feu. Appel accueilli.

## AVOCATS:

*Douglas H. Murray* pour l'appelant.  
*Daniel L. Kiselbach* pour les intimés.

## PROCUREURS:

*Street, Morrison & Murray*, Vancouver, pour l'appelant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimés.

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

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: L'appelant, Michael J. Martinoff, est un collectionneur de fusils de Vancouver (Colombie-Britannique) qui exploite une entreprise de vente de fusils. Il participe activement aux débats sur les mesures législatives visant le contrôle des armes à feu, et il a comparu devant les tribunaux nombre de fois, ce qui n'a évidemment aucun rapport avec la question litigieuse en l'espèce. En effet, celle-ci consiste à savoir si le commissaire de la Gendarmerie royale du Canada s'est comporté légalement lorsqu'il a traité la demande de permis d'exploitation d'entreprise de vente d'armes à feu et de munitions de M. Martinoff, permis qui l'autoriserait à exercer l'entreprise de vente d'armes à feu partout au Canada de la même façon qu'il est autorisé à le faire en Colombie-Britannique, en vertu du permis que les autorités de sa province lui ont délivré chaque année depuis 1988. (On a évoqué le caractère théorique de

my view this is a continuing problem and deserves resolution in any event. See *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342.

The appellant applied to the Commissioner of the RCMP for a national business permit pursuant to subsection 110(5) [as am. by S.C. 1991, c. 40, s. 40] of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, as amended, which reads:

110. . .

(5) A permit to carry on a business described in paragraph 105(1)(a) or (b) . . . may be issued by the Commissioner, the Attorney General or the chief provincial firearms officer of the province where the business is or is to be carried on or by any person whom the Commissioner or the Attorney General designates in writing for that purpose, the fee payable on application for such a permit is the fee prescribed by regulation, and the permit remains in force until the expiration of the period, not exceeding one year, for which it is expressed to be issued, unless it is revoked before that expiration. [My emphasis.]

Such a permit could cover the business of “manufacturing, buying or selling at wholesale or retail, storing, importing, repairing, modifying or taking in pawn of restricted weapons or firearms” (paragraph 105(1)(a) [as am. *idem*, s. 39]) as well as the “manufacturing, buying or selling at wholesale or retail or importing of ammunition” (subparagraph 105(2)(b)(i) [as am. *idem*]).

As indicated above, Mr. Martinoff has obtained each year since 1988 business permits from the chief provincial firearms officer of British Columbia, pursuant to which he has carried on the business of selling firearms across British Columbia from his home at 6361 Granville St., Vancouver. He now wishes to carry on his business across Canada from his establishment, but he cannot do so without a permit from the Commissioner of the RCMP or from each of the provincial firearms officers in each of the provinces in which he wants to do business. This is so, because of subsection 110(10) [as am. *idem*, s. 23] of the *Criminal Code* which stipulates:

110. . .

(10) No permit, other than

cet appel, la date pour laquelle l’appelant demande le permis étant passée, mais j’estime que c’est là un problème qui se pose encore et qui mérite de toute façon une solution. Voir l’arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342.

L’appelant a demandé au commissaire de la GRC un permis national d’exploitation d’entreprise conformément au paragraphe 110(5) [mod. par L.C. 1991, ch. 40, art. 40] du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 modifié, qui est libellé comme suit:

110. . .

(5) Le commissaire, le procureur général de la province où est située ou prévue l’entreprise, le chef provincial des préposés aux armes à feu de cette province ou toute personne que le commissaire ou le procureur général de la province nomme par écrit à cette fin peuvent délivrer des permis pour l’exploitation d’une entreprise visée aux alinéas 105(1)a) ou b) . . . ; ces permis sont valides, sauf révocation, pour la période, d’au plus un an, qui y est mentionnée et les frais payables lors de la demande sont ceux prévus par règlement. [C’est moi qui souligne.]

Ce permis pourrait viser l’entreprise qui comporte «la fabrication, l’achat ou la vente, en gros ou au détail, l’entreposage, l’importation, la réparation, la modification ou la prise en gage d’armes à autorisation restreinte ou d’armes à feu» (alinéa 105(1)a) [mod., *idem*, art. 39]) aussi bien que «la fabrication, l’achat, la vente, en gros ou au détail, ou l’importation de munitions» (sous-alinéa 105(2)b)(i) [mod., *idem*]).

Comme on l’a dit, M. Martinoff a obtenu chaque année depuis 1988 un permis d’exploitation d’entreprise auprès du chef provincial des préposés aux armes à feu de la Colombie-Britannique, en vertu duquel il a exploité une entreprise de vente d’armes à feu en Colombie-Britannique, à partir de son domicile au 6361 rue Granville, à Vancouver. Il souhaite maintenant exercer son entreprise à l’échelle nationale à partir de son établissement, mais il ne peut le faire sans un permis délivré par le commissaire de la GRC ou par chacun des préposés provinciaux aux armes à feu dans chacune des provinces où il veut faire affaire. Il en est ainsi en raison du paragraphe 110(10) [mod., *idem*, art. 23] du *Code criminel*, libellé comme suit:

110. . .

(10) Aucun permis n’est valide à l’extérieur de la province dans laquelle il est délivré à moins, d’une part, qu’il ne le soit par le commissaire ou par la personne qu’il a nommé et auto-

(a) a permit for the possession of a restricted weapon for use as described in paragraph (2)(c).

(b) a permit to transport a restricted weapon from one place to another place specified therein as mentioned in subsection (3),

(b.1) a permit that authorizes a person who does not reside in Canada to possess and carry a restricted weapon for use in a target shooting competition as mentioned in subsection (2.1),

(b.2) a permit that authorizes a holder of a registration certificate in respect of a restricted weapon to temporarily store the restricted weapon elsewhere than at the place at which that holder is otherwise entitled to possess it, as mentioned in subsection (3.1), or

(c) a permit authorizing an applicant for a registration certificate to convey the weapon to which the application relates to a local registrar of firearms as mentioned in subsection (4),

is valid outside the province in which it is issued unless it is issued by the Commissioner or a person designated in writing by him and authorized in writing by him to issue permits valid outside the province and is endorsed for the purposes of this subsection by the person who issued it as being valid within the provinces indicated therein. [My emphasis.]

In other words, except for the narrow circumstances of the listed situations, a permit issued by a provincial officer is not valid outside the province in which it is issued. Hence, Mr. Martinoff, to avoid having to apply to 10 different places, applied to the Commissioner of the RCMP for one trans-Canada permit on January 22, 1992.

In a letter dated February 27, 1992, the Commissioner responded as follows:

Dear Mr. Martinoff:

This has reference to your request dated January 22, 1992, for the issuance of a Firearms and Ammunition Business Permit pursuant to subsection 100(5) of the Criminal Code.

I must agree that, as you pointed out, I have the authority to issue the permit you seek. However, by virtue of subsection 110(5) of the Criminal Code, the Provincial Attorneys General or the Chief Provincial Firearms Officers (CPFO) have the same authority albeit within their respective jurisdictions. Section 111 of the Criminal Code provides for the establishment of federal/provincial agreements relating to the administration of subsection 110(5). It has been a long standing practice and, indeed, policy, in all provinces and territories for the

risée par écrit à cet effet et, d'autre part, que la personne qui le délivre appose, pour l'application du présent paragraphe, un visa indiquant les provinces où il est valide ou à moins, enfin, qu'il ne s'agisse des permis suivants:

a) le permis de possession d'une arme à autorisation restreinte, devant être utilisée comme l'indique l'alinéa (2)c);

b) le permis, mentionné au paragraphe (3), de transport d'une arme à autorisation restreinte d'un endroit à un autre endroit indiqués dans le permis;

b.1) le permis de port d'arme visé au paragraphe (2.1) autorisant une personne qui ne réside pas au Canada à avoir en sa possession une arme à autorisation restreinte et à la transporter pour son usage dans une compétition de tir à la cible;

b.2) le permis visé au paragraphe (3.1) permettant au titulaire d'un certificat d'enregistrement d'une arme à autorisation restreinte d'entreposer l'arme dans un lieu autre que celui où il est autorisé à l'avoir en sa possession.

c) le permis visé au paragraphe (4) autorisant la personne qui demande un certificat d'enregistrement à apporter pour fins d'examen l'arme visée par la demande à un registraire local d'armes à feu. [C'est moi qui souligne.]

En d'autres termes, sauf dans les circonstances précises des situations énumérées, le permis délivré par un préposé provincial n'est pas valide à l'extérieur de la province dans laquelle il est délivré. Donc, pour ne pas avoir à s'adresser à 10 endroits différents, M. Martinoff a demandé au commissaire de la GRC, le 22 janvier 1992, un permis valide partout au Canada.

Dans une lettre datée du 27 février 1992, le commissaire a répondu en ces termes:

[TRADUCTION] Monsieur,

Cette lettre fait suite à votre demande, datée du 22 janvier 1992, de délivrance d'un permis d'exploitation d'entreprise de vente d'armes à feu et de munitions conformément au paragraphe 100(5) du Code criminel.

Je dois convenir que, conformément à ce que vous avez souligné, j'ai l'autorité nécessaire pour délivrer le permis que vous demandez. Toutefois, en vertu du paragraphe 110(5) du Code criminel, les procureurs généraux des provinces ou les chefs provinciaux des préposés aux armes à feu (CPPAF) ont le même pouvoir, mais dans leurs territoires respectifs. L'article 111 du Code criminel prévoit des accords fédéraux/provinciaux relatifs à l'application du paragraphe 110(5). La délivrance de permis par les CPPAF/CTPAF est une pratique et

CPFO/CTFO to issue business permits. I do not wish to interfere with the role of the CPFO/CTFO by commencing the issuance of business permits from my office.

Accordingly, I cannot review your application on its merits but suggest you contact the provincial/territorial authority in the province/territory in which you wish to do business.

Your postal money order in the amount of \$250.00 is returned herewith.

The Trial Judge dismissed Mr. Martinoff's subsequent application for judicial review on September 23, 1992 [[1992] 3 F.C. 648]. It is from that decision that this appeal has been launched.

Before dealing with the specific legal issues that arise in this case, I would like to refer for general guidance to the statement of Mr. Justice McIntyre in *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443, at page 483:

... there have been successive amendments which without exception have strengthened the controls upon possession and use of firearms. The history of this process is summarized by Martin L. Friedland, *A Century of Criminal Justice* (1984), commencing at p. 125. He concludes, at p. 128, with what may be considered a sober warning:

Canada has been fortunate in having had a gradual development of control over firearms for the past 100 years. We have never had to face a situation as in the United States today, which appears to many observers to be almost out of control.

This is a consideration which may well be significant in any judicial approach to the construction of Part II.1 of the *Code*. It is evident that the strict control of handguns has been and remains an essential feature of the Canadian gun control laws.

The first matter to resolve is whether the Commissioner has the power under subsection 110(5) to issue a permit that is valid beyond the borders of one province. Counsel for the Crown contended that there was no such authority granted to the Commissioner in the legislation, while counsel for Mr. Martinoff says that such a power is granted to the Commissioner. In my view, the words of subsection 110(5) read together with subsection 110(10) can lead to no other conclusion but that the Commissioner (or a person designated by him) may issue a permit which is effective in more than one province. On the other hand the provincial officials who are entitled to issue these

même une politique de longue date dans toutes les provinces et dans les deux Territoires. Je ne tiens pas à empiéter sur le rôle des CPPAF/CTPAF en commençant à délivrer des permis d'exploitation d'entreprise à partir de mon bureau.

Conséquemment, je ne peux pas étudier votre demande au fond, mais je vous incite à vous adresser aux autorités provinciales ou territoriales dans la province ou le territoire où vous voulez exercer votre entreprise.

Je vous renvoie par les présentes votre mandat-poste au montant de 250 \$.

Le juge de première instance a rejeté, le 23 septembre 1992 [[1992] 3 C.F. 648], la demande subséquente de contrôle judiciaire faite par M. Martinoff. Le présent appel conteste cette décision.

Avant de traiter des points de droit particuliers soulevés dans cette affaire, j'aimerais renvoyer, pour votre gouverne, aux propos du juge McIntyre dans l'arrêt *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443, à la page 483:

Il y a eu depuis des modifications successives qui, sans exception, ont rendu plus sévères les restrictions relatives à la possession et à l'usage d'armes à feu. Martin L. Friedland fait un bref historique de ce processus dans *A Century of Criminal Justice* (1984), à partir de la p. 125. À la page 128, il conclut en faisant ce qui peut être considéré comme une sérieuse mise en garde:

[TRADUCTION] Au Canada, par bonheur, le contrôle des armes à feu s'est développé graduellement au cours des cent dernières années. Nous n'avons jamais eu à faire face à une situation semblable à celle qui existe aujourd'hui aux États-Unis et qui, selon nombre d'observateurs, est devenue quasi-incontrôlable.

C'est une considération qui peut bien s'avérer importante dans l'interprétation de la partie II.1 du *Code* par les tribunaux. Il est évident qu'un contrôle strict des armes de poing a été et demeure une caractéristique essentielle des lois canadiennes en matière de contrôle des armes à feu.

La première question à régler consiste à savoir si le paragraphe 110(5) habilite le commissaire à délivrer un permis valide à l'extérieur d'une province donnée. L'avocat de la Couronne a soutenu que la loi ne conférerait pas un tel pouvoir au commissaire, alors que l'avocat de M. Martinoff affirme le contraire. À mon sens, le paragraphe 110(5) lu de concert avec le paragraphe 110(10) ne peut mener à d'autre conclusion, si ce n'est que le commissaire (ou celui qu'il a nommé) peut délivrer un permis qui est valide dans plus d'une province. Par contre, les préposés provinciaux qui ont le droit de délivrer ces permis ne peuvent les rendre valides à l'extérieur de leur province (sauf dans les



permits cannot give them extra-provincial effect (save in the exceptional situations outlined in subsection 110(10)). This obviously is a consequence of the nature of our federal system of complementary administration of criminal justice. The Commissioner was, therefore, correct when he wrote in his letter of February 27, 1992, that he had the authority to issue the permit Mr. Martinoff sought.

The second question requiring resolution is whether the Commissioner refused to exercise the authority given to him by the statute or whether he was merely referring the matter to the provincial officials involved, as was contended by counsel for the Crown. In my view, it is impossible to find, considering the words used by the Commissioner in his letter, that he considered the application on its merits, as it was his duty to do. (See *Toronto Newspaper Guild v. Globe Printing Co.*, [1953] 2 S.C.R. 18.) He specifically stated, "I cannot review your application on its merits." If he had reviewed the matter on its merits, or if he thought he had done so, he would have said so.

The reason given by the Commissioner for refusing to exercise his jurisdiction—not wishing to interfere with the existing provincial administration of the scheme—is certainly understandable, but it is not well-founded in law. Implicit in the Commissioner's decision is the position that the Commissioner would never issue a nation-wide permit, despite the fact that Parliament gave him the power to do so. In other words, by agreements with the provinces, which are certainly permitted by the statute (section 108 [as am. *idem*, s. 20] and section 111 [as am. *idem*, s. 24]), the Commissioner appears to take the view that he has been divested of the authority which Parliament had given to him. This cannot be. No agreement with the provinces can nullify the power which Parliament has given to the Commissioner. It is permissible, of course, for agreements to be made with regard to the administration and the operational cost of the gun control scheme, but the legal authority given to the Commissioner to issue permits cannot be completely obliterated by these agreements. By acting in the way he did, therefore, the Commissioner refused to exercise the jurisdiction given to him by Parliament, something he was not legally entitled to do. (See *Globe Printing*, *supra*.)

situations exceptionnelles exposées au paragraphe 110(10)). C'est évidemment là une conséquence de la nature de notre système fédéral d'administration complémentaire de la justice criminelle. Le commissaire avait donc raison, lorsqu'il a écrit dans sa lettre du 27 février 1992 qu'il avait le pouvoir de délivrer le permis que recherchait M. Martinoff.

La seconde question à résoudre tient à savoir si le commissaire a refusé d'exercer l'autorité que lui confère la loi, ou s'il n'a fait que référer l'affaire aux autorités provinciales concernées, comme l'a prétendu l'avocat de la Couronne. À mon sens, il est impossible de conclure, compte tenu des mots employés par le commissaire dans sa lettre, qu'il a étudié le bien-fondé de la demande, comme il était tenu de le faire. (Voir l'arrêt *Toronto Newspaper Guild v. Globe Printing Co.*, [1953] 2 R.C.S. 18.) Il a dit expressément [TRADUCTION] «je ne peux pas étudier votre demande au fond». S'il avait étudié cette affaire au fond, ou s'il croyait l'avoir fait, il l'aurait dit.

La raison donnée par le commissaire pour justifier son refus d'exercer sa compétence—sa répugnance à s'immiscer dans l'administration de la loi par les provinces—si compréhensible soit-elle, n'est cependant pas bien-fondée en droit. Il ressort implicitement de la décision du commissaire qu'il ne délivrerait jamais de permis valide partout au Canada, bien que le législateur lui ait donné le pouvoir de le faire. En d'autres mots, le commissaire semble juger que des accords conclus avec les provinces, qui sont certainement permis par la loi (articles 108 [mod., *idem*, art. 20] et 111 [mod., *idem*, art. 24]), lui ont fait perdre l'autorité que lui avait conféré le législateur. Ce ne saurait être. Aucun accord conclu avec les provinces ne peut retirer le pouvoir que le législateur a conféré au commissaire. Il est permis, naturellement, que des accords régissent l'administration et les coûts opérationnels de la loi sur le contrôle des armes à feu, mais le pouvoir que la loi donne au commissaire de délivrer des permis ne peut être complètement réduit à néant par ces accords. En agissant comme il l'a fait, le commissaire a refusé d'exercer le pouvoir que lui confère le législateur, ce que la loi ne l'autorisait pas à faire. (Voir aussi l'arrêt *Globe Printing*, précité.)

The third issue to consider is that of the appropriate remedy. It was contended that the Commissioner should be required to issue a national licence but I do not think that to be advisable. The jurisprudence on *mandamus* has recently been canvassed thoroughly in this Court in *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742, Robertson J.A. It is plain that, although this Court may require consideration, it does not dictate the result of such a process. (See *Kahlon v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 3 F.C. 386 (C.A.), at page 387, Mahoney J.A.; see also *Jefford v. Canada*, [1988] 2 F.C. 189 (C.A.), at page 192, Heald J.A.). In my view the cases involving the former abortion law of Canada (*R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30 and those dealing with the obligations of municipalities (*Prince George (City of) v. Payne*, [1978] 1 S.C.R. 458)) and other types of institutions are of little, if any, assistance in understanding this detailed legislative scheme.

It was contended that the only possible basis for the Commissioner refusing a permit would be safety reasons (see subsection 112(4) [as am. *idem*, s. 26]) and that since the provincial officials already approved the safety aspects of the business before granting the provincial permit, there is nothing left for the Commissioner to consider. This is wrong. I agree rather with the Trial Judge who wrote [at page 663]:

Safety of the applicant and of others is undoubtedly one consideration but it is not determinative under the statutory provisions.

The Trial Judge also correctly observed [at page 664]:

The fact that the applicant has met the safety standards required for a provincial licence does not mean that those same safety standards would be applicable in the case of a Canada-wide permit.

There may be many valid reasons for denying someone a permit to operate a business nationally that might commend themselves to the Commissioner. It may be that, because the primary administration and enforcement of the scheme has been placed in provincial hands, the practices of the provinces involved might be taken into account. The Commissioner

La troisième question litigieuse à étudier est celle de la réparation appropriée. On a avancé que le commissaire devrait être tenu de délivrer un permis national, mais je ne crois pas que ce serait sage. La jurisprudence relative au bref de *mandamus* a fait récemment l'objet d'un examen complet par le juge Robertson, J.C.A., dans l'arrêt *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742. Il est évident que bien que cette Cour puisse ordonner un examen, elle ne dicte pas le résultat d'un tel processus. (Voir l'arrêt *Kahlon c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 3 C.F. 386 (C.A.), à la page 387, les motifs du juge d'appel Mahoney; voir aussi l'arrêt *Jefford c. Canada*, [1988] 2 C.F. 189 (C.A.), à la page 192, motifs du juge d'appel Heald). À mon avis, les arrêts qui traitent de l'ancienne loi canadienne sur l'avortement (*R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, et ceux qui portent sur les obligations des municipalités (*Prince George (Ville de) c. Payne*, [1978] 1 R.C.S. 458)) et d'autres types d'organismes nous aident peu ou pas du tout à comprendre ce régime législatif complexe.

On a avancé que le seul motif possible pour lequel le commissaire pourrait refuser de délivrer un permis serait un motif de sécurité (voir le paragraphe 112(4) [mod., *idem*, art. 26]), et que puisque les autorités provinciales avaient déjà approuvé l'aspect sécuritaire de l'entreprise avant d'accorder le permis provincial, le commissaire n'avait plus rien à étudier. C'est faux. Je suis plutôt d'accord avec le juge de première instance lorsqu'elle écrit [à la page 663]:

La sécurité du requérant et d'autrui est assurément une considération applicable, mais elle n'est pas déterminante selon les dispositions de la loi.

Le juge de première instance a observé correctement [à la page 664]:

Le fait que le requérant a satisfait aux normes de sécurité applicables aux permis provinciaux ne signifie pas que ces mêmes normes de sécurité s'appliqueraient aux permis valides partout au Canada.

Plusieurs motifs valides de refus du permis d'exploitation d'une entreprise à l'échelle nationale peuvent se présenter au commissaire. Les provinces étant responsables de l'administration et de la mise en vigueur primaires du régime législatif, il se peut que leurs usages soient pris en considération. Le commissaire pourrait tenir à demander l'opinion des administra-

might wish to obtain the views of the local administrators of the scheme. Since a separate permit for each location at which business is carried on is required by the legislation (subsection 105(5) [as am. *idem.*, s. 39]) it is obviously important to the control scheme to have ready access to records of the business, and, hence, considerations having to do with the location or locations of the business may be of importance. There may be business matters to be taken into account, such as the credit-worthiness, honesty and reliability of an applicant. One could think of many other factors, which might influence the Commissioner to award a permit or to refuse to do so. There might be various conditions or limitations that the Commissioner would wish to impose in the public interest. But, in my view, he cannot merely decline to exercise the authority given to him by the statute without considering the merits of the application, as has been his approach in this case.

Consequently, this appeal should be allowed, and an order in the nature of *mandamus* should issue requiring the Commissioner to consider Mr. Martinoff's application on its merits as if it had been submitted for the year 1994 on January 1, 1994.

HEALD J.A: I concur.

DÉCARY J.A: I agree.

teurs locaux de la loi. Puisque celle-ci exige la délivrance d'un permis distinct à l'égard de chaque endroit où est exercée une entreprise (paragraphe 105(5) [mod., *idem.* art. 39]), un accès facile aux livres de l'entreprise importe évidemment au régime de contrôle; par conséquent, les considérations relatives à l'endroit ou aux endroits où se trouve l'entreprise peuvent avoir de l'importance. Il se peut que l'on doive tenir compte de considérations commerciales, telles la réputation de solvabilité, l'honnêteté et la fiabilité du requérant. On peut songer à bien d'autres facteurs susceptibles d'inciter le commissaire à accorder ou à refuser un permis. Il pourrait tenir à imposer diverses conditions ou restrictions dans l'intérêt public. Mais, selon moi, il ne peut simplement refuser d'exercer l'autorité que lui confère la loi sans étudier le bien-fondé de la demande, comme il l'a fait en l'espèce.

d

Conséquemment, cet appel devrait être accueilli, et une ordonnance s'apparentant au bref de *mandamus* devrait être rendue, enjoignant au commissaire d'étudier au fond la demande de M. Martinoff, comme si elle avait été présentée le premier janvier 1994, pour l'année 1994.

LE JUGE HEALD, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

f

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

A-1252-92

A-1252-92

Parisa Namitabar, Parviz Namitabar (*Applicants*)Parisa Namitabar, Parviz Namitabar (*requérants*)

v.

a c.

Minister of Employment and Immigration of  
Canada (*Respondent*)Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (*intimé*)

b

*INDEXED AS: NAMITABAR v. CANADA (MINISTER OF  
EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)**RÉPERTORIÉ: NAMITABAR c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI  
ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)*Trial Division, Tremblay-Lamer J.—Montréal, Octo-  
ber 20; Ottawa, November 5, 1993.c  
Section de première instance, juge Tremblay-Lamer  
—Montréal, 20 octobre; Ottawa, 5 novembre 1993.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Con-  
vention refugees — Application for judicial review of Refugee  
Division's decision applicants not Convention refugees —  
Applicants from Iran — Female applicant sent home from  
school, threatened with expulsion for criticizing requirement of  
wearing chador (piece of cloth used as cloak, veil) — Twice  
brought before komiteh for disobeying clothing code — Sen-  
tenced to ten strokes of whip or fine second time — Failure  
of woman to wear chador criminal offence in Iran punishable by  
74 strokes of whip — Refugee Division finding partial lack of  
credibility based on inconsequential omissions, and holding as  
wearing of chador law of general application in Iran no perse-  
cution, discrimination — Refugee Division erred in ambiguous  
conclusion applicant lacking credibility — Also erred in not  
noting, in some circumstances, law of general application can  
be applied so as to be persecutory — Penalty for breach of  
clothing code disproportionate — Inflicted without procedural  
guarantees — Context of harassment and intimidation herein  
for which disobedience of clothing code political act giving  
rise to valid fear of persecution connected with political opin-  
ion — In country where oppression of women institutionalized,  
any independent view or act opposed to clothing code seen as  
opposition to established theocratic regime — Refugee Divi-  
sion also erred in dismissing 13-year-old brother's claim with-  
out any discussion of circumstances — Each family member's  
claim must be considered on own merits.

d  
Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés  
au sens de la Convention — Demande de contrôle judiciaire de  
la décision de la section du statut selon laquelle les requérants  
ne sont pas des réfugiés au sens de la Convention — Les  
requérants viennent de l'Iran — La requérante a été renvoyée  
de l'école et menacée d'expulsion pour avoir critiqué la pra-  
tique de porter le tchador (pièce de tissu servant de manteau,  
de voile) — Amenée deux fois devant le komiteh pour avoir  
désobéi au code vestimentaire — La seconde fois, elle est con-  
damnée à dix coups de fouet ou à une amende — Le manque de  
respect au port du tchador par une femme est considéré comme  
un acte criminel en Iran, punissable par 74 coups de fouet —  
La section du statut a relevé une absence partielle de crédibi-  
lité de la requérante en se fondant sur des omissions qu'elle  
reconnaît être sans gravité, et elle a décidé qu'il s'agissait  
d'une loi d'application générale en Iran et que, par consé-  
quent, on ne pouvait parler ni de persécution ni de discrimina-  
tion — La section du statut a commis une erreur en concluant  
de façon ambiguë au manque de crédibilité de la requérante —  
Elle a aussi commis une erreur en ne retenant pas que, dans  
certaines circonstances, une loi d'application générale peut  
être appliquée de telle façon à entraîner de la persécution —  
La peine pour une infraction au code vestimentaire est dispro-  
portionnée — Cette peine est infligée en l'absence de garanties  
procédurales — La situation présente révèle qu'il existe un  
contexte de harcèlement et d'intimidation pour lequel le man-  
quement au code vestimentaire peut être caractérisé comme  
geste politique sur lequel repose une crainte bien fondée de  
persécution en raison d'opinions politiques — Dans un pays  
où l'oppression des femmes est institutionnalisée, toute opinion  
d'indépendance, tout geste contraire à l'imposition d'une  
norme vestimentaire sera perçu comme une manifestation  
d'opposition au régime théocratique en place — La section du  
statut a aussi commis une erreur en rejetant la revendication  
du frère de la requérante, âgé de 13 ans, sans aucune discus-  
sion des circonstances qui lui étaient particulières — La  
demande de chaque membre de la famille doit être considérée  
individuellement.

j

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Zolfagharkhani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. 540 (C.A.); *Cheung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 2 F.C. 314 (C.A.); *Kassim v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, A-700-92, Wetston J., order dated 9/9/93, T.D., not yet reported.

## REFERRED TO:

*Hilo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 15 Imm. L.R. (2d) 199; 130 N.R. 236 (F.C.A.); *Valentin v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 3 F.C. 390 (C.A.).

## AUTHORS CITED

Harnes, R. P. G. and Ngaire Woods, *Oppression of Iranian Women and Refugee Status*, Auckland, Australia, 1986.

APPLICATION for judicial review of the Refugee Division's decision that the applicants were not Convention refugees, as the female applicant was found to lack credibility and the finding that, as the requirement in Iran that women wear a chador is a law of general application there was neither persecution of nor discrimination against the female applicant who had been punished for criticizing that requirement. Application allowed.

## COUNSEL:

Annie Bélanger for applicants.  
Michèle Joubert for respondent.

## SOLICITORS:

Payette, Bélanger, Fiore, Montréal, for applicants.  
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

TREMBLAY-LAMER J.: This is an application for judicial review from a decision of the Refugee Division that the applicants are not Convention refugees.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Zolfagharkhani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. 540 (C.A.); *Cheung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 2 C.F. 314 (C.A.); *Kassim c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, A-700-92, juge Wetston, ordonnance en date du 9-9-93, 1<sup>re</sup> inst., encore inédite.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Hilo c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 15 Imm. L.R. (2d) 199; 130 N.R. 236 (C.A.F.); *Valentin c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 3 C.F. 390 (C.A.).

## DOCTRINE

Harnes, R. P. G. et Ngaire Woods, *Oppression of Iranian Women and Refugee Status*, Auckland, Australie, 1986.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision de la section du statut selon laquelle les requérants ne sont pas des réfugiés au sens de la Convention, pour le motif que la requérante manquait de crédibilité, et compte tenu que, en Iran, l'obligation pour les femmes de porter le tchador était une loi d'application générale et que, par conséquent, on ne pouvait parler ni de persécution ni de discrimination exercée contre la requérante, qui a été punie pour avoir critiqué cette obligation. Demande accueillie.

## AVOCATS:

Annie Bélanger pour les requérants.  
Michèle Joubert pour l'intimé.

## PROCUREURS:

Payette, Bélanger, Fiore, Montréal, pour les requérants.  
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

Voici les motifs de l'ordonnance rendus en français par

LE JUGE TREMBLAY-LAMER: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire présentée à l'encontre d'une décision de la section du statut portant que les requérants ne sont pas des réfugiés au sens de la Convention.

FACTS

The applicants Parisa Namitabar, twenty-one years old, and her brother Parviz Namitabar, thirteen years old, are Iranian nationals. The female applicant claimed refugee status on the ground that she feared persecution for her political opinion and membership in a particular social group. The male applicant based his application on his sister's claim.

The female applicant's uncle was an officer in the Shah's army. Her uncle and father were both well known as opponents of the Khomeini regime. In July 1978, during a period marked by increasing and widespread violence, her father, an electrical technician, died as a result of being electrocuted at his job. The female applicant was only seven years old, but she has always believed that her father's death was not an accident but was related to his support of the Shah.

After the revolution which installed the Khomeini regime in power, the applicant's family was the subject of harassment from her neighbours and the Hezbollah.

The applicant is opposed to the wearing of the chador. She alleged that she had criticized this practice in her theology courses. She was threatened with expulsion from school and was sent home for a day because of her statements.

She was brought before the komiteh twice for disobeying the clothing code. On the first occasion, in 1977, she was sixteen and was accompanied by her brother Parviz and her mother. The daughter and mother were questioned and orally reprimanded for wearing the chador improperly.

Her second appearance was three years later. The applicant and her friend were seized in a shop where they had intended to buy hair products. The komiteh accused them of anti-Islamic conduct and sentenced them to ten strokes of the whip or a fine of 10,000 tamans each. Their respective families paid the fines.

On September 1, 1991 the applicant met a friend, Zahra, in a Teheran restaurant. Parviz was with her. Zahra had some pamphlets from the Moujahedeen

LES FAITS

Les requérants, Parisa Namitabar, âgée de vingt-et-un ans et son frère Parviz Namitabar, âgé de treize ans sont citoyens iraniens. La requérante a revendiqué le statut de réfugié au motif qu'elle craint d'être persécuté du fait de ses opinions politiques et de son appartenance à un groupe social. Le requérant a fondé sa demande sur la revendication de sa sœur.

L'oncle de la requérante était officier dans l'armée du Shah. Son oncle et son père étaient tous deux bien connus comme opposants au régime Khomeyni. Au mois de juillet 1978, pendant une période marquée par une violence croissante et généralisée, son père, un technicien en électricité, périt électrocuté à son travail. La requérante n'avait que sept ans, mais elle a toujours été persuadée que la mort de son père n'était pas un accident mais qu'elle était liée à l'appui qu'il donnait au Shah.

Après la révolution qui a installé le régime Khomeyni au pouvoir, la famille de la requérante fait l'objet d'harcèlement de la part de ses voisins et de hezbollahs.

La requérante est contre le port du tchador. Elle allègue avoir critiqué cette pratique dans ses cours de théologie. Elle fut menacée d'expulsion de l'école et fut renvoyée pendant une journée à cause de ses propos.

Elle est amenée deux fois devant le komiteh pour avoir désobéi au code vestimentaire. La première fois, en 1977, elle a seize ans et est accompagnée de son frère Parviz et de sa mère. La fille et la mère sont interrogées et verbalement réprimandées pour avoir incorrectement porté le tchador.

Sa seconde comparution se produit trois ans plus tard. La requérante et son amie sont appréhendées dans une boutique où elles avaient l'intention d'acheter des accessoires capillaires. Le komiteh les accuse de conduite anti-islamique et les condamne à dix coups de fouet ou à une amende de 10,000 tamans chacune. Leurs familles respectives acquittent les amendes.

Le 1<sup>er</sup> septembre 1991, la requérante rencontre une amie, Zahra, dans un restaurant de Téhéran. Parviz l'accompagne. Zahra a en sa possession quelques

group in her possession. When she gave the applicant the pamphlets for distribution a neighbour who knew the applicant and her family apparently saw her and heaped abuse on her. Overcome with fear, the applicant ran out of the restaurant to hide at a girlfriend's home with her brother. The girlfriend's father then took steps for them to leave Iran.

On October 7, 1991 they went to Turkey and on October 10 took an airplane to Canada where they claimed refugee status the day they arrived.

### DECISION OF REFUGEE DIVISION

The Refugee Division found a partial lack of credibility on the part of the female applicant based on omissions which it admitted were not serious.

These omissions [it said] are not serious but in the context of a claim which is singularly lacking in substance the Board attaches some importance to them and feels that they compromised the claimant's credibility.

As regards the wearing of the chador, the Refugee Division considered that in the case at bar this was an Islamic law generally applicable in Iran and accordingly there could be no question of persecution or even discrimination against the applicant.

### ANALYSIS

#### 1. Parisa Namitabar

Did the Refugee Division err in concluding that there was a partial lack of credibility on the part of the female applicant and that a law imposing a clothing standard could not constitute persecution since it was generally applicable legislation?

### CREDIBILITY OF APPLICANT AND WEIGHING OF EVIDENCE

I consider that the panel made an error in arriving at an ambiguous conclusion that the applicant lacked credibility. The Refugee Division had a duty to give its reasons in clear and unambiguous language.<sup>1</sup> Nowhere in the decision did it say that the applicant

<sup>1</sup> *Hilo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 15 Imm. L.R. (2d) 199 (F.C.A.).

pamphlets du groupe moudjahidin. Lorsqu'elle remet à la requérante les pamphlets pour qu'elle les distribue, un voisin qui connaît la requérante et sa famille l'aurait aperçue et injuriée. Prise de frayeur, la requérante aurait quitté le restaurant en courant pour aller se cacher chez une amie avec son frère. Le père de l'amie prend ensuite des mesures pour qu'ils quittent l'Iran.

Ils se rendent en Turquie le 7 octobre 1991 et le 10 octobre prennent un avion pour le Canada où ils revendiquent le jour de leur arrivée le statut de réfugié.

### c DÉCISION DE LA SECTION DU STATUT

La section du statut a relevé une absence partielle de crédibilité de la requérante en se fondant sur des omissions qu'elle reconnaît être sans gravité.

d Ces omissions, affirme-t-elle, sont sans gravité mais dans le contexte d'une revendication qui manque singulièrement de substance, la Commission y accorde une certaine importance et estime qu'elles compromettent la crédibilité de la demanderesse.

e Quant au port du tchador, la section du statut est d'avis qu'en l'espèce il s'agissait d'une loi islamique d'application générale en Iran et que par conséquent on ne peut parler de persécution ni même de discrimination contre la requérante.

### ANALYSE

#### 1. Parisa Namitabar

g La section du statut a-t-elle erré en concluant à une absence de crédibilité partielle de la requérante et a-t-elle erré en concluant qu'une loi imposant une norme vestimentaire ne peut constituer de la persécution puisque'il s'agit d'une loi d'application générale?

### LA CRÉDIBILITÉ DE LA REQUÉRANTE ET APPRÉCIATION DE LA PREUVE

i Je suis d'avis que le tribunal a commis une erreur en concluant de façon ambiguë au manque de crédibilité de la requérante. La section du statut avait l'obligation de donner des motifs en termes clairs et non équivoques<sup>1</sup>. Nulle part dans la décision il n'est

<sup>1</sup> *Hilo c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 15 Imm. L.R. (2d) 199 (C.A.F.).

was not credible. The Refugee Division simply mentioned that her credibility was compromised by certain omissions which it admitted were not serious. It is a matter for some concern that omissions which are not serious could compromise the applicant's credibility.

As to the weighing of the evidence, the panel found that the applicant's claim lacked substance since it was her mother who had been summoned by the revolutionary guards, yet the evidence presented at the hearing indicated that it was indeed the applicant. In my opinion, this error was conclusive in the assessment of the claim and I do not feel that the panel could have found a lack of substance in the claim if it had taken into account that the summons was issued to the applicant and not to her mother.

#### PERSECUTION

Although I am not persuaded that this is a generally applicable law since the provision on the wearing of veils applies only to women, I feel that even if one were to come to a different conclusion the Refugee Division erred in finding that this could not be persecution.

In *Zolfagharkhani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,<sup>2</sup> MacGuigan J.A. indicated the guidelines that should be used to determine whether persecution exists in the case of generally applicable legislation. He noted at page 552 that:

(1) The statutory definition of Convention refugee makes the intent (or any principal effect) of an ordinary law of general application, rather than the motivation of the claimant, relevant to the existence of persecution.

(2) But the neutrality of an ordinary law of general application, *vis-à-vis* the five grounds for refugee status, must be judged objectively by Canadian tribunals and courts when required.

(3) In such consideration, an ordinary law of general application, even in non-democratic societies, should, I believe, be given a presumption of validity and neutrality, and the onus should be on a claimant, as is generally the case in refugee cases, to show that the laws are either inherently or for some other reason persecutory.

<sup>2</sup> *Zolfagharkhani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. 540 (C.A.).

dit que la requérante n'est pas crédible. La section du statut se contente de mentionner que sa crédibilité était compromise du fait de certaines omissions qu'elle reconnaît être sans gravité. Il est plus que troublant que des omissions sans gravité puissent compromettre la crédibilité de la requérante.

Quant à l'appréciation de la preuve, le tribunal conclut que la revendication de la requérante manque de substance puisque c'est sa mère qui a été convoquée par les gardiens de la révolution. Cependant la preuve déposée à l'audition démontre qu'il s'agit bien de la requérante. Cette erreur fut à mon avis déterminante dans l'évaluation de la revendication et je ne crois pas que le tribunal aurait pu conclure au manque de substance de la revendication s'il avait pris en considération que l'avis de convocation s'adressait bien à la requérante et non à sa mère.

#### PERSÉCUTION

Bien que je ne sois pas convaincu qu'il s'agisse d'une loi d'application générale puisque cette disposition sur le port du voile ne vise que les femmes, je suis d'avis que même si l'on arrivait à une conclusion différente, la section du statut a erré en concluant qu'il ne peut s'agir de persécution.

Dans l'arrêt *Zolfagharkhani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*<sup>2</sup>, le juge MacGuigan, J.C.A., établit les éléments qui doivent nous guider lorsqu'il s'agit de déterminer l'existence de la persécution dans le cas où il s'agit d'une loi d'application générale. Il souligne à la page 552 que:

1) La définition légale de réfugié au sens de la Convention rend l'objet (ou tout effet principal) d'une loi ordinaire d'application générale, plutôt que la motivation du demandeur, applicable à l'existence d'une persécution.

2) Mais la neutralité d'une loi ordinaire d'application générale, à l'égard des cinq motifs d'obtention du statut de réfugié, doit être jugée objectivement par les cours et les tribunaux canadiens lorsque cela est nécessaire.

3) Dans cet examen, une loi ordinaire d'application générale, même dans des sociétés non démocratiques, devrait, je crois, être présumée valide et neutre, et le demandeur devrait être tenu, comme c'est généralement le cas dans les affaires de réfugiés, de montrer que les lois revêtent, ou bien en soi ou pour une autre raison, un caractère de persécution.

<sup>2</sup> *Zolfagharkhani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. 540 (C.A.).



(4) It will not be enough for the claimant to show that a particular regime is generally oppressive but rather that the law in question is persecutory in relation to a Convention ground.

In the case at bar I consider that the panel erred in not noting that in some circumstances a law of general application can be applied so as to be persecutory. First, the documentary evidence in the record indicates that a failure to wear the chador is regarded in Iran as a criminal offence punishable by 74 strokes of the whip.

Linden J.A. said in *Cheung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*<sup>3</sup> which dealt with the compulsory sterilization of women in China who already have a child, at page 323:

Even if forced sterilization were accepted as a law of general application, that fact would not necessarily prevent a claim to Convention refugee status. Under certain circumstances, the operation of a law of general application can constitute persecution. In *Padilla v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 1 (F.C.A.), the Court held that even where there is a law of general application, that law may be applied in such a way as to be persecutory. In *Padilla*, the Court ruled that a Board must consider extra-judicial penalties which might be imposed . . . Furthermore, if the punishment or treatment under a law of general application is so Draconian as to be completely disproportionate to the objective of the law, it may be viewed as persecutory. This is so regardless of whether the intent of the punishment or treatment is persecution. Cloaking persecution with a veneer of legality does not render it less persecutory.

In my opinion it is too easy to cover persecution with an appearance of legitimacy. To my mind there is no question that a penalty of 74 strokes of the whip for a breach of the clothing code is disproportionate. Further, this penalty is inflicted without any procedural guarantees. The authorities who arrest women not wearing chadors can apply the penalty without appearing before a judge "since the crime is self-evident".<sup>4</sup> The documentary evidence disclosed that:

<sup>3</sup> *Cheung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 2 F.C. 314 (C.A.).

<sup>4</sup> (*Oppression of Iranian Women and Refugee Status*, R.P.G. Harnes and Ngaire Woods, November 1986).

4) Il ne suffira pas au demandeur de montrer qu'un régime donné est généralement tyrannique. Il devra plutôt prouver que la loi en question a un caractère de persécution par rapport à un motif énoncé dans la Convention.

En l'espèce, je suis d'opinion que le tribunal a erré en ne retenant pas que, dans certaines circonstances, une loi d'application générale peut être appliquée de façon à être un instrument de persécution. D'abord la preuve documentaire au dossier indique qu'un manque de respect au port du tchador est considéré comme un acte criminel en Iran punissable de 74 coups de fouet.

Le juge Linden, J.C.A., a déclaré dans l'arrêt *Cheung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*<sup>3</sup>, qui traitait de la stérilisation forcée de femmes en Chine qui ont déjà un enfant aux pages 323 et 324:

Même si la stérilisation forcée était acceptée comme une règle d'application générale, ce fait n'empêcherait pas nécessairement une revendication du statut de réfugié au sens de la Convention. Dans certains cas, l'effet d'une règle d'application générale peut constituer de la persécution. Dans l'affaire *Padilla c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 1 (C.A.F.), la Cour a statué que même lorsqu'il y a une règle d'application générale, son mode d'application peut constituer de la persécution. Dans l'affaire *Padilla*, la Cour a décidé qu'une commission doit examiner les pénalités extra judiciaires qui pourraient être imposées . . . De plus, si la punition ou le traitement imposés en vertu d'une règle d'application générale sont si draconiens au point d'être complètement disproportionnés avec l'objectif de la règle, on peut y voir de la persécution, et ce, indépendamment de la question de savoir si le but de la punition ou du traitement est la persécution. Camoufler la persécution sous un vernis de légalité ne modifie pas son caractère.

Il est trop facile à mon avis de couvrir la persécution sous une apparence de légitimité. Il ne fait aucun doute dans mon esprit qu'une peine de 74 coups de fouet pour une infraction à un code vestimentaire est disproportionnée. De plus, cette peine est infligée en l'absence de garanties procédurales. Les autorités qui arrêtent les femmes qui ne portent pas le tchador peuvent dispenser la peine sans comparution devant un juge «*since the crime is self-evident*» [TRADUCTION] puisque le crime est évident].<sup>4</sup> La preuve documentaire révèle que:

<sup>3</sup> *Cheung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 2 C.F. 314 (C.A.).

<sup>4</sup> (*Oppression of Iranian Women and Refugee Status*, R.P.G. Harnes et Ngaire Woods, novembre 1986).

Special squads roam the streets, arrest unveiled, half-veiled or mal-veiled women, flog them and keep them a few days without informing their family. (*The Socio-cultural Context to Refugee Claims made by Women: Case Studies: Women from Iran*, Shahrzad Mojab, CRDD Workshop on Women refugee claimants, June 21, 1990, p. 7);

Women caught without a scarf, an "impious act" to the Islamic government, are taken before an Islamic court where they are generally whipped ("Des Comités surveillent les femmes iraniennes", *Le Devoir*, August 6, 1991);

Others are taken before Islamic revolutionary tribunals: trials before such tribunals are apparently often a matter of a few minutes, as the accused has no right to be defended by counsel, summoned exculpatory witnesses or appeal the verdict or sentence handed down by the tribunal (Amnesty International, written statement to the 46th session of the United Nations Committee on Human Rights, January 1990).

As to the reservation expressed by Marceau J.A. in *Valentin*<sup>5</sup> regarding a situation in which the applicant infringes generally applicable legislation without already having been the subject of persecution, in the situation now before the Court the evidence disclosed that there was a context of harassment and intimidation for which her failure to observe the clothing code could be regarded as a political act giving rise to a valid fear of persecution. The applicant criticized the requirement that the chador be worn in her theology courses and accordingly was sent home for a day and threatened with expulsion. She was brought before the komiteh twice for breaches of the clothing code. Although on the first occasion the applicant was only verbally reprimanded, the second time she was sentenced to ten strokes of the whip which she was able to avoid by paying a fine. In addition to this list of incidents is the documentary evidence, which is overwhelming in its description of a general situation in Iran in which women are oppressed.

This climate of oppression is such that in August 1991 the Attorney General of Iran [TRANSLATION] "promised death to Iranian women who refused to cover themselves from head to foot as required by Islamic law." ("Malaise et dissensions à Téhéran", *Le Monde*, August 17, 1991.)

<sup>5</sup> *Valentin v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 3 F.C. 390 (C.A.).

[TRANSLATION] Des groupes spéciaux parcourent les rues, arrêtant les femmes qui ne portent pas le tchador, le portent mal ou à moitié, leur administrent le fouet et les gardent en détention pendant quelques jours sans aviser leur famille. *Le contexte socio-culturel des revendications du statut de réfugié faites par des femmes—études de cas: Femmes venant d'Iran*, Shahrzad Mojab, Atelier de la SSR sur les femmes qui revendiquent le statut de réfugié, 21 juin 1990, à la p. 7);

Les femmes surprises sans foulard, un «acte impie» pour le gouvernement islamique, passent devant un tribunal islamique où elles subissent généralement des coups de fouets. («Des Comités surveillent les femmes iraniennes», *Le Devoir*, 6 août 1991);

D'autres ont comparu devant des tribunaux révolutionnaires islamiques: les procès devant ces tribunaux sont, paraît-il souvent l'Affaire de quelques minutes, l'accusé n'ayant pas le droit d'être défendu par un avocat, de faire citer des témoins à décharge ou de faire appel du verdict ou de la sentence rendue par le tribunal. (Amnesty International, déclaration écrite à la 46ième session de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, janvier 1990).

Quant à la réserve qu'exprimait le juge Marceau, J.C.A., dans l'arrêt *Valentin*<sup>5</sup> en ce qui concerne une situation où le requérant transgresse une loi d'application générale sans avoir déjà été l'objet de persécution, dans la situation présente la preuve révèle qu'il existe un contexte de harcèlement et d'intimidation pour lequel son manquement au code vestimentaire peut être caractérisé comme geste politique sur lequel repose une crainte bien fondée de persécution. La requérante a critiqué l'obligation de porter le tchador dans ses cours de théologie et en conséquence elle a été renvoyée pour une journée et menacée d'expulsion. Elle a été amenée deux fois devant le komiteh pour avoir contrevenu au code vestimentaire. Bien que la première fois la requérante n'est que réprimandée verbalement, la seconde fois elle est condamnée à dix coups de fouet qu'elle a pu racheter en payant une amende. À cette énumération d'incidents s'ajoute la preuve documentaire qui est écrasante pour décrire le contexte général en Iran dans lequel les femmes sont opprimées.

Ce climat d'oppression est tel que le procureur général d'Iran a, en août 1991, «promis la mort aux Iraniennes refusant de se couvrir de la tête au pieds comme le veut la loi islamique. («Malaise et dissensions à Téhéran», *Le Monde*, 17 août 1991.)

<sup>5</sup> *Valentin c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 3 C.F. 390 (C.A.).

POLITICAL OPINION

In order to qualify for refugee status an applicant who risks being subject to persecution must establish that the risk of persecution is connected with one of the five grounds listed in the definition, namely race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion.

I consider that in the case at bar the female applicant has demonstrated that her fear of persecution is connected with her political opinion. In a country where the oppression of women is institutionalized any independent point of view or act opposed to the imposition of a clothing code will be seen as a manifestation of opposition to the established theocratic regime.

Although membership in a particular social group was relied on by the female applicant, I do not feel it is necessary to deal with this since only one of the grounds listed will suffice.

CONCLUSION

For these reasons the application for judicial review is allowed in the case of the female applicant and the matter is referred back to a panel of different members.

2. Parviz Namitabar

The Refugee Division also erred in its response to the male applicant's claim. There is nothing in the panel's decision to indicate that it examined the validity of the applicant's claim. The Refugee Division dismissed the applicant's claim without any discussion of his particular circumstances.

As my brother Wetston J. recently said in *Kassim v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*:<sup>6</sup>

A joint hearing culminating in denial of refugee status in respect of one family member's claim need not preclude a positive finding in respect of the other, provided each claim is considered on its merits.

<sup>6</sup> *Kassim v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, not yet reported, A-700-92, order dated September 9, 1993, at p. 5 of reasons.

OPINION POLITIQUE

Afin de bénéficier du statut de réfugié, le requérant qui risque d'être soumis à la persécution doit établir que le risque de persécution est relié à l'un des cinq motifs énumérés dans la définition soit, la race, la religion, la nationalité, l'appartenance à un groupe social particulier ou les opinions politiques.

Je suis d'avis qu'en l'espèce, la requérante a démontré que sa crainte de persécution est liée à ses opinions politiques. Dans un pays où l'oppression des femmes est institutionnalisée, toute opinion d'indépendance, tout geste contraire à l'imposition d'une norme vestimentaire sera perçu comme une manifestation d'opposition au régime théocratique en place.

Bien que le motif d'appartenance à un groupe social ait été invoqué par la requérante, il ne m'est pas nécessaire d'en traiter puisqu'un seul des motifs énumérés suffit.

e CONCLUSION

Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire est accueillie pour la requérante et l'affaire est renvoyée devant un tribunal différemment constitué.

2. Parviz Namitabar

La section du statut a aussi erré quant au traitement de la revendication du requérant. Rien dans la décision du tribunal n'indique qu'il s'est penché sur le bien-fondé de la revendication du requérant. La section du statut rejette sa demande sans aucune discussion des circonstances particulières du requérant.

Comme l'exprimait récemment mon collègue Wetston dans l'affaire *Kassim c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*:<sup>6</sup>

Une audition conjointe à l'issue de laquelle on refuse de reconnaître à un membre de la famille le statut de réfugié n'empêche pas nécessairement de tirer une conclusion favorable à l'égard de la revendication de l'autre membre de la famille, à la condition de juger la valeur de chaque revendication.

<sup>6</sup> *Kassim c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, ordonnance encore inédite, A-700-92, 9 septembre 1993, à la p. 5 des motifs.

It is possible in the case at bar that the applicant fears being persecuted for grounds relating solely to his family, that is on account of the political opinion of his sister and certain incidents that occurred when he was with her, or these grounds cannot give rise to a valid fear of persecution if he eventually returns; but the Refugee Division said nothing on this point.

In the circumstances the application for judicial review is also allowed in the case of the male applicant and the matter is referred back to a panel of different members.

En l'espèce, il est possible que le requérant craigne d'être persécuté pour des motifs uniquement reliés à la parenté, c'est-à-dire en raison des opinions politiques de sa sœur et de certains incidents vécus lorsqu'il l'accompagnait. Ou encore ces motifs ne peuvent donner lieu à une crainte bien fondée de persécution lors d'un retour éventuel. Mais la section du statut est silencieuse à ce sujet.

Dans les circonstances, la demande de contrôle judiciaire est également accueillie pour le requérant et l'affaire est renvoyée devant un tribunal différemment constitué.

A-1290-92

A-1290-92

**Mohamed Mahmoud Shirwa** (*Applicant*)**Mohamed Mahmoud Shirwa** (*requérant*)

v.

c.

**The Minister of Employment and Immigration** (*Respondent*)**Ministre de l'Emploi et de l'Immigration** (*intimé*)*INDEXED AS: SHIRWA v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)**RÉPERTORIÉ: SHIRWA c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Denault J.—Ottawa, November 25 and December 16, 1993.

Section de première instance, juge Denault—Ottawa, 25 novembre et 16 décembre 1993.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Member of Somalian clan persecuted by larger clans, military for religious practices — Led to believe represented before CRDD by lawyer — “Counsel”, non-lawyer, representing applicant in entirely incompetent manner — Law Society unable to afford relief as “counsel” not member — Incompetence of counsel ground for judicial review when breach of natural justice — Negligence of counsel specific, demonstrated by evidence — Fair hearing denied — Tribunal erred in finding no objective basis to fear persecution — Need not prove, post persecution — Failure to consider evidence of persec on of applicant's clan.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Membre d'un clan somalien victime de persécution de la part des grands clans et des militaires en raison de certaines pratiques religieuses — Le requérant a été amené à croire qu'il était représenté par un avocat devant la SSR — Un «conseil», qui n'était pas avocat, a représenté le requérant de façon tout à fait incompétente — La Société du barreau n'a pu accorder un redressement, car le «conseil» ne faisait pas partie de ses membres — L'incompétence du conseil justifie un contrôle judiciaire lorsqu'il y a violation d'un principe de justice naturelle — La négligence du conseil ressort de la preuve de façon précise — Le requérant n'a pas eu droit à une audience impartiale — Le tribunal a commis une erreur en concluant que la crainte d'être persécuté n'était pas objective — La preuve d'une persécution antérieure n'est pas requise — Le tribunal a omis de tenir compte de la preuve relative à la persécution du clan auquel le requérant appartenait.*

This was an application for judicial review of the Convention Refugee Determination Division (CRDD) decision that the applicant was not a Convention refugee. The applicant is from Somalia and a member of the Musetur clan, members of which are subjected to persecution in the form of denial of higher education and expropriations by the military because they are considered “untouchable” due to certain religious practices. In May 1990 he was arrested after participating in a demonstration against the ruling clans. He was held without charge for four months until he escaped. He hid in his village until he left the country. On the day before his Convention refugee hearing, the applicant's counsel informed him that another lawyer, Mr. Flynn, would be representing him. Mr. Flynn indicated that he would be the applicant's “counsel” and the CRDD introduced him as counsel. “Counsel” was interpreted to the applicant as “lawyer”. Mr. Flynn merely entered the personal information form (PIF) and asked the claimant to swear to the veracity of its contents. He neither examined the applicant nor provided any details of the applicant's claim to support the PIF. He undertook to make written submissions, but did not do so. The CRDD found the applicant not to be a Convention refugee, even though his testimony was found to be credible, because the applicant's political activities had been directed against the former regime. It held that there was no reason to believe that the present authorities would persecute him for what he had

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire visant la décision de la section du statut de réfugié (SSR) dans laquelle il est déterminé que le requérant n'est pas un réfugié au sens de la Convention. Le requérant est somalien et appartient au clan Musetur, dont les membres sont persécutés parce qu'ils sont considérés comme des «intouchables» en raison de certaines pratiques religieuses. Ainsi, les membres de ce clan se voient refuser l'accès à l'enseignement supérieur et font l'objet d'expropriations par les militaires. En mai 1990, le requérant a été arrêté après avoir participé à une manifestation contre les clans dirigeants. Il a été détenu pendant quatre mois sans qu'aucune accusation ne soit portée contre lui, puis il s'est évadé. Il s'est caché dans son village jusqu'à ce qu'il quitte le pays. Le jour précédant l'audience devant la section du statut de réfugié, le conseil du requérant a appris à ce dernier qu'un autre avocat, M. Flynn, allait le représenter. Ce dernier a informé le requérant qu'il serait son «conseil», et la SSR l'a présenté comme étant le conseil du requérant. L'interprète a traduit «conseil» par «avocat» à l'intention du requérant. M. Flynn s'est contenté de produire le formulaire de renseignements personnels et a demandé au requérant de certifier que les renseignements contenus dans le formulaire étaient exacts. Il n'a ni interrogé le requérant ni donné de détails sur la demande du requérant à l'appui du formulaire. Il s'est engagé à formuler des observations par écrit, mais il n'en a présenté aucune. La SSR a déter-

done under the previous regime. The applicant filed a complaint with the Law Society, which responded that Mr. Flynn was not a barrister and solicitor. The issues were (1) whether the applicant's right to a fair hearing was compromised because of the incompetence of his representative, and whether this was a reviewable error; (2) whether the tribunal erred in law in its determination that there was no objective basis for the applicant's fear of persecution.

*Held*, the application should be allowed.

The incompetence of counsel in the context of a refugee hearing is ground for review of the tribunal's decision on the basis of a breach of natural justice. Where, through no fault of the applicant, the effect of counsel's misconduct is to completely deny the applicant the opportunity of a hearing, a reviewable breach of fundamental justice has occurred. Where a hearing does occur, the decision can be reviewed only in "extraordinary circumstances", where there is sufficient evidence to establish the "exact dimensions of the problem" and where the review is based on a "precise factual foundation", as general dissatisfaction with the quality of representation freely chosen by the applicant should not provide grounds for judicial review of a negative decision. Where the incompetence or negligence of the applicant's representative is sufficiently specific and clearly supported by the evidence, such negligence or incompetence is inherently prejudicial to the applicant and will warrant overturning the decision, notwithstanding the lack of bad faith or absence of a failure to do anything on the part of the tribunal. Even though a hearing occurred, the circumstances warranted overturning the decision on the basis of incompetence and/or negligence of the applicant's representatives for the following reasons: (1) The applicant was led to believe that Mr. Flynn was a lawyer and this misrepresentation was not corrected at the hearing. (2) Mr. Flynn was negligent in that his representation of the applicant consisted solely of entering the PIF into evidence. His conduct during the hearing was not reasonable care. (3) The failure to provide written submission was prejudicial to the applicant. Mr. Flynn failed to respond to any of the concerns expressly identified by the Refugee Hearing Officer i.e. that there might be insufficient evidence establishing identity and nationality, and the link between the applicant and the persecuting agent in situations of generalized violence, based on his determination that the applicant's lack of credibility had been established. That determination was not his to make. (4) The "other relief" sought by the applicant, the complaint to the Law Society, was limited as the Law Society could not bring any proceedings against Mr. Flynn. The cumulative effect of all of these reasons was that the conduct of the applicant's representatives was inherently prejudicial to him. This prejudice amounted to a denial of natural justice, in that the applicant was denied a full and fair hearing, and the decision of the tribunal was reviewable on this basis.

miné que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention, même si son témoignage était, selon elle, digne de foi, parce que les activités politiques du requérant visaient l'ancien régime. Elle a conclu qu'il n'y avait aucune raison de croire que les autorités actuelles persécuteraient le requérant à cause de son opposition à l'ancien régime. Le requérant a présenté une plainte à la Société du barreau, mais celle-ci lui a répondu que M. Flynn n'était pas avocat. Les questions en litige sont les suivantes: 1) le droit du requérant à une audition impartiale a-t-il été violé en raison de l'incompétence du représentant et un contrôle judiciaire est-il justifié pour ce motif? et 2) le tribunal a-t-il commis une erreur de droit en déterminant que la crainte du requérant d'être persécuté n'avait aucun fondement objectif?

*Jugement*: la demande doit être accueillie.

L'incompétence manifestée par un avocat à l'audition d'une demande du statut de réfugié justifie le contrôle judiciaire de la décision du tribunal, en raison de la violation d'un principe de justice naturelle. Lorsque le requérant n'a commis aucune faute, mais que le manque de diligence de son avocat a pour effet de le priver totalement de son droit d'être entendu, il y a manquement à un principe de justice naturelle, en sorte qu'un contrôle judiciaire est fondé. Lorsqu'une audience a lieu, la décision ne peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire que dans des «circonstances extraordinaires», s'il y a suffisamment d'éléments de preuve pour établir «l'étendue du problème» et que le contrôle judiciaire a «pour fondement des faits très précis». L'insatisfaction d'ordre général à l'égard de la qualité de la représentation assurée par l'avocat que le requérant a librement choisi ne saurait justifier le contrôle judiciaire d'une décision défavorable. Lorsque l'incompétence ou la négligence du représentant ressort de la preuve de façon suffisamment claire et précise, elle est en soi préjudiciable au requérant et elle justifie l'annulation de la décision, même si le tribunal n'a pas agi de mauvaise foi ni omis de faire quoi que ce soit. Bien qu'une audience ait eu lieu, les circonstances justifient l'annulation de la décision à cause de l'incompétence ou de la négligence, ou les deux, des représentants du requérant et ce, pour les motifs suivants. 1) Le requérant a été amené à croire que M. Flynn était avocat et les faits n'ont pas été rétablis à l'audience. 2) M. Flynn a fait preuve de négligence en se contentant, aux fins de représenter le requérant, de produire en preuve le formulaire de renseignements personnels. Il n'a pas fait preuve de diligence raisonnable pendant l'audience. 3) L'omission de formuler des observations par écrit a causé un préjudice au requérant. M. Flynn n'a donné suite à aucune des indications de l'agent d'audience selon lesquelles la preuve pouvait ne pas être suffisante quant à l'identité et à la nationalité du requérant, de même qu'à l'égard du lien entre le requérant et l'auteur de la persécution dans un contexte de violence généralisée. Selon M. Flynn, il avait été établi que le témoignage du requérant n'était pas digne de foi; or, il ne lui appartenait pas de conclure à cet égard. 4) L'«autre recours» exercé par le requérant, soit la plainte à la Société du barreau, avait une portée limitée étant donné que cette dernière ne pouvait pas prendre de mesures contre M. Flynn. Il ressort de tous ces motifs que la conduite des représentants du requérant était, en soi, préjudiciable à ce dernier. Il en a résulté un manquement aux principes de la jus-

The tribunal erred in law in finding that the applicant did not have an objective basis for his fear of persecution as it failed to consider, or erred in its consideration of, important elements of the Convention refugee definition, in particular with respect to the issue of past persecution and the inability of the applicant to avail himself of the protection of the state. The tribunal's finding that there was no evidence of past persecution of the applicant in the form of a denial of education or present persecution by the "main power brokers in Somalia today" constituted an error in law. The applicant need not prove past persecution to found his claim in the future. By requiring proof of past persecution in order to find an objective basis for the applicant's fear in the future, the tribunal asked the wrong question. It also failed to deal with the evidence of persecution of the Musetur clan by other clans, in terms of "reprehensible acts" allegedly committed against the Musetur (the group to which the applicant belonged, as opposed to the applicant personally). A determination that there was no proof that the main power brokers in Somalia today are persecuting the Musetur without identifying these individuals or groups was not sufficient.

tice naturelle, étant donné que le requérant n'a pas eu droit à une audience impartiale et complète, en sorte que la décision du tribunal peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

a La crainte du requérant d'être persécuté n'était pas objective, vu qu'il n'a pas tenu compte d'éléments importants de la définition de «réfugié au sens de la Convention» ou qu'il a commis une erreur en le faisant, tout particulièrement en ce qui a trait à la persécution antérieure et à l'incapacité du requérant de se réclamer de la protection de son pays. La conclusion du tribunal selon laquelle il n'était pas établi que le requérant avait été victime de persécution dans le passé en se voyant refuser l'accès au système d'éducation ou qu'il ferait présentement l'objet de persécution par les «principaux détenteurs du pouvoir en Somalie à l'heure actuelle», équivaut à une erreur de droit. Le requérant n'a pas à prouver qu'il a été persécuté dans le passé pour établir le bien-fondé de ses prétentions quant à l'avenir. En exigeant une preuve de persécution antérieure pour établir que la crainte avait un fondement objectif quant à l'avenir, le tribunal a procédé incorrectement. Il a également omis de tenir compte de la preuve relative à la persécution du clan Musetur par les autres clans, malgré les «actes répréhensibles» qui auraient été commis à l'égard du clan Musetur (auquel appartenait le requérant, et non à l'égard du requérant personnellement). Statuer qu'il n'y a pas de preuve que les «principaux détenteurs du pouvoir en Somalie à l'heure actuelle» persécutent les membres du clan Musetur, sans préciser qui sont ces personnes ou ces groupes, n'est pas suffisant.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 69(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Suppl.), c. 28, s. 18).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 69(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; (1986), 75 N.S.R. (2d) 109; 31 D.L.R. (4th) 481; 186 A.P.R. 109; 34 B.L.R. 187; 37 C.C.L.T. 117; 42 R.P.C. 161; *Salibian v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 250; (1990), 11 Imm. L.R. (2d) 165 (C.A.).

##### CONSIDERED:

*Sheikh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 238; (1990), 71 D.L.R. (4th) 604; 11 Imm. L.R. (2d) 81; 112 N.R. 61 (C.A.); *Huynh v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 65 F.T.R. 11; 21 Imm. L.R. (2d) 18 (F.C.T.D.); *Mathon v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1988), 38 Admin. L.R. 193; 28 F.T.R. 217; 9 Imm. L.R. (2d) 132 (F.C.T.D.).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; (1986), 75 N.S.R. (2d) 109; 31 D.L.R. (4th) 481; 186 A.P.R. 109; 34 B.L.R. 187; 37 C.C.L.T. 117; 42 R.P.C. 161; *Salibian c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 250; (1990), 11 Imm. L.R. (2d) 165 (C.A.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Sheikh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 238; (1990), 71 D.L.R. (4th) 604; 11 Imm. L.R. (2d) 81; 112 N.R. 61 (C.A.); *Huynh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 65 F.T.R. 11; 21 Imm. L.R. (2d) 18 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Mathon c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 38 Admin. L.R. 193; 28 F.T.R. 217; 9 Imm. L.R. (2d) 132 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## REFERRED TO:

*Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266.

APPLICATION for judicial review of a Convention Refugee Determination Division decision that the applicant was not a Convention refugee. Application allowed.

## COUNSEL:

*Richard J. Mahoney* for applicant.  
*Linda Wall* for respondent.

## SOLICITORS:

*Richard J. Mahoney*, Ottawa, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

DENAULT J.: This is an application for judicial review of a decision of the Convention Refugee Determination Division (CRDD) of the Immigration and Refugee Board rendered June 2, 1992 which found the applicant not to be a Convention refugee. The applicant seeks an order setting aside the decision and declaring that the applicant is a Convention refugee or, in the alternative, an order referring the matter back to a differently constituted panel.

## FACTS

The applicant is a Somali and a member of the Musetur clan from 30 km west of Mogadishu. It is one of the smallest clans in Somalia and associated with the Hiwaye clan. Despite this association, members of the clan are subject to persecution by the Hiwaye and other large clans because they are considered "untouchable" due to certain religious practices. This persecution takes the form of denial of higher education and expropriations by the military. In May of 1990, the applicant was involved in a dem-

## DÉCISIONS CITÉES:

*Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266.

DEMANDE de contrôle judiciaire visant la décision de la section du statut de réfugié dans laquelle il est déterminé que le requérant n'est pas un réfugié au sens de la Convention. Demande accueillie.

## AVOCATS:

*Richard J. Mahoney* pour le requérant.  
*Linda Wall* pour l'intimé.

## PROCUREURS:

*Richard J. Mahoney*, Ottawa, pour le requérant.  
*Le sous-procureur général du Canada*, pour l'intimé.

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

LE JUGE DENAULT: Il s'agit, en l'espèce, d'une demande de contrôle judiciaire visant la décision rendue le 2 juin 1992 par la section du statut de réfugié (SSR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, dans laquelle il est déterminé que le requérant n'est pas un réfugié au sens de la Convention. Le requérant demande à la Cour d'annuler la décision et de rendre un jugement déclaratoire selon lequel il est un réfugié au sens de la Convention ou, subsidiairement, de prononcer une ordonnance ayant pour effet de renvoyer l'affaire à un tribunal différemment constitué.

## LES FAITS

Le requérant, qui est Somalien, appartient au clan Musetur, habitant à trente kilomètres à l'ouest de Mogadiscio. Son clan est l'un des plus petits de la Somalie et il est lié au clan Hiwaye. Malgré ce lien, ses membres sont persécutés par ce dernier ainsi que par d'autres grands clans, parce qu'ils sont considérés comme des «intouchables» en raison de certaines pratiques religieuses. Ainsi, ils se voient refuser l'accès à l'enseignement supérieur et ils font l'objet d'expropriations par les militaires. En mai 1990, le



onstration in his village against the ruling clans. As a result, he was arrested at the school where he was teaching in Mogadishu and held without charge for four months. He escaped when United Somali Congress (USC) rebels attacked the prison. The applicant then hid in his village until he left the country. He arrived in Canada in May of 1991.

The applicant's CRDD hearing was scheduled for March 20, 1992. On the day prior to his hearing, the applicant's counsel informed him that another lawyer by the name of Gerald Flynn would be representing him. At the beginning of the hearing, Mr. Flynn indicated to the applicant that he would be his counsel. The CRDD also introduced Mr. Flynn as counsel. On both occasions, "counsel" was interpreted to the applicant as "lawyer" and no correction was made. The following is an account of what transpired at the hearing as related in the affidavit of Janet van der Vink, who listened to the tapes of the hearing (a transcription was not available):

3. Counsel for the claimant then submitted a change of telephone number to the personal information form (PIF), entered no documents in evidence other than the PIF, asked the claimant to swear to the contents of the PIF as being true, then stated: "That's my case, Mr. Chairman".

4. At 12:20, following a break in the hearing, it was suggested by the Board that the refugee hearing officer (RHO) make his final submissions and that the "lawyer" send in his submissions later on. Mr. Flynn agreed. He in fact stated "That's exactly what I suggested outside to [RHO] and since I only came on this last night, I'd at least like to put in writing, I undertake to do so by Monday or Tuesday."

6. The RHO stated that the issues in the claim were credibility, regarding personal identity and nationality, and change in circumstance.

7. The RHO stated that there was no evidence to establish credibility, unless Mr. Flynn could provide "third party documentation" where the claimant was mentioned by name, and that the clan affiliation (Musetur) of the claimant was obscure.

8. The RHO stated that he could "safely suggest" that the agents of persecution were everyone in Somalia not Musetur.

requérant a participé, dans son village, à une manifestation contre les clans dirigeants. Cela lui a valu d'être arrêté à l'école où il enseignait, à Mogadiscio, puis d'être détenu pendant quatre mois sans qu'aucune accusation ne soit portée contre lui. Il s'est évadé lorsque les rebelles du Congrès de la Somalie unifiée (USC) ont pris d'assaut la prison. Le requérant s'est ensuite caché dans son village jusqu'à ce qu'il quitte le pays. Il est arrivé au Canada en mai 1991.

L'audience devant la SSR a été fixée au 20 mars 1992. La veille, le conseil du requérant a appris à ce dernier qu'un autre avocat, Gerald Flynn, allait le représenter. Au début de l'audience, M. Flynn a informé le requérant qu'il serait son conseil. La SSR a également présenté M. Flynn comme étant le conseil du requérant. Les deux fois, l'interprète a traduit «conseil» par «avocat», et aucune rectification n'a été faite. Voici ce qui s'est passé à l'audience selon la déclaration sous serment de Janet van der Vink, qui a écouté les bandes d'enregistrement (aucune transcription ne pouvant être obtenue):

[TRADUCTION] 3. Le conseil du requérant a ensuite signalé un changement de numéro de téléphone aux fins du formulaire de renseignements personnels, il n'a produit aucun autre document que le formulaire à titre d'élément de preuve, il a demandé au demandeur de certifier que les renseignements contenus dans le formulaire étaient exacts, puis il a dit: «Voilà, monsieur le président, la preuve que j'ai à offrir.»

4. À 12 h 20, après une interruption de l'audience, la Commission a proposé que l'agent d'audience formule ses observations finales et que l'«avocat» fasse parvenir les siennes ultérieurement. M. Flynn a accepté. En fait, il a dit: [TRADUCTION] «C'est exactement ce que j'ai proposé à l'agent d'audience, pendant la pause, et comme je n'ai été saisi du dossier qu'hier soir, j'aimerais à tout le moins formuler mes observations par écrit. Je m'engage à le faire d'ici à lundi ou mardi.»

6. L'agent d'audience précise que les questions en litige touchent à la crédibilité du témoignage du demandeur en ce qui concerne son identité et sa nationalité, ainsi qu'à la modification des circonstances.

7. L'agent d'audience dit que la crédibilité du témoignage du demandeur ne peut être établie, à moins que M. Flynn ne produise des «documents provenant de tiers» où le nom du demandeur est mentionné, et que l'appartenance du demandeur au clan (Musetur) n'est pas claire.

8. L'agent d'audience fait remarquer qu'il peut avancer, «sans trop s'aventurer», que la persécution est le fait de tout Soma-

He invited Mr. Flynn to correct this assertion in his submissions.

9. The RHO then explained the law and stated that a convention refugee must be identifiable in some way, whether personally or by group association. He then stated that "if the harm that is feared is one that is feared equally by all persons in a country, then there may be some question as to whether the definition applies." He referred to the situation in Somalia today and then stated:

The panel may wish to decide, or at least to consider in passing, whether there is still sufficient focus remaining to fit this person within the definition, in light of the generalized violence aspect. I'm not suggesting to you that it does or doesn't, merely that as chaos increases, that becomes a more important consideration. Mr. Flynn is now going to correct my errors in writing.

10. The hearing was concluded after Mr. Flynn agreed to send in his submissions by Friday, 27 March 1992.

Mr. Flynn made no written submissions and the CRDD found the applicant not to be a Convention refugee even though his testimony was found to be credible.

The applicant filed a complaint with the Law Society of Upper Canada about Mr. Flynn's conduct. The Law Society responded that Mr. Flynn was not a member and that there was nothing in their records to indicate he was a barrister or solicitor. The applicant wrote again to the Law Society basing the complaint on an allegation that his previous counsel, Mr. Kee, was a lawyer and member of the Law Society and that this counsel had held Mr. Flynn out to be a lawyer. In its response of November 23, 1993, the Law Society indicated that there was little evidence of misconduct on the part of Mr. Kee. However, in his submissions to the Law Society Mr. Kee indicated what he believed transpired during and after the hearing:

It became clear to Mr. Flynn that at the end of the hearing an adverse decision was going to be made against Mr. Shirwa on the basis of credibility. Accordingly, in an effort to postpone any immediate decision, Mr. Flynn requested that the Board permit him to file written reasons. The Board granted this request. Mr. Flynn realized however once he had a chance to review Mr. Shirwa's testimony that the lack of credibility had been established and there was no legal or factual argument to present. He advised the hearing officer that he had nothing fur-

lien qui n'est pas membre du clan Musetur. Il invite M. Flynn à modifier ses observations en ce sens.

9. L'agent d'audience fait état du droit applicable et il précise que le réfugié au sens de la Convention doit pouvoir être identifié d'une manière ou d'une autre, que ce soit personnellement ou par son appartenance à un groupe. Puis, il dit que «si les actes appréhendés sont également craints par tous les habitants d'un pays, alors on peut se demander si la définition s'applique». Il fait mention de la situation actuelle en Somalie et il ajoute:

Le tribunal peut déterminer ou, à tout le moins, se demander, en passant, si suffisamment de conditions demeurent remplies pour que cette personne soit visée par la définition, compte tenu de la violence généralisée qui a cours dans ce pays. Je ne me prononce pas sur la question, mais je signale tout simplement que, l'anarchie prenant de plus en plus d'ampleur, la question gagne en importance. M. Flynn va maintenant apporter par écrit les corrections qu'il estime nécessaires.

10. L'audience est levée après que M. Flynn eut accepté de produire ses observations au plus tard le vendredi 27 mars 1992.

Or, M. Flynn n'a pas présenté d'observations par écrit, et la SSR a déterminé que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention même si son témoignage était, selon elle, digne de foi.

Le requérant a présenté une plainte à la Société du barreau du Haut-Canada concernant la conduite de M. Flynn. L'organisme a répondu que M. Flynn ne faisait pas partie de ses membres et que, selon ses registres, il n'était pas avocat. Le requérant a de nouveau saisi la Société du barreau d'une plainte en s'appuyant sur le fait, cette fois, que son conseil précédent, M. Kee, était avocat et membre du Barreau et que celui-ci lui avait laissé entendre que M. Flynn était avocat. Dans une lettre datée du 23 novembre 1993, la Société du barreau a répondu qu'elle disposait de peu d'éléments de preuve établissant que M. Kee n'avait pas agi correctement. Voici un extrait des observations que M. Kee a formulées à l'intention de la Société du barreau, où il explique comme suit ce qui, selon lui, s'est passé pendant et après l'audience:

[TRADUCTION] Il a semblé clair à M. Flynn, à la fin de l'audience, qu'une décision défavorable allait être rendue parce que le témoignage de M. Shirwa n'était pas digne de foi. Par conséquent, afin de différer le prononcé de la décision, M. Flynn a demandé à la Commission l'autorisation de produire des observations par écrit, et la Commission a fait droit à sa demande. Cependant, M. Flynn s'est rendu compte, dès qu'il a eu l'occasion d'examiner le témoignage de M. Shirwa, que l'absence de crédibilité avait été établie et qu'aucun argument

ther to add. The Board found that Mr. Shirwa was not a credible refugee claimant based on the inconsistencies of his testimony.

In fact, the CRDD found the applicant to be credible.

It is important to note that the facts relating to the applicant's representatives were not in dispute. The affidavit attaching the correspondence from the Law Society was introduced by the applicant with the consent of the respondent.

## DECISION

The relevant part of the CRDD members' decision reads as follows:

The claimant's testimony as a whole appeared to us to be credible. In the absence of any trustworthy evidence which would lead us to doubt what the claimant has stated under oath, we accept the facts related in his testimony as having been established.

Does the evidence substantiate a well-founded fear of persecution by reason of his political opinion and his membership in a particular social group on the part of the claimant? We do not find that it does. On the basis of our evaluation of the evidence as a whole, there is no reasonable chance that the claimant would be persecuted if he returned to his country of nationality, for the following reasons.

The whole claim is based on one incident which happened on May 10th, 1990. Although, the claimant took part in some anti-regime activities which resulted in his arrest and detention, but the fact remains that the claimant's political activities were directed against the Siad Barre regime which is no longer in power.

The claimant left his country in October 1990 and ever since, politically speaking, he has not done anything against the present authorities. There is, therefore, no reason to believe that the present authorities would be interested in persecuting him for that matter or for what he has done against the Siad Barre regime.

Regarding the second criterion upon which the claimant has based his claim, no evidence was provided either by the claimant or his counsel to prove that the main power brokers in Somalia today are persecuting members of the Qoryley [sic] [Musetur] clan. Despite the claimant's allegations that his clan members were prevented from having formal education, the claimant's PIF reveals that he went to school from 1976 until 1985 and that from November 1985 until May 1990 he was working in Somalia as a teacher.

juridique ou factuel ne pouvait être présenté. Il a informé l'agent d'audience qu'il n'avait rien à ajouter. La Commission a conclu que M. Shirwa n'était pas digne de foi, à cause des contradictions que son témoignage comportait.

<sup>a</sup> Dans les faits, la SSR a jugé que le requérant était digne de foi.

<sup>b</sup> Il importe de signaler que les faits qui se rapportent aux représentants du requérant ne sont pas en litige. La déclaration sous serment jointe à la correspondance de la Société du barreau a été produite par le requérant, avec le consentement de l'intimé.

## <sup>c</sup> DÉCISION

Voici l'extrait pertinent de la décision de la SSR:

<sup>d</sup> [TRADUCTION] Dans l'ensemble, le témoignage du demandeur nous a semblé digne de foi. À défaut de tout élément de preuve fiable nous incitant à douter de l'exactitude du témoignage sous serment du demandeur, nous tenons les faits relatés dans son témoignage pour avérés.

<sup>e</sup> La preuve établit-elle que le demandeur craint avec raison d'être persécuté du fait de ses opinions politiques et de son appartenance à un groupe social? Nous ne le croyons pas. Compte tenu de notre appréciation de la preuve dans son ensemble, il n'y a pas de possibilité raisonnable que le demandeur soit persécuté s'il retourne dans le pays dont il a la nationalité et ce, pour les motifs suivants.

<sup>f</sup> La demande se fonde uniquement sur un incident qui s'est produit le 10 mai 1990. Le demandeur a participé à des activités dirigées contre le régime en place et, pour cette raison, il a été arrêté, puis détenu. Or, les activités politiques du demandeur visaient le régime de Siyad Barre, lequel ne dirige plus le pays.

<sup>g</sup> Le demandeur a quitté son pays en octobre 1990 et, depuis lors, il n'a pris part à aucune activité politique dénonçant les autorités actuelles. Il n'y a donc aucune raison de croire que celles-ci seraient enclines à le persécuter parce qu'il a quitté le pays ou à cause de son opposition au régime de Siyad Barre.

<sup>h</sup> En ce qui concerne le deuxième motif invoqué à l'appui de la demande, ni le demandeur ni son conseil n'ont présenté d'éléments de preuve établissant que, à l'heure actuelle, les principaux détenteurs du pouvoir en Somalie persécutent les membres du clan Qoryley [sic] [Musetur]. Bien qu'il prétende que les membres de son clan n'ont pas accès au système d'éducation, il ressort du formulaire de renseignements personnels qu'il a fréquenté l'école de 1976 à 1985 et que, de novembre 1985 à mai 1990, il a enseigné en Somalie.

## ISSUES

Counsel for the applicant and the respondent raised a number of issues before me. Two of these questions merit consideration here, though a favourable finding on any one is sufficient to dispose of this application. They are as follows:

1. Was the applicant's right to a fair hearing denied because of the incompetence of his representative(s) and is this a reviewable error?
2. Did the tribunal err in law in its determination that there was no objective basis for the applicant's fear of persecution?

## NEGLIGENCE/INCOMPETENCE OF REPRESENTATIVE

The starting point for an analysis of the applicant's right to a competent and careful representative is Mr. Justice MacGuigan's decision in *Sheikh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 238 (C.A.). That case involved a situation where counsel fell asleep repeatedly during the refugee claimant's credible basis hearing. MacGuigan J.A. refers to an American criminal case which held that sleeping counsel is inherently prejudicial to the defendant when he states, at pages 247-248:

I would be prepared to adopt such a holding, but I would emphasize that in any case where it was applied it would have to be based on a very precise factual foundation. . . . Given the possibility that a judgment of this kind could found either an action in negligence by the aggrieved client or disciplinary proceedings by the relevant law society, to say nothing of the general loss of reputation on the part of such a sleeping counsel, a Court would want to be sure that its conclusion was warranted before so pronouncing.

Mr. Justice MacGuigan then reviews the evidence in the transcript regarding counsel's actions and found that there was [at page 248] "enough evidence to establish that there was a problem, but not the exact dimensions of the problem" and, hence, dismissed the application.

This decision was considered by Mr. Justice Rothstein in *Huynh v. Minister of Employment and Immi-*

## QUESTIONS EN LITIGE

Les avocats des deux parties ont soulevé un certain nombre de questions devant moi. Deux d'entre elles méritent d'être examinées en l'espèce, bien qu'une conclusion favorable à l'égard d'une seule suffirait pour statuer sur la demande. Voici quelles sont les deux questions:

1. Le droit du requérant à une audition impartiale a-t-il été violé en raison de l'imcompétence de son ou de ses représentants et un contrôle judiciaire est-il justifié pour ce motif?
2. Le tribunal a-t-il commis une erreur de droit en déterminant que la crainte du requérant d'être persécuté n'avait aucun fondement objectif?

## NÉGLIGENCE OU INCOMPÉTENCE DU REPRÉSENTANT

Aux fins d'analyser le droit du requérant aux services d'un représentant à la fois compétent et diligent, il convient d'examiner la décision du juge MacGuigan, J.C.A. dans *Sheikh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 238 (C.A.). Dans cette affaire, le conseil avait dormi à plusieurs occasions pendant l'audience relative au minimum de fondement. Invoquant un jugement américain rendu dans une affaire pénale, où il est statué que le fait qu'un avocat dorme à l'audience cause en soi un préjudice à la partie défenderesse, le juge MacGuigan conclut ce qui suit, aux pages 247 et 248:

Je serais disposé à adopter cette conclusion, mais je soulignerais que dans tous les cas où elle sera appliquée, elle devrait avoir pour fondement des faits très précis. . . . Vu la possibilité qu'un jugement de la sorte puisse motiver soit une action pour négligence de la part du client lésé, soit des procédures disciplinaires de la part du barreau concerné, pour ne rien dire du tort causé à la réputation de l'avocat somnolent, le tribunal compétent tiendrait à s'assurer du bien-fondé de sa conclusion avant de la tirer.

Le juge MacGuigan examine ensuite les éléments de preuve que renferme la transcription concernant les actes de l'avocat, puis il conclut que celle-ci contient [à la page 248] «suffisamment de preuves pour établir l'existence d'un problème, sans toutefois préciser son étendue». Il rejette donc la demande.

Cette décision a été prise en considération par le juge Rothstein dans *Huynh c. Ministre de l'Emploi et*

*gration* (1993), 65 F.T.R. 11 (F.C.T.D.). In that case, the alleged misconduct of counsel involved a failure to tell the applicant's entire story, a failure to review the PIF with the applicant prior to the hearing and completion of it at the hearing, a failure to submit all of the available information on country conditions, a failure to object to problematic interpretation, counsel's lack of familiarity with the refugee process and a failure to advise the applicant of the possibility of judicial review. Rothstein J. found, at page 15 that:

The applicant may have other relief against counsel who represented him at the credible basis hearing. But on the question of representation by counsel, I cannot find that the credible basis tribunal committed an error of law in this case. It seems to me that in many cases unsuccessful litigants may wish to blame the result on the inadequacy of counsel. Where there is merit to such a claim, a client may be able to proceed against counsel and secure recovery. However, in my opinion, the failure of counsel, freely chosen by a client, cannot, in any but the most extraordinary case, result in an overturning of a decision on appeal or judicial review.

In a case involving the former Immigration Appeal Board and counsel's failure to file an application for a redetermination of a refugee claim within the 15-day limitation period, Mr. Justice Pinard found that section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982, 1982*, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] included "the right to be represented by competent and careful counsel, if he so desires, and the right to a full and complete hearing" (*Mathon v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1988), 38 Admin. L.R. 193 (F.C.T.D.) at page 208). He cites in support of this proposition *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177 and *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486. Pinard J. states further that:

It is true that in the case at Bar neither the Minister, persons acting under his authority nor the Board did or failed to do anything. . . . However, that cannot be a reason for not applying the *Charter* in favour of the applicant, who has been a vic-

*de l'Immigration* (1993), 65 F.T.R. 11 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). Dans cette affaire, l'avocat en cause a omis d'exposer l'histoire du demandeur en entier, il n'a pas examiné le formulaire de renseignements personnels avec le demandeur avant l'audience, mais il a rempli celui-ci à l'audience, il n'a pas présenté toute l'information pouvant être obtenue sur la situation dans le pays, il a omis de s'opposer à une interprétation problématique, il ne connaissait pas bien la procédure relative à la revendication du statut de réfugié et il n'a pas informé le demandeur de la possibilité d'un contrôle judiciaire. Le juge Rothstein conclut ce qui suit, à la page 15:

Le requérant peut avoir un autre recours contre l'avocat qui a occupé pour lui à l'audience sur le minimum de fondement. Mais au sujet de la représentation par avocat, je ne peux conclure que le tribunal chargé d'établir l'existence d'un minimum de fondement a commis une erreur de droit en l'espèce. Il me semble que, dans beaucoup de cas, les plaideurs qui n'ont pas gain de cause peuvent désirer attribuer le résultat à l'incompétence des avocats en cause. Lorsqu'une telle prétention est fondée, un client peut agir contre un avocat en vue d'une réparation. J'estime toutefois que l'omission de la part d'un avocat, librement choisi par un client, ne saurait, en aucun cas à l'exception du cas le plus extraordinaire, entraîner l'annulation d'une décision à l'occasion d'un appel ou d'un contrôle judiciaire.

Dans une affaire mettant en cause l'ancienne Commission d'appel de l'immigration, où l'avocat a omis de présenter une demande de réexamen de la demande du statut de réfugié dans le délai de quinze jours, le juge Pinard conclut que l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] comprend «le droit d'être représenté par un avocat compétent et diligent, si [le demandeur] le désire, et le droit à une audition pleine et entière» (*Mathon c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 38 Admin. L.R. 193 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 208). Il s'appuie à cet égard sur les arrêts *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177 et *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486. Le juge Pinard ajoute ce qui suit:

Il est vrai qu'en l'occurrence ni le ministre, ni les personnes agissant sous son autorité, ni la Commission n'ont rien fait ou omis . . . Mais cela ne saurait empêcher l'application de la *Charte* au profit de la requérante, victime de la négligence

tim of negligence and/or error by her counsel. What matters is not the government's good or bad faith as defined by s. 32 of the *Charter*, but rather the actual safeguarding of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* for those persons who are really victims of a breach or a denial of the said rights or freedoms. [Underlining added.]

In that case, Mr. Justice Pinard adopts the standard of care applicable to the applicant's counsel's professional responsibility as defined in *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, at page 208:

A solicitor is required to bring reasonable care, skill and knowledge to the performance of the professional service which he has undertaken . . .

. . . [h]e must have a sufficient knowledge of the fundamental issues or principles of law applicable to the particular work he has undertaken to enable him to perceive the need to ascertain the law on relevant points.

While each of the foregoing cases involve a different type of misconduct on the part of counsel, it seems clear that the incompetence of counsel in the context of a refugee hearing provides grounds for review of the tribunal's decision on the basis of a breach of natural justice. The criteria for reviewing such a decision are not as clear, but it is possible to derive a number of principles from these cases. In a situation where through no fault of the applicant the effect of counsel's misconduct is to completely deny the applicant the opportunity of a hearing, a reviewable breach of fundamental justice has occurred (*Mathon*).

In other circumstances where a hearing does occur, the decision can only be reviewed in "extraordinary circumstances", where there is sufficient evidence to establish the "exact dimensions of the problem" and where the review is based on a "precise factual foundation." These latter limitations are necessary, in my opinion, to heed the concerns expressed by Justices MacGuigan and Rothstein that general dissatisfaction with the quality of representation freely chosen by the applicant should not provide grounds for judicial review of a negative decision. However, where the incompetence or negligence of the applicant's representative is sufficiently specific and clearly supported by the evidence such negligence or incompetence is

et/ou de l'erreur de son avocat. Ce qui importe, ce n'est pas la bonne ou mauvaise foi de l'État tel que défini à l'article 32 de la *Charte*, mais bien plutôt la sauvegarde réelle des droits ou libertés garantis par la *Charte* aux personnes véritablement victimes de violation ou de négation desdits droits ou libertés. [C'est moi qui souligne.]

Dans ce cas, le juge Pinard fait sienne la norme de diligence applicable à l'égard de la responsabilité professionnelle de l'avocat du requérant, telle qu'elle est définie dans *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, à la page 208:

Un avocat est tenu de faire preuve de diligence, de compétence et de connaissances raisonnables dans la prestation de ses services professionnels . . .

[Il doit] posséder une connaissance suffisante des points ou des principes de droit fondamentaux applicables au travail précis qu'il a entrepris, de sorte qu'il puisse percevoir la nécessité de vérifier les règles de droit qui s'appliquent à chaque point pertinent.

Bien que les affaires susmentionnées portent sur des fautes professionnelles distinctes, il appert que l'incompétence manifestée par un avocat à l'audition d'une demande du statut de réfugié justifie le contrôle judiciaire de la décision du tribunal, en raison de la violation d'un principe de justice naturelle. Les critères applicables à l'examen d'une telle décision ne sont pas clairement établis, mais il est possible de dégager un certain nombre de principes à partir de la jurisprudence précitée. Lorsque le requérant n'a commis aucune faute, mais le manque de diligence de son avocat a pour effet de le priver totalement de son droit d'être entendu, il y a manquement à un principe de justice naturelle, en sorte qu'un contrôle judiciaire est fondé (*Mathon*).

Dans les autres cas où une audience a lieu, la décision rendue ne peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire que dans des «circonstances extraordinaires», lorsqu'il y a suffisamment d'éléments de preuve pour établir «l'étendue du problème» et que le contrôle judiciaire a «pour fondement des faits très précis». Ces restrictions sont essentielles, selon moi, afin de tenir compte des préoccupations exprimées par les juges MacGuigan et Rothstein, selon lesquelles l'insatisfaction d'ordre général ressentie à l'égard de la qualité de la représentation assurée par l'avocat dont le demandeur a, de son propre chef, retenu les services, ne saurait justifier le contrôle judiciaire d'une décision défavorable. Toutefois, lorsque l'incompé-

inherently prejudicial to the applicant and will warrant overturning the decision, notwithstanding the lack of bad faith or absence of a failure to do anything on the part of the tribunal.

Even though a hearing occurred, the circumstances of this case warrant overturning the decision of the tribunal on the basis of the incompetence and/or negligence of the applicant's representatives for the following reasons:

1. It is acknowledged that subsection 69(1) of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18)] provides that the applicant may be represented at a refugee hearing by either counsel or an agent and that the fact that Mr. Flynn was not a lawyer does not provide a basis for review. However, there is sufficient evidence in the record to support the applicant's allegation that Mr. Flynn (and maybe even Mr. Kee) led the applicant to believe that he was a lawyer and that this misrepresentation was not corrected at the hearing (there is contradictory evidence as to whether the tribunal considered Mr. Flynn to be a lawyer, the decision indicates clearly "Mr. Flynn, Barrister and Solicitor" and the transcript contains references to Mr. Flynn as counsel, but the evidence submitted to the Law Society demonstrates that Mr. Kee wrote to the tribunal indicating that Mr. Flynn was an agent).

2. Mr. Flynn was negligent in that his representation of the applicant consisted solely of entering the PIF into evidence. He did not examine the applicant at the hearing to elicit the applicant's story nor did he provide any details of the applicant's claim to supplement or support the PIF, he did not enter into evidence any supporting documentation nor did he refer to any evidence in the Standard Country File which might support the applicant's claim. While Mr. Flynn was not a solicitor, the standard of care set out above in *Central Trust Co. v. Rafuse* is applicable to a certain extent in that Mr. Flynn's conduct during the hearing could not to be characterized as exercising "reasonable care."

tence ou la négligence du représentant ressort de la preuve de façon suffisamment claire et précise, elle est en soi préjudiciable au demandeur et elle justifie l'annulation de la décision, même si le tribunal n'a pas agi de mauvaise foi ni omis de faire quoi que ce soit.

Bien qu'une audience ait eu lieu, les circonstances de la présente espèce justifient l'annulation de la décision du tribunal à cause de l'incompétence ou de la négligence, ou les deux, des représentants du requérant et ce, pour les motifs suivants:

1. Il est admis que le paragraphe 69(1) de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18)] confère au demandeur le droit d'être représenté par un avocat ou par un mandataire à l'audience et que le fait que M. Flynn n'était pas un avocat ne saurait fonder un contrôle judiciaire. Cependant, le dossier renferme suffisamment d'éléments de preuve à l'appui de la prétention du requérant voulant que M. Flynn (et peut-être même M. Kee) l'ait incité à croire qu'il était avocat et que les faits n'aient pas été rétablis à l'audience (la preuve est contradictoire quant à savoir si le tribunal croyait que M. Flynn était avocat, la décision mentionne clairement «M. Flynn, avocat» et la transcription utilise le titre de «conseil» pour le désigner, alors que la preuve présentée à la Société du barreau établit que M. Kee a informé par écrit le tribunal que M. Flynn était un mandataire).

2. M. Flynn a fait preuve de négligence en se contentant, aux fins de représenter le requérant, de produire en preuve le formulaire de renseignements personnels. À l'audience, il n'a pas interrogé le requérant afin d'éclaircir certains points sur lesquels se fondait la demande ni donné de détails sur celle-ci en vue de compléter ou d'étouffer les données que contenait le formulaire. Il n'a pas non plus produit de documents à l'appui ni invoqué d'éléments de preuve qu'il aurait pu tirer du dossier de référence sur le pays pour étayer la demande de son client. Même si M. Flynn n'était pas avocat, la norme de diligence établie dans *Central Trust Co. c. Rafuse*, précité, s'applique dans une certaine mesure parce que, en agissant comme il l'a fait à l'audience, M. Flynn n'a pas fait preuve de «diligence raisonnable».

3. Mr. Flynn and Mr. Kee's explanation for not fulfilling the undertaking to provide written submissions on the issues of credibility or change of circumstances is insufficient, particularly in light of the tribunal's express finding that the applicant was credible. While the effect of this failure cannot be characterized as a denial of the right to hearing as in *Mathon*, it did result in considerable prejudice to the applicant in so far as the applicant was unable to fully demonstrate his case before the tribunal. The RHO clearly indicated that credibility and change in circumstances were issues before the tribunal, that there might be insufficient evidence establishing identity and nationality, and that Mr. Flynn might present argument on the issue of the necessary link between the applicant and the persecuting agent in situations of generalized violence. Mr. Flynn failed to respond to any of these concerns on the basis of his determination that the applicant's lack of credibility had been established. Clearly, that determination was not his to make. Even if it was, there is no evidence that the situation was explained to the applicant or that the applicant was consulted prior to the decision not to make written submissions.

4. The "other relief" sought by the applicant, the complaint to the Law Society, was limited in that the Law Society could not bring any proceedings against Mr. Flynn since he was an agent, not a solicitor. I would note as well that the Law Society's investigator made the same error as Mr. Kee in that they both concluded that the tribunal found the applicant to be lacking in credibility when, in fact, the decision expressly states otherwise.

In the particular circumstances of this case and on the basis of essentially uncontradicted evidence, the cumulative effect of all of these reasons is such that the conduct of the applicant's representatives was inherently prejudicial to the applicant. This prejudice amounted to a denial of natural justice, in that the applicant was denied a full and fair hearing, and the decision of the tribunal is reviewable on this basis.

3. L'explication fournie par MM. Flynn et Kee quant à l'omission de présenter par écrit, comme convenu, des observations sur la question de la crédibilité du témoignage et celle de la modification des circonstances n'est pas convaincante, d'autant plus que le tribunal a expressément conclu que le requérant était digne de foi. Ce manquement n'a pas eu pour effet de priver le requérant de son droit d'être entendu comme dans *Mathon*, mais il a causé un préjudice considérable au requérant dans la mesure où celui-ci n'a pu établir pleinement, devant le tribunal, le bien-fondé de sa demande. L'agent d'audience a clairement précisé que la crédibilité du témoignage et la modification des circonstances étaient en litige devant le tribunal, que la preuve pouvait ne pas être suffisante quant à l'identité et à la nationalité du requérant et que M. Flynn pouvait présenter des arguments concernant la question du lien requis entre le requérant et l'auteur de la persécution dans un contexte de violence généralisée. M. Flynn n'a pas formulé d'observations sur ces questions pour le motif que, selon lui, il avait été établi que le témoignage du requérant n'était pas digne de foi. De toute évidence, il ne lui appartenait pas de conclure à cet égard. Même s'il avait eu raison, il ne ressort pas de la preuve qu'il a expliqué la situation au requérant ni qu'il a consulté celui-ci avant de décider de ne pas présenter d'observations par écrit.

4. L'«autre recours» exercé par le requérant, soit la plainte à la Société du barreau, avait une portée limitée étant donné que cette dernière ne pouvait pas prendre de mesures contre M. Flynn, celui-ci étant un mandataire, et non un avocat. Je signale en passant que l'enquêteur de la Société du barreau a commis la même erreur que M. Kee en concluant que le tribunal avait déterminé que le témoignage du requérant n'était pas digne de foi, alors que, dans les faits, la décision disait expressément le contraire.

Vu les circonstances particulières de la présente affaire et compte tenu de la preuve non contredite pour l'essentiel, il découle des motifs énoncés précédemment que la conduite des représentants était, en soi, préjudiciable au requérant. Il en a résulté un manquement aux principes de la justice naturelle, étant donné que le requérant n'a pas eu droit à une audience impartiale et complète, en sorte que la déci-



## OBJECTIVE FEAR OF PERSECUTION

The basis for the tribunal's finding that the applicant did not have an objective basis for his fear of persecution was that his political activities were directed solely at the Siad Barre regime, there was no evidence of past persecution on the basis of clan membership in the form of a denial of education, and that any possible fear was vitiated by changes in circumstances. It is my opinion that the tribunal erred in law in its decision in that it failed to consider or erred in its consideration of important elements of the Convention refugee definition, in particular with respect to the issue of past persecution and the inability of the applicant to avail himself of the protection of the state.

In *Salibian v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 250 (C.A.) at page 258, Décaré J.A. set out a number of important principles relevant to a Convention refugee determination:

(1) the applicant does not have to show that he had himself been persecuted in the past or would himself be persecuted in the future;

(2) the applicant can show that the fear he had resulted not from reprehensible acts committed or likely to be committed directly against him but from reprehensible acts committed or likely to be committed against the members of a group to which he belonged;

(3) a situation of civil war in a given country is not an obstacle to a claim provided the fear felt is not that felt indiscriminately by all citizens as a consequence of the civil war, but that felt by the applicant himself, by a group with which he is associated, or if necessary by all citizens on account of a risk of persecution based on one of the reasons stated in the definition; and

(4) the fear itself is that of a reasonable possibility that the applicant will be persecuted if he returns to his country of origin.

Regarding the second ground upon which the applicant based his Convention refugee claim, membership in the Musetur clan, the tribunal's finding that there was no evidence of past persecution of the applicant in the form of a denial of education or pre-

sion du tribunal peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

## CRAINTE OBJECTIVE D'ÊTRE PERSÉCUTÉ

<sup>a</sup> La conclusion du tribunal selon laquelle la crainte d'être persécuté que ressentait le requérant n'était pas objective s'appuyait sur le fait que les activités politiques du requérant visaient seulement le régime de Siad Barre, qu'il n'y avait aucune preuve de persécution antérieure (le nonaccès au système d'éducation) fondée sur l'appartenance à un clan donné et que, s'il y avait eu crainte, elle n'était plus justifiée par suite de la modification des circonstances. Je suis d'avis <sup>b</sup> que, dans sa décision, le tribunal a commis une erreur de droit, en ne tenant pas compte d'éléments importants de la définition de «réfugié au sens de la Convention» ou qu'il a commis une erreur en le faisant, <sup>c</sup> tout particulièrement en ce qui a trait à la persécution antérieure et à l'incapacité du requérant de se réclamer de la protection de son pays. <sup>d</sup>

Dans *Salibian c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 250 (C.A.), à la page 258, le juge Décaré, J.C.A. énonce un certain nombre de principes importants qui s'appliquent aux fins de l'octroi du statut de réfugié:

1) que le requérant n'a pas à prouver qu'il avait été persécuté lui-même dans le passé ou qu'il serait lui-même persécuté à l'avenir,

2) que le requérant peut prouver que la crainte qu'il entretenait résultait non pas d'actes répréhensibles commis ou susceptibles d'être commis directement à son égard, mais d'actes répréhensibles commis ou susceptibles d'être commis à l'égard des membres d'un groupe auquel il appartenait,

3) qu'une situation de guerre civile dans un pays donné ne fait pas obstacle à la revendication pourvu que la crainte entretenue soit non pas celle entretenue indistinctement par tous les citoyens en raison de la guerre civile, mais celle entretenue par le requérant lui-même, par un groupe auquel il est associé ou, à la rigueur, par tous les citoyens en raison d'un risque de persécution fondé sur l'un des motifs énoncés dans la définition, et

4) que la crainte entretenue est celle d'une possibilité raisonnable que le requérant soit persécuté s'il retournait dans son pays d'origine.

Pour ce qui concerne le deuxième motif invoqué à l'appui de la revendication, soit l'appartenance au clan Musetur, la conclusion du tribunal selon laquelle il n'était pas établi que le requérant avait été victime de persécution dans le passé du fait de ne pas avoir

sent persecution by the “main power brokers in Somalia today” constitutes an error in law. As the first principle set out above states, the applicant need not prove past persecution to found his claim in the future. In my opinion, by requiring proof of past persecution of the applicant in order to find an objective basis for his fear in the future, the tribunal asked the wrong question. Of further concern is the tribunal’s failure to deal with the evidence of persecution of the Musetur clan by other clans, including the Darod and Hiwaye, in terms of the second principle set out above. The evidence demonstrates that the applicant might have reason to fear persecution by clans other than the Darod, both because of the perceived association with the Darod and because of the perception that the Musetur were considered “untouchable.” This fear is based on “reprehensible acts” allegedly committed in the past against the Musetur by the Siad Barre regime and other clans. A determination that there is no proof that “the main power brokers in Somalia today” are persecuting the Musetur without identifying these individuals or groups is not sufficient.

#### CONCLUSION

On the basis of the above, the application is allowed, the CRDD decision is set aside and the matter is referred back to the CRDD for redetermination by a differently constituted panel.

accès au système d’éducation, ou qu’il ferait présentement l’objet de persécution par les «principaux détenteurs du pouvoir en Somalie à l’heure actuelle», équivaut à une erreur de droit. Comme le précise le premier principe énoncé précédemment, le requérant n’a pas à prouver qu’il a été persécuté dans le passé pour établir le bien-fondé de ses prétentions quant à l’avenir. J’estime que, en exigeant du requérant qu’il prouve qu’il avait été victime de persécution dans le passé aux fins d’établir que sa crainte avait un fondement objectif pour ce qui est de l’avenir, le tribunal a procédé incorrectement. Je constate également que le tribunal a omis de tenir compte de la preuve relative à la persécution des Musetur par les autres clans, dont les clans Darod et Hiwaye, malgré le principe énoncé en deuxième lieu. La preuve révèle que le requérant pouvait avoir des motifs de craindre d’être persécuté par d’autres clans que le clan Darod, en raison de liens apparents avec le clan Darod et de la perception selon laquelle les membres du clan Musetur étaient des «intouchables». Cette crainte se fonde sur des «actes répréhensibles» qui auraient été commis, dans le passé, contre le clan Musetur par le régime de Siyad Barre et par d’autres clans. Statuer qu’il n’y a pas de preuve que les «principaux détenteurs du pouvoir en Somalie à l’heure actuelle» persécutent les membres du clan Musetur, sans préciser qui sont ces personnes ou ces groupes, n’est pas suffisant.

#### CONCLUSION

Pour les motifs qui précèdent, la requête est accueillie, la décision de la SSR est annulée et l’affaire est renvoyée à la SSR en vue d’un réexamen par un tribunal différemment constitué.

A-877-92

A-877-92

Slavko Ciric and Slavica Ciric (*Applicants*)Slavko Ciric et Slavica Ciric (*requérants*)

v.

c.

The Minister of Employment and Immigration  
(*Respondent*)<sup>a</sup> Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration  
(*intimé*)*INDEXED AS: CIRIC v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT  
AND IMMIGRATION) (T.D.)**RÉPERTORIÉ: CIRIC c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE  
L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)*<sup>b</sup>Trial Division, Cullen J.—Toronto, December 2;  
Ottawa, December 13, 1993.Section de première instance, juge Cullen—Toronto,  
2 décembre; Ottawa, 13 décembre 1993.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Con-  
vention refugees — Application for judicial review of IRB deci-  
sion applicants not Convention refugees — Applicants, Serbi-  
ans, leaving Yugoslavia to avoid conscription — Not opposed  
to war to protect national sovereignty, but to fighting fellow  
countrymen — Asserting punishment for desertion death —  
Board erred in holding applicants would only be fined, in  
ignoring evidence of international condemnation of violation  
of basic rules of human conduct in Yugoslavia — Test formu-  
lated by F.C.A. in Zolfagharkhani to determine whether law of  
general application persecutory applied — Conscription of  
Serbian reservists persecutory.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés  
au sens de la Convention — Demande de contrôle judiciaire de  
la décision par laquelle la CISR a conclu que les requérants  
n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention — Les  
requérants, qui sont serbes, ont quitté la Yougoslavie pour évi-  
ter la conscription — Ils ne s'opposaient pas à la guerre lors-  
qu'elle était destinée à protéger la souveraineté nationale,  
mais ils s'y opposaient lorsqu'il s'agissait de se battre contre  
des compatriotes — Ils ont affirmé que la peine infligée aux  
déserteurs étaient la peine de mort — La Commission a com-  
mis une erreur en concluant que les requérants se verraient  
uniquement infliger une amende, et en omettant de tenir  
e compte de la preuve concernant la condamnation internatio-  
nale de la violation des règles de conduite les plus élémen-  
taires en Yougoslavie — Le critère formulé par la C.A.F. dans  
Zolfagharkhani, selon lequel il fallait déterminer si la loi d'ap-  
plication générale revêt un caractère de persécution, a été  
appliqué — La conscription des réservistes serbes constitue de  
f la persécution.*

This was an application for judicial review of the Immigration and Refugee Board's decision that the applicants were not Convention refugees. The applicants, a husband and wife, were Serbians who had lived in Yugoslavia until 1991. Both had served in the Yugoslav army and were in the reserves. In June 1991 civil war broke out and all Serbian men aged 18 to 60 were to be conscripted. The applicants were not opposed to fighting to protect Yugoslavia's sovereignty, but objected to waging war against their own countrymen. They asserted that if returned to Yugoslavia they would be forced to participate in the civil war or be imprisoned or executed for desertion. The UNHCR *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status* provides that refugee status may be granted to persons who object to performing military service for genuine reasons of conscience. The Board held that as the applicants were not opposed to bearing arms in all circumstances, having previously served in the army, their reluctance to fight other ethnic groups in Yugoslavia was not sufficient grounds for avoiding further military service that would provide grounds for claiming refugee status. The Handbook further states that where the military action is condemned by the international community as contrary to basic rules of human conduct, punishment for desertion or draft evasion can be regarded as persecution. Although the Board had before it reports of

g Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la déci-  
sion par laquelle la Commission de l'immigration et du statut  
de réfugié avait conclu que les requérants n'étaient pas des  
réfugiés au sens de la Convention. Les requérants, un mari et  
sa femme, étaient des Serbes qui avaient vécu en Yougoslavie  
jusqu'en 1991. Ils avaient tous les deux servi dans l'armée  
yougoslave et faisaient partie de la réserve. En juin 1991, la  
guerre civile a éclaté et une mobilisation générale des hommes  
serbes âgés de 18 à 60 ans a été décrétée. Les requérants ne  
s'opposaient pas à faire la guerre pour protéger la souveraineté  
de la Yougoslavie, mais ils s'opposaient à se battre contre leurs  
compatriotes. Ils ont affirmé que s'ils retournaient en Yougos-  
lavie, ils seraient contraints à participer à la guerre civile,  
emprisonnés ou exécutés parce qu'ils avaient déserté. Le *Guide  
des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut  
de réfugié* du HCNUR prévoit que le statut de réfugié peut être  
accordé aux personnes qui ont des objections à l'égard du ser-  
vice militaire pour d'authentiques raisons de conscience. La  
Commission a statué qu'étant donné que les requérants ne  
s'opposaient pas à porter les armes dans tous les cas, puisqu'ils  
avaient autrefois servi dans l'armée, leur réticence à se battre  
contre d'autres groupes ethniques en Yougoslavie ne consti-  
tuait pas un motif suffisant permettant d'éviter de continuer à  
effectuer leur service militaire, de sorte que cela constitue un

various international agencies which recited atrocities in Yugoslavia, including extra-judicial killings, it held that there was insufficient evidence that the on-going military action in Yugoslavia was condemned by the international community as contrary to the basic rules of human conduct. The Board found that the applicants would merely be fined for violating a law of general application, and therefore did not face a serious possibility of persecution. The issues were whether the Board based its decision on an erroneous finding of fact which it made in a perverse or capricious manner or without regard to the material before it; and whether the Board failed to apply a proper test to determine whether the applicants had a well-founded fear of persecution rather than merely a fear of prosecution.

*Held*, the application should be allowed.

The Board neither questioned the applicants' credibility nor suggested that they were speculating about punishment if returned to Yugoslavia. If returned, the applicants would face imprisonment and death, not a fine. It was impossible to conceive that the Board could conclude, with respect to the most vicious of civil wars, that the only punishment the applicants would receive was a fine. The Board missed the important fact that the law permitted persecution. It also erred in ignoring evidence of international condemnation of the situation in Yugoslavia. Although the United Nations had not been quick to condemn the atrocities committed by all sides, Amnesty International, Helsinki Watch and ICRC all have made pronouncements which the Board should have seen as condemnation by the world community. By down-playing the woundings, killings, torture and imprisonment, the Board treated the evidence before it in a capricious, perverse manner. Its conclusion was not made in regard to the totality of the evidence and was an error of law.

The F.C.A. set out the following guidelines for determining whether an ordinary law of general application was persecutory in *Zolfagharkhani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*: (1) the intent or principal effect of the law, rather than the motivation of the claimant, is relevant to the existence of persecution; (2) the neutrality of the law must be judged objectively by Canadian tribunals and courts; (3) the onus is on the claimant to show that the law is inherently persecutory; (4) the law, not the regime, must be shown to be persecutory. The law referred to herein is the forced conscription of Serbian reservists to fight their fellow countrymen. The test outlined in *Zolfagharkhani* was met.

motif permettant de revendiquer le statut de réfugié. Le Guide dit en outre que lorsque l'action militaire est condamnée par la communauté internationale comme étant contraire aux règles de conduite les plus élémentaires, la peine prévue pour la désertion ou l'insoumission peut être considérée comme une persécution. La Commission avait à sa disposition les rapports de divers organismes internationaux qui dénonçaient les atrocités commises en Yougoslavie, y compris les massacres extra-judiciaires, mais elle a statué qu'il n'existait pas suffisamment de preuves que l'action militaire en cours en Yougoslavie était condamnée par la communauté internationale parce qu'elle était contraire aux règles de conduite les plus élémentaires. La Commission a conclu que les requérants se verraient simplement infliger une amende pour avoir violé une loi d'application générale, et qu'ils ne feraient donc pas face à une possibilité sérieuse de persécution. Il s'agissait de savoir si la Commission avait fondé sa décision sur une conclusion de fait erronée tirée d'une façon abusive et arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont elle disposait et si elle avait omis d'appliquer le critère approprié pour déterminer si les requérants craignaient avec raison d'être persécutés plutôt que d'être assujettis à des poursuites.

*Jugement*: la demande doit être accueillie.

La Commission n'a pas remis en question la crédibilité des requérants et n'a pas laissé entendre que ceux-ci faisaient des conjectures au sujet de la peine qu'ils se verraient infliger s'ils retournaient en Yougoslavie. S'ils étaient renvoyés dans leur pays, les requérants seraient passibles d'une peine d'emprisonnement ou de mort, et non d'une amende. Il était impossible d'imaginer que dans cette guerre civile la plus dépravée qui soit, la Commission eût pu conclure que les requérants seraient uniquement passibles d'une amende. La Commission n'a pas saisi un fait important, à savoir que la loi permettait la persécution. Elle a également commis une erreur en ne tenant pas compte de la preuve de la condamnation internationale de la situation existant en Yougoslavie. Les Nations Unies ne s'étaient pas empressées de condamner les atrocités commises de toutes parts, mais Amnesty International, Helsinki Watch et le CICR avaient tous fait des déclarations que la Commission aurait dû considérer comme une condamnation par la communauté mondiale. En minimisant les blessures, les meurtres, les actes de torture et l'emprisonnement, la Commission a traité la preuve dont elle disposait d'une façon arbitraire et abusive. Elle n'a pas tiré sa conclusion par rapport à la totalité de la preuve, ce qui constituait une erreur de droit.

Dans *Zolfagharkhani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, la C.A.F. a énoncé les lignes directrices suivantes, permettant de déterminer si une loi ordinaire d'application générale revêt le caractère de persécution: (1) l'objet ou le principal effet de la loi, plutôt que la motivation du demandeur, est pertinente lorsqu'il s'agit de trancher la question de la persécution; (2) la neutralité de la loi doit être jugée objectivement par les cours et les tribunaux canadiens; (3) il incombe au demandeur de montrer que la loi revêt un caractère de persécution; (4) il faut prouver que la loi, et non le régime, revêt le caractère de persécution. En l'espèce, la loi prévoit la mobilisation obligatoire des réservistes serbes appelés à se battre contre

leurs compatriotes. Le critère énoncé dans *Zolfagharkhani* a été satisfait.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1; S.C. 1992, c. 49, s. 1).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Zolfagharkhani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. 540 (C.A.).

##### REFERRED TO:

*Musial v. Minister of Employment and Immigration*, [1982] 1 F.C. 290; (1981), 38 N.R. 55 (C.A.); *Padilla v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 1 (F.C.A.); *Camara v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 145 (F.C.A.).

#### AUTHORS CITED

Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*, Toronto: Butterworths, 1991.

United Nations. Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, Geneva, September 1979.

APPLICATION FOR JUDICIAL REVIEW of the Immigration and Refugee Board's decision that the applicants were not Convention refugees. Application allowed.

#### COUNSEL:

*Harvey S. Savage* for applicants.

*Rosemary Muzzi* for respondent.

#### SOLICITORS:

*Hoppe, Jackman*, Toronto, for applicants.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

CULLEN J.: This is an application for judicial review of a decision of the Immigration and Refugee Board of Canada, (the Board) dated April 13, 1992

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1; L.C. 1992, ch. 49, art. 1).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Zolfagharkhani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. 540 (C.A.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Musial c. Le Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] 1 C.F. 290; (1981), 38 N.R. 55 (C.A.); *Padilla c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 1 (C.A.F.); *Camara c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 145 (C.A.F.).

#### DOCTRINE

Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*, Toronto: Butterworths, 1991.

Nations Unies. Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatif au statut des réfugiés*, Genève, septembre 1979.

DEMANDE DE CONTRÔLE JUDICIAIRE de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a statué que les requérants n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention.

Demande accueillie.

#### AVOCATS:

*Harvey S. Savage* pour les requérants.

*Rosemary Muzzi* pour l'intimé.

#### PROCUREURS:

*Hoppe, Jackman*, Toronto, pour les requérants.

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

LE JUGE CULLEN: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du

that the applicants are not Convention refugees within the meaning of subsection 2(1) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (as amended by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1; S.C. 1992, c. 49, s. 1) (the "Act").

This file was listed under Direction No. 17 of the Chief Justice. Leave for judicial review was granted by Mr. Justice MacGuigan of the Federal Court of Appeal on July 14, 1992.

### FACTS

The applicants, Slavko Ciric and his wife, Slavica Ciric, claim to be Convention refugees by reason of their nationality, political opinion and membership in a particular social group. Slavko Ciric is the principal applicant and Slavica Ciric bases her claim on the same grounds and incidents as described by her spouse. The applicants are Serbian and lived in Kikinda, Yugoslavia until August of 1991. Slavko Ciric had served in the Yugoslav army for one year in 1987/1988 and had been in the reserves since then. Slavica Ciric had served in the Yugoslav army for three months and had been in the reserves since 1986. While in the army, no distinction was made between Serbs, Croats, Slovenians, Macedonians or any other national/ethnic group. Many of their closest friends were from Slovenia and Croatia. The applicants were not opposed to going to war if Yugoslavia was threatened by an outside country, but felt it was quite another thing to wage war against one's own brothers.

In June 1991, civil war broke out and a full mobilization of Serbian men between the ages of 18 and 60 commenced. There were reports of soldiers coming to houses in the middle of the night and advising Serbian men that they had to leave immediately to enter battle. To avoid mobilization, the applicants did not stay in one residence for more than a few days at a time. The applicants were told that Croats had attacked Serbian people all along the common borders but they did not believe this "government propa-

Canada (la Commission) a conclu, le 13 avril 1992, que les requérants n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention, au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (dans sa forme modifiée jusqu'en 1992 [L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1; L.C. 1992, ch. 49, art. 1] (la «Loi»).

Ce dossier a été inscrit au rôle en vertu de l'instruction 17 du juge en chef. L'autorisation relative au contrôle judiciaire a été accordée par le juge MacGuigan, de la Cour d'appel fédérale, le 14 juillet 1992.

### LES FAITS

Les requérants, Slavko Ciric, et sa femme, Slavica Ciric, allèguent être des réfugiés au sens de la Convention du fait de leur nationalité, de leurs opinions politiques et de leur appartenance à un groupe social. Slavko Ciric est le requérant principal et Slavica Ciric fonde sa revendication sur les mêmes motifs et sur les mêmes événements que ceux qui sont décrits par son conjoint. Les requérants sont serbes et, jusqu'au mois d'août 1991, ils habitaient à Kikinda (Yougoslavie). Slavko Ciric avait servi dans l'armée yougoslave pendant un an, en 1987-1988, et faisait partie de la réserve depuis lors. Slavica Ciric avait servi dans l'armée yougoslave pendant trois mois et faisait partie de la réserve depuis 1986. Pendant qu'ils étaient dans l'armée, aucune distinction n'était faite entre les Serbes, les Croates, les Slovénien, les Macédoniens ou d'autres groupes nationaux ou ethniques. Un grand nombre de leurs amis intimes venaient de la Slovaquie et de la Croatie. Les requérants ne s'opposaient pas à faire la guerre si la Yougoslavie était menacée par un pays étranger, mais ils estimaient que c'était tout autre chose de faire la guerre à leurs propres compatriotes.

En juin 1991, la guerre civile a été déclenchée et une mobilisation générale des Serbes de sexe masculin âgés de 18 à 60 ans a été décrétée. On a signalé que des soldats entraient dans des maisons au milieu de la nuit et informaient les hommes serbes qu'ils devaient partir immédiatement pour aller se battre. Pour éviter la mobilisation, les requérants ne sont pas demeurés dans une résidence plus de quelques jours à la fois. On a dit aux requérants que les Croates avaient attaqué les Serbes tout le long des frontières

ganda". The applicants believe that the Croatians want a separate state. If there is no peaceful way to accommodate this, the applicants will not take part in a war against their friends and brothers.

In August, 1991 the applicants obtained visas from the Canadian Embassy in Belgrade to visit a sister who lived in Toronto. They arrived in Canada on September 19, 1991 and claimed refugee status. Since their arrival in Toronto, the applicants have been informed by family members in Yugoslavia, that nearly 75% of the adult males in Kikinda have been mobilized and the army is requiring 60-year-old men to take fitness tests in order to determine whether they can fight.

The applicants do not support the position of the Yugoslav (Serbian) government. They assert that if they are returned to Yugoslavia they will be forced to take part in the civil war or be punished by the government and military.

#### BOARD'S DECISION

The Board first considered whether objection to military service could form the basis for a refugee claim. They referred to the UNHCR *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status* and Professor Hathaway's book, *The Law of Refugee Status*. The Handbook provided [at page 41] that it would be "open to Contracting States to grant refugee status to persons who object to performing military service for genuine reasons of conscience." Similarly Hathaway asserted that the right to conscientious objection to military service is an emerging part of international human rights law.

The Board considered that the applicants were not opposed to bearing arms in all circumstances as they had previously served in the Yugoslav army and the male applicant testified he would go to war to defend his country from another country. It rejected the applicants' refugee claim on the following basis:

communes, mais les requérants ne croyaient pas cette [TRADUCTION] «propagande gouvernementale». Les requérants croient que les Croates veulent qu'un État distinct soit créé. S'il n'existe aucune façon pacifique de le faire, les requérants ne veulent pas prendre part à une guerre contre leurs amis et frères.

En août 1991, les requérants ont obtenu des visas de l'ambassade du Canada, à Belgrade, leur permettant de visiter une sœur qui habitait Toronto. Ils sont arrivés au Canada le 19 septembre 1991 et ont revendiqué le statut de réfugiés. Depuis leur arrivée à Toronto, les requérants ont été informés par des membres de leur famille en Yougoslavie que près de 75 p. 100 des adultes de sexe masculin à Kikinda avaient été mobilisés et que l'armée exigeait que les hommes de soixante ans subissent des physitests pour déterminer s'ils pouvaient se battre.

Les requérants n'appuient pas la position du gouvernement yougoslave (serbe). Ils affirment que s'ils retournent en Yougoslavie, ils seront contraints à prendre part à la guerre civile ou qu'ils seront punis par le gouvernement et les militaires.

#### LA DÉCISION DE LA COMMISSION

La Commission a d'abord examiné la question de savoir si le fait de s'opposer au service militaire pouvait servir de fondement à la revendication du statut de réfugié. Elle a cité le *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié* du HCNUR et un ouvrage du professeur Hathaway intitulé *The Law of Refugee Status*. Le Guide dit [à la page 45] que «les États contractants sont libres, s'ils le désirent, d'accorder le statut de réfugié aux personnes qui ont des objections à l'égard du service militaire pour d'authentiques raisons de conscience». De même, le professeur Hathaway affirmait que le droit de formuler une objection de conscience au service militaire était une partie naissante du droit international des droits de l'homme.

La Commission estimait que les requérants ne s'opposaient pas à porter les armes dans toutes les circonstances puisqu'ils avaient autrefois servi dans l'armée yougoslave et que le requérant avait témoigné qu'il ferait la guerre pour défendre son pays contre un autre pays. Elle a rejeté la revendication des requérants pour les motifs suivants:

Their reluctance alone, no matter how sincere with respect to fighting other ethnic groups in Yugoslavia is not sufficient for avoiding further military service that [it] would provide grounds for claiming refugee status. [Page 4 of reasons.]

The Board then considered whether objection to a particular military action could be sufficient to claim refugee status. The UNHCR Handbook provided [at page 40] that "Where, however, the type of military action, with which an individual does not wish to be associated is condemned by the international community as contrary to basic rules of human conduct, punishment for desertion or draft-evasion could, in light of all other requirements of the definition, in itself be regarded as persecution." The Board considered the civil war in Yugoslavia and concluded:

In the Board's opinion, there is insufficient evidence that the on going military action in Yugoslavia is one that is condemned by the international community as contrary to the basic rules of human conduct, such as to justify the claimant's avoidance of military service as a ground for claiming Convention refugee status. [Page 5 of reasons.]

The applicants stated that if they returned to Yugoslavia they would be imprisoned or executed for leaving their country. Referring to an Amnesty International article, the Board noted that criminal proceedings would be initiated only against officers and reservists who took their weapons with them when they deserted. Any other deserters would be administratively punished with a fine. The Board reasoned that as the applicants left Yugoslavia before mobilization, they likely did not have weapons with them and would be subject only to an administrative fine if returned.

The Board concluded:

The tribunal is not persuaded that the claimants face a serious possibility of persecution should they return to Yugoslavia for any of the reasons set out in the definition of Convention refugee. [Page 6 of reasons.]

[TRANSDUCTION] Leur réticence à se battre contre d'autres groupes ethniques en Yougoslavie à elle seule, aussi sincère soit-elle, ne constitue pas un motif suffisant leur permettant d'éviter de continuer à effectuer leur service militaire et de revendiquer le statut de réfugié. [Page 4 des motifs.]

La Commission s'est ensuite demandée si le fait de s'opposer à une action militaire particulière pouvait être suffisant pour qu'on puisse revendiquer le statut de réfugié. Le Guide du HCNUR dit [à la page 44] que «Toutefois, lorsque le type d'action militaire auquel l'individu en question ne veut pas s'associer est condamné par la communauté internationale comme étant contraire aux règles de conduite les plus élémentaires, la peine prévue pour la désertion ou l'insoumission peut, compte tenu de toutes les autres exigences de la définition, être considérée en soi comme une persécution.» La Commission a examiné la question de la guerre civile en Yougoslavie et a conclu ceci:

[TRANSDUCTION] De l'avis de la Commission, rien ne montre que l'action militaire en cours en Yougoslavie soit condamnée par la communauté internationale comme étant contraire aux règles de conduite les plus élémentaires, de sorte que cela constitue un motif permettant à l'intéressé d'éviter d'effectuer son service militaire et de revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention. [Page 5 des motifs.]

Les requérants ont dit que s'ils retournaient en Yougoslavie, ils seraient emprisonnés ou exécutés pour avoir quitté leur pays. Citant un article d'Amnistie Internationale, la Commission a fait remarquer que des procédures criminelles seraient engagées uniquement contre les officiers et les réservistes qui avaient emporté leurs armes avec eux lorsqu'ils avaient déserté. Tout autre déserteur se verrait infliger une peine administrative, c.-à-d. une amende. La Commission a conclu qu'étant donné que les requérants avaient quitté la Yougoslavie avant la mobilisation, ils n'avaient probablement pas d'armes avec eux et se verraient uniquement imposer une amende s'ils retournaient dans leur pays.

La Commission a conclu ceci:

[TRANSDUCTION] Le tribunal n'est pas convaincu que, s'ils retournaient en Yougoslavie, les intéressés feraient face à une possibilité sérieuse de persécution pour l'un des motifs énoncés dans la définition de «réfugié au sens de la Convention». [Page 6 des motifs.]



ISSUES

1. Did the Board base its decision on erroneous finding of fact which it made in a perverse or capricious manner or without regard to the material before it? <sup>a</sup>

2. Did the Board err in law in that it failed to apply a proper test to determine whether the applicants had a well-founded fear of persecution rather than merely a fear of prosecution? <sup>b</sup>

APPLICANTS' SUBMISSIONS:I. Erroneous finding of fact and ignoring evidence

The applicants submit that the Board erred in seeking to characterize their objection to participating in war against their fellow countrymen as one of conscientious objection. The Board either ignored or did not sufficiently evaluate their real motive against being mobilized, which was their distaste of being compelled to fight their fellow countrymen. The applicants were explicit that they favoured peaceful negotiation and did not support the position of the Yugoslav government. The applicants' moral objection to war was a circumstance which must be considered on a proper analysis, and whether or not one is a conscientious objector to war is not necessarily the major issue to consider in order to determine whether the claim is persecution rather than prosecution. <sup>e</sup>

The applicants submit that the Board erred in ignoring evidence of condemnation of the actions of the government in the war as being contrary to the basic rules of human conduct. Reports by Helsinki Watch and Amnesty International, the ICRC atrocities, including extra-judicial killings were before the Board and were indicative of external, international condemnation of actions which were contrary to the basic rules of human conduct by any of the standards in any of the international and domestic laws. <sup>i</sup> Because the Board ignored evidence of international

POINTS LITIGIEUX

1. La Commission a-t-elle fondé sa décision sur une conclusion de fait erronée qu'elle a tirée d'une façon abusive et arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont elle disposait? <sup>a</sup>

2. La Commission a-t-elle commis une erreur de droit en ce sens qu'elle a omis d'appliquer le critère approprié pour déterminer si le requérant craignait avec raison d'être persécuté plutôt que d'être assujéti à des poursuites? <sup>b</sup>

ARGUMENTS DES REQUÉRANTSI. Conclusion de fait erronée et omission de tenir compte de la preuve <sup>c</sup>

Les requérants soutiennent que la Commission a commis une erreur en cherchant à considérer le fait qu'ils refusaient de participer à la guerre contre leurs compatriotes comme une objection de conscience. La Commission a omis de prendre en considération ou n'a pas suffisamment évalué le véritable motif pour lequel les requérants ne voulaient pas être mobilisés, à savoir qu'il leur répugnait d'être contraints à se battre contre leurs compatriotes. Les requérants ont expressément dit qu'ils favorisaient des négociations pacifiques et qu'ils n'appuyaient pas la position du gouvernement yougoslave. Le fait que les requérants ont formulé une objection contre la guerre est une circonstance dont il faut tenir compte dans le cadre d'une analyse appropriée, et la question de savoir si une personne est un objecteur de conscience n'est pas nécessairement la principale question à prendre en considération afin de déterminer si la demande découle de la crainte d'être persécuté plutôt que d'être assujéti à des poursuites. <sup>g</sup>

Les requérants soutiennent que la Commission a commis une erreur en omettant de tenir compte de la preuve selon laquelle les actions du gouvernement pendant la guerre étaient condamnées parce qu'elles étaient contraires aux règles de conduite élémentaires. Certains rapports de Helsinki Watch, d'Amnistie Internationale et du CICR au sujet des atrocités commises, notamment des massacres extrajudiciaires, ont été présentés à la Commission; ils montraient qu'il existait une condamnation externe, internationale des actions qui étaient contraires aux règles de <sup>h</sup>

condemnation for violation of basic rules of human conduct, it also was in error in its failure to consider such condemnation as relevant to the applicant's claim for Convention refugee status; *Musial v. Minister of Employment and Immigration*, [1982] 1 F.C. 290 (C.A.).

The Board erred in accepting, uncritically, the military source quoted in the Amnesty International report that the punishment awaiting the applicants for desertion was a fine. The Board ignored evidence to the contrary: the applicants' statements, reports of atrocities by the military, and the fact that legislation allowed for the imprisonment of persons who refused to do military service on grounds of their conscientiously held beliefs. The Board misinterpreted the applicants' statements that they were fortunate in leaving the country before being called up as implying that they thought themselves fortunate in leaving without weapons. In fact, the applicants felt they were fortunate in leaving before they were forced to participate in a war that was morally repugnant to them.

## II. The proper prosecution versus persecution test

The applicants submit that the jurisprudence has moved from a restrictive analysis, where the legitimacy of foreign law was accepted at face value to an inclusive approach. The inclusive approach starts in each case by examining the motives of the claimant for breaching the law and those of the state in enacting or enforcing the law. If there is some evidence to suggest a connection between the claimant's commission of an offence and one or more of the grounds in the definition of Convention refugee, whether the connection appeared in the claimant's motive or in the motive of the state, the analysis would continue to consider whether what the claimant feared was persecution: *Padilla v. Canada (Minister of Employment*

*conduite élémentaires selon toutes les normes applicables en droit international ou dans le droit interne. Étant donné que la Commission n'a pas tenu compte de la preuve de la condamnation internationale de la violation des règles de conduite élémentaires, elle a également commis une erreur en omettant de considérer pareille condamnation comme se rapportant à la revendication du requérant: Musial c. Le Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] 1 C.F. 290 (C.A.).

La Commission a commis une erreur en acceptant sans réserve la source militaire citée dans le rapport d'Amnistie Internationale, selon laquelle les requérants, par suite de leur désertion, étaient passibles d'une amende. La Commission a omis de tenir compte de la preuve contraire: les déclarations des requérants, les comptes rendus des atrocités commises par les militaires, et le fait que la loi permettait l'emprisonnement des personnes qui refusaient d'effectuer leur service militaire en raison de leurs convictions. Les déclarations des requérants, à savoir qu'ils avaient eu la chance de quitter le pays avant d'être appelés, ont été interprétées à tort par la Commission comme laissant entendre que ceux-ci estimaient avoir de la chance d'être partis sans emporter d'armes. De fait, les requérants estimaient qu'ils avaient eu de la chance puisqu'ils étaient partis avant d'être contraints à participer à une guerre qui leur répugnait moralement.

## II. Le critère relatif à la crainte de poursuites judiciaires par opposition au critère relatif à la crainte de persécution

Les requérants soutiennent que les arrêts ont abandonné l'analyse restrictive, dans laquelle la légitimité du droit étranger était intégralement acceptée, en faveur de la méthode inclusive. La méthode inclusive commence dans chaque cas par l'examen des raisons pour lesquelles l'intéressé a violé la loi et de celles pour lesquelles l'État a adopté ou appliqué la loi. Si certains éléments de preuve laissent entendre l'existence d'un lien entre la perpétration d'une infraction par l'intéressé et au moins l'un des motifs prévus par la définition de l'expression «réfugié au sens de la Convention», l'analyse se poursuivrait de façon à permettre de déterminer si l'intéressé craint d'être persécuté, et ce, que le lien apparaisse dans les rai-

& *Immigration*) (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 1 (F.C.A.) and *Camara v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 145 (F.C.A.). Further, the inclusive approach is consistent with the views of noted scholars such as Goodwin-Gill and Grahl-Madsen.

The Board erred in the instant case, in applying the more restrictive analysis. It failed to carefully examine all the circumstances of this case, particularly the applicant Slavko Ciric's motivation, in its consideration of whether he had a well-founded fear of persecution.

### CONCLUSION

It is important to note that the Board did not question the applicants' credibility nor suggest they were speculating about punishment if they returned as Serbians to their country. I accept without question, therefore, that the Board misinterpreted the applicants' statements that they were fortunate in leaving the country before being called up whereas the applicants meant that they were fortunate in leaving before they were forced to participate in a war that was morally repugnant to them. Also, if returned, it was not a fine they would face but rather imprisonment and possibly death—life is given so little regard in that civil war. Again, the applicants can hardly be described as "conscientious objectors" because they were prepared to serve in the Yugoslavian military and in fact did, but to protect national sovereignty if it was threatened and not to bear arms against their friends. Here it is clear they took steps to avoid conscription, which not incidentally took the form of rounding up people capable of fighting. To escape this process they hid out and later made it to Canada. To my mind the Board missed this important fact, namely, the law permitted persecution and even if that may not have been apparent in the law itself, its effect was clear.

sons de l'intéressé ou dans celles de l'État: *Padilla c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 1 (C.A.F.) et *Camara c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 145 (C.A.F.). En outre, la méthode inclusive est compatible avec le point de vue d'auteurs éminents comme Goodwin-Gill et Grahl-Madsen.

En l'espèce, la Commission a commis une erreur en appliquant l'analyse la plus restrictive. Elle a omis d'examiner minutieusement toutes les circonstances de l'affaire et, en particulier, les motifs du requérant, lorsqu'elle s'est demandée s'il avait raison de craindre d'être persécuté.

### CONCLUSION

Il importe de noter que la Commission n'a pas remis en question la crédibilité des requérants et n'a pas laissé entendre qu'ils faisaient des conjectures au sujet de la peine qui leur serait infligée, en tant que Serbes, s'ils retournaient dans leur pays. Je reconnais donc incontestablement que la Commission a mal interprété les déclarations des requérants, en disant qu'ils avaient eu de la chance en quittant le pays avant d'être appelés, alors que ce que les requérants voulaient dire c'est qu'ils avaient eu de la chance en partant avant d'être contraints à participer à une guerre qui leur répugnait moralement. De plus, s'ils retournaient dans leur pays, ils ne seraient pas passibles d'une amende, mais plutôt d'une peine d'emprisonnement, et peut-être de mort, puisque dans cette guerre civile, on attache si peu d'importance à la vie. Ici encore, les requérants peuvent difficilement être décrits comme des «objecteurs de conscience», parce qu'ils étaient prêts à servir dans les forces armées yougoslaves et que, de fait, ils en avaient fait partie, mais pour protéger la souveraineté nationale si elle était menacée et non pour porter les armes contre leurs amis. Dans ce cas-ci, ils ont clairement pris des dispositions pour éviter la conscription, qui, fait important, se faisait en rassemblant les gens qui étaient capables de se battre. Pour échapper à ce processus, ils se sont cachés et sont par la suite venus au Canada. À mon avis, la Commission n'a pas saisi ce fait important, à savoir que la loi permettait la persécution et que, même si cela ne ressortait pas clairement de la loi elle-même, son effet était clair.

I believe the applicants are correct in asserting that the Board erred in ignoring evidence of international condemnation of the situation in Yugoslavia. The Board's conclusion that there was insufficient evidence that the on-going military action in Yugoslavia was one that was condemned by the international community such as to justify the applicants' avoidance of military service flies in the face of the evidence it had before it to consider. This evidence included reports from Helsinki Watch, Amnesty International, ICRC and the applicant's own, uncontradicted testimony. Thus, their conclusion cannot be said to have been made in regard to the totality of the evidence and amounts to an error of law.

With respect to the conclusion of the Board that the applicants would merely be punished for violating a law of general application, applicable to reservists, the Court of Appeal has recently commented on the issue of persecution versus prosecution and conscientious objectors in the case of *Zolfagharkhani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. 540. The facts of that case were similar to this one. The applicant was an Iranian who objected to the use of chemical warfare against his fellow Iranians, the Kurds, therefore, he objected to serving with the Revolutionary Guards.

In discussing the oft-quoted prosecution/persecution case of *Musial, supra*, and other case law in this Court which have dealt with the restrictive and the inclusive approaches, Mr. Justice MacGuigan stated at page 552:

After this review of the law, I now venture to set forth some general propositions relating to the status of an ordinary law of general application in determining the question of persecution:

(1) The statutory definition of Convention refugee makes the intent (or any principal effect) of an ordinary law of general application, rather than the motivation of the claimant, relevant to the existence of persecution.

(2) But the neutrality of an ordinary law of general application, *vis-à-vis* the five grounds for refugee status, must be

Je crois que les requérants ont raison d'affirmer que la Commission a commis une erreur en omettant de tenir compte de la preuve de la condamnation internationale de la situation existant en Yougoslavie.

*a* La conclusion de la Commission, selon laquelle il n'y avait pas suffisamment de preuves que les opérations militaires en cours en Yougoslavie étaient condamnées par la communauté internationale, de sorte que cela autorisait les requérants à éviter le service militaire, va à l'encontre de la preuve dont elle disposait. Cette preuve comprenait des rapports de Helsinki Watch, d'Amnistie Internationale et du CICR ainsi que le propre témoignage non contredit du requérant.

*b* On ne peut donc pas dire que la Commission a tiré sa conclusion en tenant compte de la preuve dans son ensemble, de sorte que cela équivaut à une erreur de droit.

*d* En ce qui concerne la conclusion de la Commission selon laquelle les requérants seraient simplement punis pour avoir violé une loi d'application générale, applicable aux réservistes, la Cour d'appel a récemment fait certaines remarques, dans l'arrêt *Zolfagharkhani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. 540, au sujet des objecteurs de conscience et de la crainte de persécution par opposition à la crainte de poursuites judiciaires. Les faits de cette affaire-là étaient semblables à ceux de l'espèce. Le requérant était un Iranien qui s'opposait au recours à la guerre chimique contre ses compatriotes kurdes, et qui s'opposait donc à faire partie des gardiens de la révolution.

*g* En examinant l'arrêt *Musial*, précité, qui a souvent été cité, en ce qui concerne la question des poursuites judiciaires par opposition à la persécution, ainsi que d'autres arrêts de la Cour portant sur les méthodes restrictive et inclusive, le juge MacGuigan a déclaré ceci, à la page 552:

Après cet examen du droit, je m'aventure maintenant à exposer quelques propositions générales relatives au statut d'une loi ordinaire d'application générale lorsqu'il s'agit de trancher la question de la persécution:

*i* 1) La définition légale de réfugié au sens de la Convention rend l'objet (ou tout effet principal) d'une loi ordinaire d'application générale, plutôt que la motivation du demandeur, applicable à l'existence d'une persécution.

*j* 2) Mais la neutralité d'une loi ordinaire d'application générale, à l'égard des cinq motifs d'obtention du statut de réfugié,

judged objectively by Canadian tribunals and courts when required.

(3) In such consideration, an ordinary law of general application, even in non-democratic societies, should, I believe, be given a presumption of validity and neutrality, and the onus should be on a claimant, as is generally the case in refugee cases, to show that the laws are either inherently or for some other reason persecutory.

(4) It will not be enough for the claimant to show that a particular regime is generally oppressive but rather that the law in question is persecutory in relation to a Convention ground.

In this case, the law referred to is the forced conscription of Serbian men and women reservists to fight their fellow countrymen. The applicants have not shown a reluctance to fight for their country against other nations, however, they believe that fighting their own people is morally wrong. The Board concluded that since the applicants would only face a fine for their desertion, there was no serious possibility of persecution. The question then becomes; does this conclusion accord with the reasoning set forth by Mr. Justice MacGuigan?

The Board may take some comfort in the fact that the United Nations was not quick off the mark in condemning the violations by all sides. It must be remembered that this world organization, intent on maintaining peace, must act of necessity slowly and carefully if it is to remain the honest broker in any conflict. Fortunately, respected organizations like Amnesty International, Helsinki Watch and ICRC, are able to move quickly, study sufficiently and make pronouncements. And all did so here which surely the Board should have seen as condemnation by the world community. The atrocities committed were immediately abhorrent to the world community, eventually leading to a more public position by the United Nations. Basic human rights were violated through woundings, killings, torture, imprisonment and all clearly condemned by the world community.

doit être jugée objectivement par les cours et les tribunaux canadiens lorsque cela est nécessaire.

3) Dans cet examen, une loi ordinaire d'application générale, même dans des sociétés non démocratiques, devrait, je crois, être présumée valide et neutre, et le demandeur devrait être tenu, comme c'est généralement le cas dans les affaires de réfugiés, de montrer que les lois revêtent, ou bien en soi ou pour une autre raison, un caractère de persécution.

4) Il ne suffira pas au demandeur de montrer qu'un régime donné est généralement tyrannique. Il devra plutôt prouver que la loi en question a un caractère de persécution par rapport à un motif énoncé dans la Convention.

En l'espèce, la loi mentionnée prévoit l'enrôlement obligatoire des hommes et des femmes réservistes serbes appelés à se battre contre leurs compatriotes. Les requérants n'ont manifesté aucune réticence à se battre pour leur pays contre d'autres États, mais ils croient que se battre contre leurs propres compatriotes est moralement mauvais. La Commission a conclu qu'étant donné que les requérants seraient uniquement passibles d'une amende par suite de leur désertion, il n'existait aucune possibilité sérieuse de persécution. Il s'agit donc de savoir si cette conclusion est conforme au raisonnement énoncé par le juge MacGuigan.

Le fait que les Nations Unies ne se sont pas pressées de condamner les violations commises de toutes parts peut dans une certaine mesure reconforter la Commission. Il faut se rappeler que cette organisation mondiale, qui veut maintenir la paix, doit nécessairement agir lentement et prudemment si elle veut demeurer le négociateur honnête dans tout conflit. Heureusement, des organisations respectées comme Amnistie Internationale, Helsinki Watch et le CICR sont capables d'agir rapidement, de faire des études suffisantes et de se prononcer. Or, dans ce cas-ci, elles l'ont toutes fait, ce que la Commission aurait certainement dû considérer comme une condamnation par la communauté mondiale. Les atrocités commises répugnaient d'une façon immédiate à la communauté mondiale, ce qui a finalement amené les Nations Unies à faire connaître davantage au public sa position. Les droits de l'homme fondamentaux ont été violés au moyen de blessures, de meurtres, d'actes de torture, de l'emprisonnement, lesquels ont tous été clairement condamnés par la communauté mondiale.

The Board, it is agreed, was aware of all of this sickening activity, and by down-playing it, treated the evidence before them in a capricious, perverse manner.

The Board wrote in its decision, at pages 174-175:

The Board has addressed the following issue in determining this claim:

Are the claimants' reasons for avoiding further military service a basis for a well-founded fear of persecution because of their nationality, political opinion and membership in a particular social group?

The claimants testified that if they were required to serve in the Yugoslavian army at this time, they would be sent to fight against other ethnic groups. They oppose doing this because they believe the other ethnic groups are equal and that they believe in brotherhood. The Board has noted the following from the UNHCR Handbook. (Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status, Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, Geneva, January 1988, p. 40-41).

173. The question as to whether objection to performing military service for reasons of conscience can give rise to a valid claim for refugee status should be considered in the light of more recent developments in this field. An increasing number of states have introduced legislation or administrative regulations whereby persons who can invoke genuine reasons of conscience are exempted from military service, either entirely or subject to performing alternative (i.e. civilian) service . . . In light of these developments, it would be open to Contracting States to grant refugee status to persons who object to performing military service for genuine reasons of conscience.

James C. Hathaway in his book *The Law of Refugee Status* (Toronto: Butterworths, 1991) at page 182 states:

The notion of conscientious objection to military service speaks to the predicament of individuals whose own beliefs conflict with participation in legally permissible military activities.

The right to conscientious objection is an emerging part of internal human rights law, based on the notion that "freedom of belief cannot be truly recognized as a basic human right if people are compelled to act in ways that absolutely contradict and violate their core beliefs." [Emphasis added.]

The tribunal must determine if the claimants are opposed to bearing arms under all circumstances. The male claimant in Exhibit C-1, stated he served in the military from June 15,

On convient que la Commission était au courant de toute cette activité révoltante et qu'en la minimisant, elle a traité la preuve dont elle disposait d'une façon arbitraire et abusive.

Dans sa décision, la Commission a écrit ceci, aux pages 174 et 175:

[TRANSDUCTION] En statuant sur cette revendication, la Commission a examiné la question suivante.

Les raisons que les intéressés ont invoquées pour éviter de continuer à effectuer leur service militaire constituent-elles un fondement leur permettant avec raison de craindre d'être persécutés du fait de leur nationalité, de leurs opinions politiques et de leur appartenance à un groupe social?

Les intéressés ont témoigné que, s'ils devaient servir dans l'armée yougoslave à ce moment-ci, on les enverrait se battre contre d'autres groupes ethniques. Ils s'opposent à le faire parce qu'ils croient que les autres groupes ethniques sont égaux et parce qu'ils croient à la fraternité. La Commission a remarqué le passage suivant du Guide du HCNUR (Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié, Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, Genève, janvier 1988, p. 44).

173. La question de savoir si l'objection à l'accomplissement du service militaire pour des raisons de conscience peut motiver une demande de reconnaissance du statut de réfugié doit également être considérée en tenant compte de l'évolution récente des idées sur ce point. Les États sont de plus en plus nombreux à avoir introduit dans leur législation ou leur réglementation administrative des dispositions selon lesquelles les personnes qui peuvent invoquer d'authentiques raisons de conscience sont exemptées du service militaire, soit totalement, soit sous réserve d'accomplir un service de remplacement (c'est-à-dire un service civil) . . . Compte tenu de cette évolution, les États contractants sont libres, s'ils le désirent, d'accorder le statut de réfugié aux personnes qui ont des objections à l'égard du service militaire pour d'authentiques raisons de conscience.

Dans l'ouvrage intitulé *The Law of Refugee Status* (Toronto: Butterworths, 1991), à la page 182, James C. Hathaway dit ceci:

La notion d'objection de conscience vise la situation difficile des personnes que leurs propres convictions empêchent de participer à des activités militaires légales.

Le droit de formuler une objection de conscience est une partie naissante du droit international des droits de l'homme; il est fondé sur l'idée que «la liberté de conscience ne peut pas vraiment être reconnue en tant que droit de l'homme fondamental si les gens sont contraints à agir de façons qui vont absolument à l'encontre de leurs convictions fondamentales». [C'est moi qui souligne].

Le tribunal doit déterminer si les intéressés s'opposent à porter les armes dans tous les cas. Dans la pièce C-1, l'intéressé déclare avoir servi dans les forces armées du 15 juin

1987 to June 9, 1988. He also stated orally that he would go to war to defend his country from another country. The female claimant in Exhibit C-2, stated she served with the military from August 2, 1984 to October 26, 1984. Orally, she testified she has been in the reserves since 1986. She also stated she agrees with her husband regarding the grounds on which they base their claim to Convention refugee status.

Their reluctance alone, no matter how sincere with respect to fighting other ethnic groups in Yugoslavia is not sufficient grounds for avoiding further military service that would provide grounds for claiming Convention refugee status.

The tribunal finds paragraph 171 of the UNHCR Handbook instructive in considering this matter.

171. Not every conviction, genuine though it may be, will constitute a sufficient reason for claiming refugee status after desertion or draft-evasion. It is not enough for a person to be in disagreement with his government regarding the political justification for a particular military action. Where, however, the type of military action, with which an individual does not wish to be associated, is condemned by the international community as contrary to basic rules of human conduct, punishment for desertion or draft-evasion could, in the light of all other requirements of the definition, in itself be regarded as persecution. (Emphasis added.)

With respect to the issue of military action which is "condemned by the international community as contrary to the basic rules of human conduct" we look to Professor Hathaway, (supra, p. 180-181), he suggests there is a range of military activity that is simply not permissible in that it violates basic international standards. This includes military action intended to violate basic human rights, ventures in breach of the Geneva Convention standards for the conduct of war and non-defensive incursions into foreign territory".

The tribunal recognizes that some human rights violations may occur during a civil war however that does not necessarily turn a military action into one which is intended to violate basic human rights or an undertaking that is in breach of the Geneva Convention standards of the conduct of war. The civil war may be deplored by and the cause of concern to various nations; that does not mean there has been a condemnation on their part of the incursion of the Yugoslavian authorities into secessionist Croatia.

In the tribunal's opinion, there is insufficient evidence that the on going military action in Yugoslavia is one that is condemned by the international community as contrary to the basic rules of human conduct, such as to justify the claimant's avoidance of military service as a ground for claiming Convention refugee status.

1987 au 9 juin 1988. Il a également déclaré oralement qu'il irait à la guerre pour défendre son pays contre un autre pays. Dans la pièce C-2, l'intéressée a déclaré avoir servi dans les forces armées du 2 août 1984 au 26 octobre 1984. Elle a témoigné avoir fait partie de la réserve depuis 1986. Elle a également déclaré souscrire à l'avis de son mari en ce qui concerne les motifs sur lesquels ils fondent leur revendication.

Leur réticence à se battre contre d'autres groupes ethniques en Yougoslavie à elle seule, aussi sincère soit-elle, ne constitue pas un motif suffisant leur permettant d'éviter de continuer à effectuer leur service militaire et de revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention.

De l'avis du tribunal, le paragraphe 171 du Guide du HCNUR est révélateur à cet égard:

171. N'importe quelle conviction, aussi sincère soit-elle, ne peut justifier une demande de reconnaissance du statut de réfugié après désertion ou après insoumission. Il ne suffit pas qu'une personne soit en désaccord avec son gouvernement quant à la justification politique d'une action militaire particulière. Toutefois, lorsque le type d'action militaire auquel l'individu en question ne veut pas s'associer est condamné par la communauté internationale comme étant contraire aux règles de conduite les plus élémentaires, la peine prévue pour la désertion ou l'insoumission peut, compte tenu de toutes les autres exigences de la définition, être considérée en soi comme une persécution. (C'est moi qui souligne.)

En ce qui concerne la question de l'action militaire qui est «condamné par la communauté internationale comme étant contraire aux règles de conduite les plus élémentaires», nous tenons compte de la remarque du professeur Hathaway (précité, p. 180-181), lorsqu'il laisse entendre qu'il existe une gamme d'activités militaires qui ne sont tout simplement pas permises, en ce sens qu'elles violent les normes internationales fondamentales. Cela comprend l'action militaire visant à violer les droits de l'homme fondamentaux, les entreprises violent les normes de la Convention de Genève relatives à la conduite de la guerre et les intrusions non défensives dans un territoire étranger».

Le tribunal reconnaît que les droits de l'homme peuvent être violés pendant la guerre civile, mais cela ne transforme pas nécessairement l'action militaire en une action visant à violer les droits de l'homme fondamentaux ou en une entreprise violant les normes de la Convention de Genève relatives à la conduite de la guerre. Divers États peuvent déplorer la guerre civile et s'en inquiéter, mais cela ne veut pas dire qu'ils condamnent l'intrusion des autorités yougoslaves dans la Croatie sécessionniste.

De l'avis de la Commission, rien ne montre que l'action militaire en cours en Yougoslavie soit condamnée par la communauté internationale comme étant contraire aux règles de conduite les plus élémentaires, de sorte que cela constitue un motif permettant à l'intéressé d'éviter d'effectuer son service militaire et de revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention.

The claimants have deliberately violated the legal requirements of military service and could perhaps face, as would others who fail to perform their military obligations, the risk of prosecution and punishment for evasion of military service. The tribunal sympathizes with the claimants but after careful consideration of the merits of this claim, conclude that their reasons to evade further military service are not sufficient to differentiate their case from the cases of any other Yugoslavian reservist.

It is just impossible to conceive that the Board could accept in the most vicious of civil wars that the only punishment this couple would receive is a fine. The source itself is suspect—a federal government official.

The test outlined by Mr. Justice MacGuigan has been met. In the *Zolfagharkhani* case, the applicant refused serving in the military because he was concerned his country would “probably engage in chemical warfare.” *A fortiori* here, the atrocities had in fact occurred and were continuing.

Amnesty International, quoted at page 118 of the Board’s transcript, states:

The degree to which international norms for the conduct of war have been flouted in the conflict in Yugoslavia has been widely recognized and condemned. On 5 September the I.C.R.C. appealed to Yugoslavian leaders to ensure respect for international humanitarian law in time of war. In its appeal the I.C.R.C. repeatedly called on all parties to the conflict to cease all attacks against civilian populations and property, to spare the life of those who surrender [which had not occurred], to treat humanely captured enemy fighters and to respect the Red Cross symbol. [My emphasis.]

Accordingly the decision of the Board of Refugees which found the applicants not to be Convention refugees is quashed and said applicants may resubmit their claim to a new hearing before a differently constituted panel of the Board.

Les intéressés ont délibérément violé les exigences légales concernant le service militaire et, comme les autres personnes qui omettent de s’acquitter de leurs obligations militaires, ils risqueraient peut-être d’être assujettis à des poursuites et punis pour insoumission. Nous compatissons aux malheurs des intéressés, mais après avoir minutieusement examiné le bien-fondé de la revendication, nous concluons que les raisons pour lesquelles ils ont évité de continuer à effectuer leur service militaire ne nous permettent pas de faire une distinction entre leur cas et celui de tout autre réserviste yougoslave.

Il est tout simplement impossible d’imaginer que dans cette guerre civile la plus dépravée qui soit, la Commission eût pu croire que ce couple serait uniquement passible d’amende. La source elle-même est suspecte—un fonctionnaire du gouvernement fédéral.

Le critère énoncé par le juge MacGuigan a été satisfait. Dans l’arrêt *Zolfagharkhani*, le requérant avait refusé de servir dans les forces armées parce qu’il s’inquiétait de ce que son pays [TRADUCTION] «se livre probablement à la guerre chimique». *A fortiori*, en l’espèce, les atrocités avaient de fait été commises et elles continuaient.

Amnistie Internationale, citée à la page 118 de la transcription de la Commission, dit ceci:

[TRADUCTION] La mesure dans laquelle on a fait fi, en Yougoslavie, des normes internationales de conduite de la guerre a été largement reconnue et condamnée. Le 5 septembre, le CICR a demandé aux chefs yougoslaves d’assurer le respect du droit international humanitaire en temps de guerre. Le CICR a à maintes reprises imploré les parties au conflit de cesser toute attaque contre les populations et les biens civils, d’épargner ceux qui se rendent [ce qui n’est pas arrivé], de traiter sans cruauté les combattants ennemis capturés et de respecter le symbole de la Croix-Rouge. [C’est moi qui souligne.]

Par conséquent, la décision par laquelle la section du statut a conclu que les requérants n’étaient pas des réfugiés au sens de la Convention est annulée et lesdits requérants peuvent présenter de nouveau leur demande pour nouvelle audition devant un tribunal différemment constitué de la Commission.



93-A-292

**Douglas Penate and Hilda Lorena Canales de Penate (Applicants)**

v.

**Minister of Employment and Immigration (Respondent)**

*INDEXED AS: PENATE v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)*

Trial Division, Reed J.—Toronto, November 15; Ottawa, November 26, 1993.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Exclusion, on grounds of serious reasons for considering applicant had committed international offences, in application of Immigration Act, s. 2(1) and U.N. Convention Relating to Status of Refugees, Art. 1(F) — Degree of participation constituting complicity — Complicity where applicant aware Salvadoran army, of which member, committing international offences, not dissociating himself from army, and accepting positions of higher responsibility such as teaching, planning and executing counter-insurgency operations.*

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Dependent applicant's claim — How to deal with such claim where principal applicant subject to exclusion for international offences — Claim to be considered independently of principal claimant's, not automatically falling with dismissal of principal claim.*

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Changed country conditions in context of claim for refugee status — Criteria suggested in Hathaway: The Law of Refugee Status, considered — Sufficient for CRDD panels to weigh evidence of changed country conditions in balance with all other evidence in assessing claim — Durability, effectiveness, substantiality relevant factors.*

The applicant, Douglas Penate, joined the Salvadoran army in 1978, when he was 13 years old. He remained in the army until 1988. He gradually rose to the rank of sergeant. He received, and later taught, counter-insurgency training to fight against guerillas in the mountains. While acting as an instructor, he continued to participate in combat missions, planning and carrying out the attacks. The Salvadoran army committed international offences during the civil war.

93-A-292

**Douglas Penate et Hilda Lorena Canales de Penate (requérants)**

a c.

**Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (intimé)**

*RÉPERTORIÉ: PENATE c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)*

Section de première instance, juge Reed—Toronto, 15 novembre; Ottawa, 26 novembre 1993.

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Exclusion, fondée sur des raisons sérieuses de penser que le requérant avait commis des crimes internationaux, en application de l'art. 2(1) de la Loi sur l'immigration et de la section F de l'article premier de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés — Degré de participation qui constitue la complicité — Il y a eu complicité du fait que le requérant savait que l'armée salvadorienne, dont il faisait partie, avait commis des crimes internationaux, ne s'était pas dissocié de l'armée et avait accepté des postes de plus grande responsabilité, savoir qu'il avait enseigné, planifié et effectué des opérations de contre-insurrection.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Revendication accessoire de la requérante — Comment statuer sur une telle revendication lorsque le principal requérant était sujet à exclusion pour des crimes internationaux — Revendication devant être examinée indépendamment de celle du demandeur principal, ne tombant pas automatiquement avec le rejet de la revendication principale.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Changement de conditions au pays d'origine dans le contexte de la revendication du statut de réfugié — Examen des critères proposés dans Hathaway: The Law of Refugee Status — Il suffit que les tribunaux de la SSR mettent en balance la preuve du changement de conditions au pays d'origine et tous les autres éléments de preuve dans l'examen d'une revendication — Le caractère durable, efficace et réel est pertinent.*

Le requérant Douglas Penate s'est joint à l'armée salvadorienne en 1978 alors qu'il avait treize ans. Il est resté dans l'armée jusqu'en 1988. Petit à petit, il s'est élevé jusqu'au grade de sergent. Il a reçu une formation en matière de contre-insurrection pour lutter contre les guérilleros dans les montagnes, et, plus tard, il a enseigné cette matière. Alors qu'il était instructeur, il a continué à participer à des missions de combat, étant responsable du plan d'action et de l'attaque. L'armée salvadorienne a commis des crimes internationaux au cours de la guerre civile.

The applicant's application for Convention refugee status and his wife's dependent applicant claim, both based on a fear of persecution, were dismissed.

The appeal raised three questions. (1) Whether the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board (the panel) erred in the test it applied in determining that the principal applicant was excluded from Convention refugee status protection because there were serious reasons for considering that he had committed international offences (based on the definition of Convention refugee in subsection 2(1) of the *Immigration Act* and section F of Article 1 of the UN Convention on the status of refugees). (2) Whether the panel erred in assessing the dependent claim of the applicant's wife, by not making an independent and explicit assessment of the principal applicant's claim without reference to his exclusion from refugee status protection. (3) Whether the panel erred in the test it applied in assessing the relevance of changed country conditions to the wife's claim.

*Held*, the appeal should be dismissed.

(1) Applying the principles set out in the case law—serious reasons for considering, responsibility by complicity, personal and knowing participation—the panel was justified in concluding that there existed serious reasons for considering that the principal applicant had committed or been complicit in the commission of international offences. There was sufficient evidence to conclude that although the applicant knew of the international offences, he did not disassociate himself from the army at any time but accepted positions of higher responsibility.

(2) Commenting on the case of *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, where the Federal Court of Appeal said that "it may well be that in certain cases [spousal and dependent refugee claims] the Board will be legally obligated to rule on the refugee claim irrespective of the applicability of the exclusion clause", relied on by the applicant, it was noted, first, that the tone of the statement was far from mandatory, and, second, that those comments were *dicta*. The panel did not err in not assessing whether or not the principal applicant would have been entitled to Convention refugee status had he not fallen into the category described in section F of Article 1 of the Convention. Such an assessment was not necessary in order to deal with the dependent claim made by his wife. The dependent claim was assessed on its own merits, taking into account the circumstances on which the principal claim was based. The approach taken by the panel in assessing the wife's claim met the concern expressed by the Court of Appeal in *Moreno*.

(3) The criteria for assessment of changed country conditions in cases where the question was whether or not to revoke

La demande de statut de réfugié au sens de la Convention présentée par le requérant et celle de sa femme, toutes deux fondées sur la crainte de persécution, ont été rejetées.

L'appel soulève trois questions. 1) La section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (le tribunal) a-t-il appliqué le bon critère pour déterminer que le principal requérant était exclu de la protection conférée par le statut de réfugié au sens de la Convention, parce que le tribunal avait des raisons sérieuses de penser qu'il avait commis des crimes internationaux (selon la définition de réfugié au sens de la Convention figurant au paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration* et la section F de l'article premier de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés)? 2) Le tribunal a-t-il commis une erreur, dans l'examen de la revendication accessoire de la femme du requérant, en n'appréciant pas la revendication du principal requérant séparément et explicitement sans tenir compte de l'exclusion de ce dernier de la protection conférée par le statut de réfugié? 3) Le tribunal a-t-il appliqué le mauvais critère pour déterminer si les circonstances avaient changé à l'égard de la revendication de la femme?

*Jugement*: l'appel doit être rejeté.

1) Appliquant les principes dégagés par la jurisprudence—raisons sérieuses de penser, responsabilité par voie de complicité, participation personnelle et consciente—le tribunal était fondé à conclure qu'il existait des raisons sérieuses de penser que le principal requérant avait commis des crimes internationaux ou avait été complice dans la perpétration de ceux-ci. Il existait suffisamment d'éléments de preuve pour conclure que, bien que le requérant fût au courant des crimes internationaux, il ne s'était à aucun moment dissocié de l'armée, mais qu'il avait accepté des postes comportant une plus grande responsabilité.

2) À propos de l'arrêt *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, où la Cour d'appel fédérale a dit que «il se peut fort bien que, dans certains cas [revendications de statut de réfugié d'un conjoint et d'une personne à charge], la Commission soit légalement tenue de se prononcer sur la revendication du statut de réfugié, sans tenir compte de l'applicabilité de la disposition d'exclusion», arrêt cité par le requérant, il a été noté tout d'abord que le ton de la déclaration était loin d'être impératif et que, en deuxième lieu, ces commentaires étaient des opinions incidentes. Le tribunal n'a pas commis d'erreur en n'examinant pas la question de savoir si le principal requérant aurait eu droit au statut de réfugié au sens de la Convention s'il n'avait pas appartenu à la catégorie décrite à la section F de l'article premier de la Convention. Un tel examen n'était pas nécessaire pour se prononcer sur la revendication accessoire faite par sa femme. Le tribunal a examiné le bien-fondé de la revendication accessoire, tenant compte des circonstances sur lesquelles reposait la principale revendication. L'approche adoptée par le tribunal pour examiner la revendication de l'épouse correspond à la préoccupation exprimée par la Cour d'appel dans l'affaire *Moreno*.

3) Les critères d'évaluation du changement de conditions au pays d'origine dans les cas où il s'agit de savoir s'il y a lieu de

Convention refugee status were different from the criteria applied in cases, such as the present one, where the question was whether or not status will be granted. A review of the case law confirmed that it was sufficient for the panel to weigh the evidence of changed country conditions in the balance with all the other evidence before it in assessing a claim. Factors such as durability, effectiveness and substantiality were always relevant.

révoquer le statut de réfugié au sens de la Convention sont différents des critères appliqués dans les cas tels que l'espèce où il faut examiner s'il y a lieu d'accorder le statut. L'examen de la jurisprudence confirme qu'il suffit que, pour examiner une revendication, le tribunal apprécie la preuve du changement de conditions au pays d'origine avec tous les autres éléments de preuve dont il dispose. Le caractère durable, effectif et réel est toujours pertinent.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1), 69.2 (as enacted *idem*, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 61).  
*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306; (1992), 89 D.L.R. (4th) 173; 135 N.R. 390 (C.A.); *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298; (1993), 159 N.R. 210 (C.A.); *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433 (C.A.); *Mileva v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 3 F.C. 398; (1991), 81 D.L.R. (4th) 244; 50 Admin. L.R. 269; 15 Imm. L. R. (2d) 204; 129 N.R. 262 (C.A.); *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Paszkowska* (1991), 13 Imm. L. R. (2d) 262 (F.C.A.); *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Obstoj*, [1992] 2 F.C. 739 (C.A.); *Boateng v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 64 F.T.R. 197 (F.C.T.D.); *Boateng et al. v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 65 F.T.R. 81 (F.C.T.D.); *Nkrumah v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1993), 20 Imm. L. R. (2d) 246 (F.C.T.D.); *Ahmed v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 156 N.R. 221 (F.C.A.); *Cuadra v. Canada (Solicitor General)* (1993), 157 N.R. 390 (F.C.A.); *Tawfik v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 93-A-311, MacKay J., judgment dated 23/8/93, F.C.T.D., not yet reported.

##### CONSIDERED:

*Mahmoud v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, A-237-92, Nadon J., order dated 26/10/93, F.C.T.D., not yet reported.

##### REFERRED TO:

*Villalta v. Canada (Solicitor General)*, A-1091-92, Reed J., judgment dated 8/10/93, F.C.T.D., not yet reported.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6.  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1), 69.2 (édicte, *idem*, art. 18).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306; (1992), 89 D.L.R. (4th) 173; 135 N.R. 390 (C.A.); *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298; (1993), 159 N.R. 210 (C.A.); *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 433 (C.A.); *Mileva c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 3 C.F. 398; (1991), 81 D.L.R. (4th) 244; 50 Admin. L.R. 269; 15 Imm. L. R. (2d) 204; 129 N.R. 262 (C.A.); *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Paszkowska* (1991), 13 Imm. L. R. (2d) 262 (C.A.F.); *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Obstoj*, [1992] 2 C.F. 739 (C.A.); *Boateng c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 64 F.T.R. 197 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Boateng et autre c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 65 F.T.R. 81 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Nkrumah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1993), 20 Imm. L. R. (2d) 246 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Ahmed c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 156 N.R. 221 (C.A.F.); *Cuadra c. Canada (Solliciteur général)* (1993), 157 N.R. 390 (C.A.F.); *Tawfik c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 93-A-311, juge MacKay, jugement en date du 23-8-93, C.F. 1<sup>re</sup> inst., encore inédit.

##### DÉCISION EXAMINÉE:

*Mahmoud c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, A-237-92, juge Nadon, ordonnance en date du 26-10-93, C.F. 1<sup>re</sup> inst., encore inédit.

##### DÉCISION CITÉE:

*Villalta c. Canada (Solliciteur général)*, A-1091-92, juge Reed, jugement en date du 8-10-93, C.F. 1<sup>re</sup> inst., encore inédit.

## AUTHORS CITED

Bassiouni, M. Cherif. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1992.

Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*. Toronto: Butterworths, 1991. a

APPEAL from the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board decision that the applicant Douglas Penate was excluded from Convention refugee status protection because there were serious reasons for considering that he had committed international offences and dismissing the applicant Hilda Penate's dependent applicant refugee claim. Appeal dismissed. b c

## COUNSEL:

*Marie E. L. Chen* for applicants.

*Alice L. Abbott* for respondent.

## SOLICITORS:

*Hoppe, Jackman*, Toronto, for applicants.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent. e

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

REED J.: This appeal raises three questions. The first is whether the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board ("the panel") erred in the test it applied to determine that the principal applicant, Douglas Penate, was excluded from Convention refugee status protection because there were serious reasons for considering that he had committed an international offence or offences.<sup>1</sup> The second question is whether the panel erred in assessing the dependent claim of Hilda Lorena Canales de Penate, the principal applicant's wife, by not making an independent and explicit assessment of the principal applicant's claim without reference to his exclusion from refugee status protection. The third question is whether the panel erred in

<sup>1</sup> Mr. Justice MacGuigan in *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306 (C.A.) described the activity set out in section F of Article I of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, [July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6], as international offences and I will adopt that terminology for the purpose of these reasons.

## DOCTRINE

Bassiouni, M. Cherif. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1992.

Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*. Toronto: Butterworths, 1991.

APPEL de la décision par laquelle la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que le requérant Douglas Penate était exclu de la protection conférée par le statut de réfugié au sens de la Convention, parce qu'il existait des raisons sérieuses de penser qu'il avait commis des crimes internationaux, et a rejeté la revendication accessoire du statut de réfugié présentée par la requérante Hilda Penate. Appel rejeté.

## AVOCATS:

*Marie E. L. Chen* pour les requérants.

*Alice L. Abbott* pour l'intimé. d

## PROCUREURS:

*Hoppe, Jackman*, Toronto, pour les requérants.

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé. e

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

LE JUGE REED: Le présent appel soulève trois questions. La première est de savoir si la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié («le tribunal») a appliqué le bon critère pour déterminer que le requérant, Douglas Penate, était exclu de la protection conférée par le statut de réfugié au sens de la Convention, parce que le tribunal avait des raisons sérieuses de penser qu'il avait commis un crime ou des crimes internationaux<sup>1</sup>. La seconde est de savoir si le tribunal a commis une erreur, dans l'examen de la revendication accessoire de Hilda Lorena Canales de Penate, la femme du requérant, en n'appréciant pas la revendication du requérant séparément et explicitement, sans tenir compte de l'exclusion du requérant de la protection

<sup>1</sup> Dans *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306 (C.A.), le juge MacGuigan a qualifié de crimes internationaux l'activité dont il est question à la section F de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* [le 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6]. J'adopterai donc cette terminologie aux fins des présents motifs.

the test it applied in assessing the relevance of changed country conditions to the wife's claim.

Application of and Test for Exclusion Pursuant to Section F of Article I

Subsection 2(1) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1], states that for the purposes of the Act a "Convention refugee":

2.

... does not include any person to whom the Convention does not apply pursuant to section E or F of Article I thereof, which sections are set out in the schedule to this Act,

The relevant part of section F of Article I of the Convention, set out in the Schedule to the Act states:

F. The provisions of this Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that:

(a) he has committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes;

Counsel for the applicants referred to three cases which have interpreted this provision: *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306 (C.A.); *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298 (C.A.); *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433 (C.A.).

I do not think there is any dispute concerning the principles set out in the three cases:

1. The burden of proof which must be met by the Minister to demonstrate that the Convention does not apply to a given individual is less than the balance of probabilities. That is, there is no need for the person to have been convicted or even charged with an international offence. This follows from the wording of the text which requires only that there be "serious reasons for considering" that the individual committed an act of the type described. Alternatively, one could consider this requirement as a threshold ques-

conférée par le statut de réfugié. La troisième est de savoir si le tribunal a appliqué le mauvais critère pour déterminer si les circonstances avaient changé à l'égard de la revendication de la femme.

a

Application et critère de l'exclusion prévue à la section F de l'article premier

Le paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1] prévoit l'exclusion suivante de la définition de «réfugié au sens de la Convention»:

2.

Sont exclues de la présente définition les personnes soustraites à l'application de la Convention par les sections E ou F de l'article premier de celle-ci dont le texte est reproduit à l'annexe de la présente loi.

La partie applicable de la section F de l'article premier de la Convention, figurant dans l'annexe de la Loi, est ainsi rédigée:

F. Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser:

a) Qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes.

L'avocate des requérants a cité trois décisions qui ont interprété cette disposition: *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306 (C.A.); *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298 (C.A.); *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 433 (C.A.).

Je ne pense pas qu'il y ait litige concernant les principes énoncés dans ces trois décisions:

1. La norme de la preuve que le ministre doit faire pour démontrer que la Convention ne s'applique pas à un particulier est une norme moindre que la prépondérance des probabilités. Cela veut dire qu'il n'est pas nécessaire que la personne ait été déclarée coupable ni même accusée d'une infraction internationale. Cette idée découle de la formulation du texte qui exige seulement qu'il y ait des «raisons sérieuses de penser» que l'individu a commis un acte du type décrit. Subsidiairement, on pourrait considérer cette

tion with respect to which the existence of the "serious reasons for considering" have to be proven on the balance of probabilities but nothing turns on whether the test is characterized as a burden of proof requirement or as a threshold test.<sup>2</sup>

2. An individual who has been complicit in (an accomplice to) an act which is physically committed by another is as responsible for the offence as the person who physically committed the act. Thus, if there are serious reasons for considering that an individual has been complicit in the commission of an international offence that individual will be excluded from obtaining refugee status by operation of section F of Article I.

3. In order to be complicit in the commission of an international offence the individual's participation must be personal and knowing. Complicity in an offence rests on a shared common purpose.

The *Ramirez, Moreno* and *Sivakumar* cases all deal with the degree or type of participation which will constitute complicity. Those cases have established that mere membership in an organization which from time to time commits international offences is not normally sufficient to bring one into the category of an accomplice. At the same time, if the organization is principally directed to a limited, brutal purpose, such as a secret police activity, mere membership may indeed meet the requirements of personal and knowing participation. The cases also establish that mere presence at the scene of an offence, for example, as a bystander with no intrinsic connection with the persecuting group will not amount to personal involvement. Physical presence together with other factors may however qualify as a personal and knowing participation.

As I understand the jurisprudence, it is that a person who is a member of the persecuting group and who has knowledge that activities are being committed by the group and who neither takes steps to prevent them occurring (if he has the power to do so) nor disengages himself from the group at the earliest opportunity (consistent with safety for himself) but who lends his active support to the group will be con-

<sup>2</sup> *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298 (C.A.), at pp. 310-311.

condition comme une question préliminaire à l'égard de laquelle l'existence des «raisons sérieuses de penser» doit être prouvée selon la prépondérance des probabilités. Or, rien ne repose sur la question de savoir si le critère constitue une norme de preuve ou un critère préliminaire<sup>2</sup>.

2. Le complice d'une infraction est tout aussi responsable de l'infraction que l'auteur de celle-ci. En conséquence, ne pourra obtenir le statut de réfugié, par application de la section F de l'article premier, celui dont on a des raisons sérieuses de penser qu'il a été complice d'une infraction internationale.

3. Le complice d'une infraction internationale doit y avoir participé personnellement et sciemment. La complicité dans la perpétration d'une infraction repose sur une intention commune.

Dans les décisions *Ramirez, Moreno* et *Sivakumar*, il est question du degré ou du type de participation qui constitue la complicité. Il ressort de ces décisions que la simple adhésion à une organisation qui commet sporadiquement des infractions internationales n'implique pas normalement la complicité. Par contre, lorsque l'organisation vise principalement des fins limitées et brutales, comme celles d'une police secrète, ses membres peuvent être considérés comme y participant personnellement et sciemment. Il découle également de cette jurisprudence que la simple présence d'une personne sur les lieux d'une infraction en tant que spectatrice par exemple, sans lien avec le groupe persécuteur, ne fait pas d'elle une complice. Mais sa présence, alliée à d'autres facteurs, peut impliquer sa participation personnelle et consciente.

Selon mon interprétation de la jurisprudence, sera considéré comme complice quiconque fait partie du groupe persécuteur, qui a connaissance des actes accomplis par ce groupe, et qui ne prend pas de mesures pour les empêcher (s'il peut le faire) ni ne se dissocie du groupe à la première occasion (compte tenu de sa propre sécurité), mais qui l'appuie activement. On voit là une intention commune. Je fais

<sup>2</sup> *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298 (C.A.), aux p. 310 et 311.

sidered to be an accomplice. A shared common purpose will be considered to exist. I note that the situation envisaged by this jurisprudence is not one in which isolated incidents of international offences have occurred but where the commission of such offences is a continuous and regular part of the operation.

In *Ramirez*, the applicant guarded prisoners on numerous occasions, standing by while they were tortured. Mr. Justice MacGuigan noted that this was not a borderline case of participation. It was a very clear example of direct involvement. It was noted that the individual's presence at numerous incidents of persecution coupled with the sharing in the common purpose of the military force clearly constituted complicity.

The *Moreno* case involved a forcibly conscripted sixteen year old who saw acts of torture and other atrocities being committed by the group and who was instructed to shoot civilians but who deserted from the army at the first opportunity. A shared common purpose was held not to exist.

In *Sivakumar*, the Court discussed complicity as a result of being part of the command structure of the organization. Mr. Justice Linden commented that association with a person or organization responsible for international offences may constitute complicity if there is personal and knowing participation or toleration of the offence. He stated that the closer one is to a position of leadership or command within an organization the easier it will be to draw an inference of awareness of the offences and participation in the plans to commit them. An excerpt from the text *Crimes Against Humanity in International Criminal Law* (1992) by M. Cherif Bassiouni was cited (page 345):

... the closer a person is involved in the decision-making process and the less he does to oppose or prevent the decision, or fails to dissociate himself from it, the more likely the person's criminal responsibility will be at stake.

When the present case was decided, the *Ramirez* case had been decided but not *Moreno* or *Sivakumar*. The panel carefully analyzed the facts of the present case by reference to the principles set out in *Ramirez*.

remarquer que la jurisprudence susmentionnée ne vise pas des infractions internationales isolées, mais la situation où la perpétration de ces infractions fait continûment et régulièrement partie de l'opération.

Dans l'affaire *Ramirez*, le requérant avait surveillé des prisonniers à plusieurs reprises et assisté à leur torture sans intervenir. Le juge MacGuigan a fait remarquer qu'il ne s'agissait pas d'un cas de participation limite. Il s'agissait d'un exemple très clair de participation directe. D'après lui, le fait que la personne se soit trouvée présente dans de nombreux cas de persécution et qu'elle ait partagé la fin visée par l'armée constituait à l'évidence une complicité.

L'affaire *Moreno* concernait un jeune de seize ans forcé de s'enrôler, qui avait été témoin d'actes de torture et d'autres atrocités dont l'auteur était le groupe persécuteur et qui avait reçu l'instruction de tirer sur des civils, mais qui avait déserté l'armée à la première occasion. Il a été décidé que l'intention commune n'existait pas.

Dans l'affaire *Sivakumar*, la Cour a discuté de la complicité découlant de la participation à la direction d'une organisation. Le juge Linden a fait remarquer que l'association avec une personne ou une organisation responsable d'infractions internationales pouvait emporter complicité s'il y avait participation personnelle ou volontaire à ces infractions ou leur tolérance. Il a déclaré que plus on se rapproche des échelons de direction ou de commandement d'une organisation, plus il est facile de conclure à la connaissance des infractions commises et à la participation à leur planification. Le juge Linden a cité (page 345) un extrait de l'ouvrage de Cherif Bassiouni intitulé *Crimes Against Humanity in International Criminal Law* (1992):

[TRADUCTION] ... plus la personne participe de près à la prise de décisions et moins elle cherche à combattre ou à prévenir la décision prise, ou à s'en dissocier, plus il est vraisemblable que sa responsabilité pénale est en cause.

Lorsque l'espèce a été tranchée, l'affaire *Ramirez* avait été jugée mais non les affaires *Moreno* et *Sivakumar*. Le tribunal a soigneusement analysé les faits de l'espèce en se référant aux principes énoncés dans

I can see no error in the formation of the principles the panel members adopted nor in their application to the facts of this case. This is so not only in the light of the decision in *Ramirez* but also in the light of the later decisions in *Moreno* and *Sivakumar*.

The individual in the present case was a career soldier in the Salvadoran army. He knew that atrocities were being committed. On his own evidence he witnessed, at least, one international offence, the murder of two women. The panel clearly believed that he knew much more about the international offences being committed by the Salvadoran army than he was admitting:

From the testimony provided at the hearing, it appears that the male claimant is a person who knew that the Salvadoran army was responsible for crimes committed during the civil war. He testified that he witnessed the murder of two women in 1982 and he also knew that death squads existed and were linked with the army. He knew that prisoners at times were tortured or disappeared.

On the balance of probabilities, the panel believes that the male claimant knew much more about the war crimes committed by the Salvadoran army than he admits. In 1982, he had received special training in the area of human rights, for the purpose of instructing other members of the Salvadoran army and promoting the respect for the rights of civilians in combat zones. He was also a person who was often involved in field operations and as an officer who commanded units engaged in counter-insurgency operations, the male claimant must have known about the crimes that have been widely reported by the media and by human rights organizations. As a person who had received special training in the respect of human rights, the male claimant would clearly be able to recognize activities which violated human rights. . . .

Counsel for the applicants argued that the principal applicant did not "witness" the murder of the two women. Although the principal applicant stated at one point that he saw that event, at another point he stated that he only saw the two women being taken away from the patrol, heard the gun shots when the women were about 200 metres away from him and was told by someone else the women had been shot. I do not think that in those circumstances the fact of whether he actually "saw" the killing is significant. He knew what was occurring or had occurred; he heard the gun shots; he saw the women being taken

l'affaire *Ramirez*. Je ne vois aucune erreur dans la formulation des principes que les membres du tribunal ont adoptés ni dans leur application aux faits de l'espèce. Il en est ainsi non seulement à la lumière de la décision *Ramirez*, mais également compte tenu des décisions ultérieures *Moreno* et *Sivakumar*.

L'intéressé en l'espèce était un soldat de carrière dans l'armée salvadorienne. Il savait que des atrocités étaient commises. Il a lui-même témoigné qu'il avait vu la perpétration d'au moins une infraction internationale, le meurtre de deux femmes. Le tribunal a clairement estimé que l'intéressé en savait bien davantage sur les infractions internationales commises par l'armée salvadorienne qu'il ne voulait l'admettre:

[TRADUCTION] Il ressort du témoignage rendu à l'audience que le requérant savait que l'armée salvadorienne était responsable de crimes commis pendant la guerre civile. Dans sa déposition, il a reconnu qu'il avait été témoin du meurtre de deux femmes en 1982, et qu'il savait également que des escadrons de la mort existaient et étaient liés à l'armée. Il savait que, parfois, des prisonniers étaient torturés ou disparaissaient.

Le tribunal estime, selon la prépondérance des probabilités, que le requérant en savait bien davantage sur les crimes commis par l'armée salvadorienne qu'il ne le reconnaît. En 1982, il avait reçu une formation particulière dans le domaine des droits de la personne, aux fins de former d'autres membres de l'armée salvadorienne et de promouvoir le respect des droits des civils dans les zones de combat. Il avait également souvent participé à des opérations sur le terrain et, en tant qu'officier qui commandait des unités chargées des opérations de contre-insurrection, le requérant devait avoir eu connaissance des crimes que les médias et les organismes de protection des droits de la personne ont largement rapportés. Comme il avait reçu une formation particulière dans le domaine du respect des droits de la personne, le demandeur pouvait clairement reconnaître les activités qui violaient ces droits. . . .

L'avocate des requérants prétend que le principal requérant n'a pas été [TRADUCTION] «témoin» du meurtre des deux femmes. Bien que le requérant ait dit à un moment qu'il avait vu cet événement, il a déclaré à un autre moment qu'il avait seulement vu les deux femmes enlevées de la patrouille, entendu les coups de fusil lorsque ces femmes étaient à environ 200 mètres de lui, et qu'on lui avait dit que celles-ci avaient été abattues. Dans ces circonstances, je ne pense pas que la question de savoir s'il a réellement [TRADUCTION] «vu» la tuerie soit importante. Il savait ce qui se passait et ce qui avait eu lieu; il a



away. It is not an incorrect conclusion for the panel to say that he witnessed the event.

The principal applicant joined the Salvadoran army in 1978. He was placed there when he was 13 years old by his uncle and tutor. He remained in the army voluntarily and pursued a career, rising first to the rank of corporal and then sergeant. In May 1984, the principal applicant received counter-insurgency training in Honduras. The purpose of this training was to learn how to fight against guerillas in the mountains. He received further training in El Salvador, at the Atlacatl Immediate Response Battalion, to enable him to teach experienced soldiers tactical manoeuvres and the use of weapons. He acted as an instructor at the Atlacatl Battalion for a period of six to eight months during which he trained approximately 2000 soldiers. While acting as an instructor, he continued to participate in combat missions. His role was to draft the plan of action and then to carry out the attack. In 1984-1985, he was the chief of a combat patrol, with fourteen men under his command. He operated in the eastern and northern sections of El Salvador. The panel referred to documentary evidence before it which indicated that in December of 1981, the Atlacatl Battalion had been responsible for killing 794 persons and in 1989 for the murder of six Jesuit priests and two women. At the actual date of these events, the principal applicant was not a member of that battalion or associated with it.

The principal applicant did not leave the army until 1988 and then he did so because he wished to spend more time with his family. He had married in early 1988. He was given an honourable discharge in December of 1988 and remained a member of the army reserve. In the light of all this evidence, the panel concluded that although the principal applicant knew of the international offences being committed he did not disassociate himself from the army at any time but accepted positions of higher responsibility. I quote some of the panel's conclusions in this regard:

He did not disassociate himself from the army at that time. On the contrary, the fact that he accepted positions of higher responsibility, like the training of members of the Atlacatl Battalion, the planning of operations or the command of units on the field, in the panel's view, means that the male claimant

entendu les coups de fusil; il a vu qu'on enlevait les femmes. Le tribunal a raison de dire que le requérant a été témoin de l'événement.

Le principal requérant s'est joint à l'armée salvadorienne en 1978. Son oncle, qui était son tuteur, l'y a mis lorsqu'il avait treize ans. Il est resté dans l'armée volontairement et y a fait carrière, promu tout d'abord caporal puis sergent. En mai 1984, il a reçu au Honduras une formation en matière de contre-insurrection. Cette formation avait pour but d'apprendre à lutter contre les guérilleros dans les montagnes. Il a reçu une autre formation au Salvador, au Bataillon de riposte immédiate d'Atlacatl, en vue d'être en mesure d'enseigner à des soldats expérimentés des manoeuvres tactiques et le maniement des armes. Il a agi comme instructeur au Bataillon d'Atlacatl pendant une période de six à huit mois au cours de laquelle il a formé environ 2 000 soldats. Alors qu'il était instructeur, il a continué à participer à des missions de combat. Il était responsable du plan d'action et de l'attaque. En 1984-1985, il était le chef d'une patrouille de combat, commandant quatorze hommes. Sa zone d'opération se trouvait dans les parties orientales et septentrionales du Salvador. Le tribunal s'est référé à la preuve documentaire dont il disposait et qui indiquait que, en décembre 1981, le Bataillon d'Atlacatl était responsable du massacre de 794 personnes et, en 1989, du meurtre de six prêtres jésuites et de deux femmes. À la date même de ces événements, le requérant ne faisait pas partie de ce bataillon ni n'y était lié.

Le principal requérant n'a quitté l'armée qu'en 1988 parce qu'il voulait consacrer plus de temps à sa famille. Il s'était marié au début de 1988. Il a été honorablement rendu à la vie civile en décembre 1988, tout en demeurant réserviste. Compte tenu de tous ces éléments de preuve, le tribunal a conclu que, bien que le requérant sût que des infractions internationales étaient commises, il ne s'était à aucun moment dissocié de l'armée, et qu'il avait accepté des postes qui comportaient une plus grande responsabilité. Je cite une partie des conclusions tirées par le tribunal à cet égard:

[TRADUCTION] Il ne s'est pas dissocié de l'armée à cette époque. Au contraire, il a accepté des postes qui comportaient une plus grande responsabilité, à savoir la formation des membres du Bataillon d'Atlacatl, la planification des opérations ou le commandement d'unités sur le champ de bataille, ce qui fait croire

accepted the approach taken by the army, associated himself with the leaders of the armed forces and, by lending his technical knowledge and his energies, willingly cooperated in the organization and execution of operations, knowing that they could result in the commission of international crimes and that, in fact, sometimes resulted in such crimes being committed. From what the claimant stated at his hearing, he was a middle ranking officer, who had knowledge, experience and dedication to his work and, therefore, part of a limited group of people who made the army function.

The panel took into consideration the fact that the army is not an organization "principally directed to a limited, brutal purpose". In fact, the panel believes that the Salvadoran army has a legitimate function in defending the country from aggression, be it internal or external. Therefore, mere membership in the army may not by necessity involve personal and knowing participation in persecutorial acts. However, given that the male claimant was involved in counter-insurgency operations, and particularly in the planning of those operations, and that the international crimes committed by the army were linked to counter-insurgency operations, and sometimes part of the strategy used in the execution of counter-insurgency operations, it is not possible to conclude that the male claimant was not an accomplice in the crimes committed by the army. Even if the claimant, as testified, did not hurt anyone with his own hands, the panel finds that, by embracing the goals of the army and by lending his effective support, he also accepted the darker aspects of the operations conducted by the army and became an accomplice in the international crimes committed by the army. . . . [Footnotes omitted.]

As I have already indicated, I do not think the panel erred in concluding that there exist serious reasons for considering that the principal applicant had committed or been complicit in the commission of international offences.

#### Assessment of Dependent Applicant's Claim

Counsel for the applicants argues that the panel erred because it did not assess whether or not the principal applicant would have been entitled to Convention refugee status had he not fallen into the category described in section F Article I of the Convention. It is argued that such an assessment is necessary in order to deal with the dependent claim made by his wife. It is argued that this follows from the Court of Appeal decision in *Moreno* (*supra*). In that case the panel made no assessment of the dependent applicant's claim independent of the application of the

au tribunal que le demandeur a accepté la position de l'armée, s'est associé avec les commandants des forces armées et, en mettant à contribution sa connaissance technique et ses énergies, a volontairement coopéré à la planification et à l'exécution des opérations, sachant qu'elles pourraient donner lieu à la perpétration de crimes internationaux, et que, en fait, elles ont parfois entraîné la perpétration de ces crimes. Il ressort des déclarations du demandeur à son audience qu'il était un officier de grade moyen dont les connaissances, l'expérience et le dévouement à son travail faisait de lui le membre d'un groupe limité de personnes permettant à l'armée de fonctionner.

Le tribunal a pris en considération le fait que l'armée n'est pas une organisation qui «visait principalement des fins limitées et brutales». En fait, il croit que l'armée salvadorienne exerce une fonction légitime, celle de défendre le pays contre l'agression, qu'elle soit interne ou externe. En conséquence, le simple fait qu'une personne fasse partie de l'armée ne signifie pas nécessairement qu'elle participe personnellement et sciemment à des actes de persécution. Toutefois, étant donné que le demandeur a participé à des opérations de contre-insurrection, et en particulier, à la planification des ces opérations, et que les crimes internationaux commis par l'armée étaient liés à des opérations de contre-insurrection et parfois relevaient de la stratégie utilisée dans l'exécution des opérations de contre-insurrection, il est permis de conclure que le demandeur était complice des crimes commis par l'armée. Même si le demandeur, d'après sa déposition, n'a pas fait de mal à personne de ses propres mains, le tribunal conclut que, en épousant les buts visés par l'armée et en y donnant son soutien efficace, il a également accepté les aspects plus sombres des opérations effectuées par l'armée et est devenu complice des crimes internationaux commis par celle-ci. [Revois omis.]

Ainsi que je l'ai déjà indiqué, je ne pense pas que le tribunal ait commis une erreur en concluant à l'existence de raisons sérieuses de penser que le requérant avait commis des infractions internationales ou avait été complice de la perpétration de celles-ci.

#### Examen de la revendication accessoire de la requérante

L'avocate des requérants soutient que le tribunal a commis une erreur parce qu'il n'avait pas examiné la question de savoir si le requérant aurait eu droit au statut de réfugié au sens de la Convention s'il n'avait pas appartenu à la catégorie décrite à la section F de l'article premier de la Convention. Elle prétend que le tribunal doit procéder à un tel examen pour se prononcer sur la revendication accessoire faite par sa femme. Il en est ainsi, prétend-elle, étant donné l'arrêt *Moreno*, précité, de la Cour d'appel fédérale. Dans cette affaire, le tribunal n'avait pas examiné la reven-

exclusion to her husband. At pages 326-328 the following statements are found:

(E) Did the Board err in law by failing to determine the male appellant's eligibility under the inclusion clause?

Having concluded that this appellant's conduct does not provide a legal basis on which to invoke the exclusion clause, it is unnecessary for this Court to address this fundamental question. Nor is it necessary to decide a corollary issue: whether the Board has the discretion to weigh the nature of the crimes against humanity with the fate awaiting a claimant who would have been declared a Convention refugee were it not for the application of the exclusion clause. One way of restating that question is as follows: Did the Board err by failing to weigh evidence favouring the application of the exclusion clause against that favouring inclusion? These questions will have to be addressed another day; see *Ramirez, supra*, but see *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Mehmet*, [1992] 2 F.C. 598 (C.A.), *per* Marceau J.A., at pages 607-608.

I think it helpful to point out that it would have been preferable had the Board made a determination with respect to the appellant's refugee claim notwithstanding its decision to apply the exclusion clause. There are three reasons for this view.

First, as a practical matter it is extremely difficult to separate the grounds on which a claimant bases his or her refugee claim from the circumstances which might give rise to the application of the exclusion clause. . . .

Second, in the event that the Board errs with respect to the application of the exclusion clause but has also ruled on the application of the inclusion clause, it may be unnecessary to refer the matter back to the Board. The same holds true if the Board rules on the inclusion clause, reaches a negative determination and dismisses the claim without turning to the exclusion criteria. Considerations of time and expense are always persuasive when establishing practical guidelines. I note that some panels of the Board have already recognized the benefits of making alternative rulings; see *Ramirez, supra*, and *Caballero v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, A-266-91, Marceau, Desjardins and Létourneau J.J.A., judgment dated 13/5/93, F.C.A., not yet reported.

Finally, aside from any practical considerations, it may well be that in certain cases the Board will be legally obligated to rule on the refugee claim irrespective of the applicability of the exclusion clause. That possibility arises in the context of spousal and dependent refugee claims and is discussed below.

exclusion accessoire de la requérante indépendamment de l'application de l'exclusion à son mari. Aux pages 326 à 328 se trouvent les déclarations suivantes:

(E) La Commission a-t-elle commis une erreur de droit en ne se prononçant pas sur l'admissibilité de l'appelant dans le cadre de la disposition d'inclusion?

Puisque j'ai conclu que le comportement de l'appelant ne justifie aucunement du point de vue juridique l'application de la disposition d'exclusion, il n'est pas nécessaire que je me penche sur cette question fondamentale. Il n'y a pas lieu non plus de trancher la question accessoire de savoir si la Commission a le pouvoir discrétionnaire d'apprécier la nature des crimes contre l'humanité par rapport au sort qui attend le demandeur qui aurait été déclaré réfugié au sens de la Convention n'eût été de l'application de la disposition d'exclusion. On peut formuler de nouveau la question de la façon suivante: La Commission a-t-elle commis une erreur en n'appréciant pas la preuve qui soutenait l'application de la disposition d'exclusion par rapport à celle qui appuyait l'application de la disposition d'inclusion? Il sera répondu à ces questions à un autre moment; voir l'arrêt *Ramirez*, précité, mais voir également l'arrêt *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Mehmet*, [1992] 2 C.F. 598 (C.A.), les motifs du juge Marceau, aux pages 607 et 608.

Il est utile de souligner qu'il aurait été préférable que la Commission se prononce à l'égard de la revendication du statut de réfugié de l'appelant malgré sa décision d'appliquer la disposition d'exclusion, et ce, pour trois raisons.

D'une part, du point de vue pratique, il est extrêmement difficile de distinguer les motifs sur lesquels le demandeur fonde sa revendication du statut de réfugié des circonstances qui pourraient entraîner l'application de la disposition d'exclusion. . . .

D'autre part, si la Commission commet une erreur relative à l'application de la disposition d'exclusion mais qu'elle se prononce également sur l'application de la disposition d'inclusion, il peut être inutile de lui renvoyer l'affaire. Il en est de même si la Commission se prononce sur la disposition d'inclusion, tire une conclusion défavorable et rejette la revendication sans se pencher sur le critère d'exclusion. Les facteurs tels le temps et le coût sont toujours éloquentes dans l'élaboration de directives pratiques. Je remarque que certaines formations de la Commission ont déjà reconnu les avantages des décisions subsidiaires; voir *Ramirez*, précité, et *Caballero c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, A-266-91, juges Marceau, Desjardins et Létourneau, J.C.A., jugement en date du 13-5-93, C.A.F., encore inédit.

Enfin, indépendamment des considérations pratiques, il se peut fort bien que, dans certains cas, la Commission soit légalement tenue de se prononcer sur la revendication du statut de réfugié, sans tenir compte de l'applicabilité de la disposition d'exclusion. Cette possibilité survient dans le contexte des revendications de statut de réfugié d'un conjoint et d'une personne à charge, et sera analysée ci-après.

The likelihood of the female appellant suffering persecution is not extinguished simply because the exclusion clause renders the male appellant ineligible for consideration.

It is important, then, in the present case, to set out exactly how the panel dealt with the wife's dependent claim:

After considering all the evidence provided by the female claimant and by the male claimant, as well as the documentary evidence submitted at the hearing, the panel is not persuaded that the female claimant has a well-founded fear of persecution by reason of any of the grounds set out in the definition of Convention refugee, if she were to return to El Salvador.

She declared that her fear of persecution is based on her political opinion and on her membership in a particular social group. She did not express a political opinion when in El Salvador. The evidence presented at the hearing does not indicate that the female claimant was attributed a political opinion because of her relationship with her husband. In the panel's opinion, there is no more than a mere possibility that this would happen in the future, in view of the peace agreement between the Salvadoran government and the guerillas, which has put an end to the armed confrontation and has decreased the tension between the two groups.

The panel also considered whether the female claimant has a well-founded fear of persecution because of her membership in a particular social group, namely her marital relationship with the male claimant. She testified that she fears being persecuted in El Salvador by the army, by the members of guerilla groups and by the death squads.

The panel finds that there is no serious possibility that the female claimant would be persecuted in El Salvador by the army. She had never expressed a political opinion opposing the government of El Salvador or done anything that would have given the army a reason to persecute her.

As a reason for her fear of being persecuted by the army she quoted the fact that she is married to a former army officer, who was sought by the army after he had left El Salvador. The panel is willing to accept the testimony that telegrams received by the male claimant's grandparents ordered the male claimant to report to the army; the panel is also willing to accept the further testimony that members of the military visited the male claimant's grandparents' home to inquire about the male claimant and that once his grandfather was roughed up by the soldiers.

However, the inference drawn by the male claimant, that he was sought for persecution, is based on speculation. Considering that he had been given an honourable discharge and that he had not experienced problems during his active service in the army and while residing in El Salvador after leaving the army, it seems more logical to believe that the male claimant was sought by the military because he was a member of the reserve and was under obligation to report for service when called.

La probabilité que l'appelante soit persécutée n'est pas éteinte simplement du fait que la disposition d'exclusion rend la revendication de l'appelant irrecevable.

En l'espèce, il importe d'exposer la façon dont le tribunal s'est penché sur la revendication accessoire de la femme:

[TRADUCTION] Après avoir examiné tous les éléments de preuve fournis par la demanderesse et le demandeur, ainsi que la preuve documentaire soumise à l'audience, le tribunal n'est pas persuadé que la demanderesse a raison de craindre d'être persécutée pour l'un quelconque des motifs énumérés dans la définition de réfugié au sens de la Convention, si elle devait retourner au Salvador.

Elle a déclaré que sa crainte de persécution reposait sur ses opinions politiques et sur son appartenance à un groupe social particulier. Elle n'avait pas exprimé d'opinions politiques lorsqu'elle était au Salvador. Les éléments de preuve présentés à l'audience n'indiquent pas qu'on prêtait à la demanderesse des opinions politiques du fait de son lien avec son mari. Le tribunal estime qu'il existe tout au plus la simple possibilité que cela arrive dans l'avenir, étant donné l'accord de paix entre le gouvernement salvadorien et les guérilleros, qui a mis fin à la confrontation armée et diminué la tension entre les deux groupes.

Le tribunal s'est également demandé si la demanderesse a raison de craindre d'être persécutée du fait de son appartenance à un groupe social particulier, à savoir son lien matrimonial avec le demandeur. Elle a déclaré craindre d'être persécutée au Salvador par l'armée, les membres de la guérilla et par les escadrons de la mort.

Le tribunal conclut qu'il n'existe pas de possibilité sérieuse que la demanderesse soit persécutée au Salvador par l'armée. Elle n'avait jamais exprimé d'opinions politiques défavorables au gouvernement salvadorien, ni agi de façon à donner à l'armée un motif de la persécuter.

Pour justifier sa crainte d'être persécutée par l'armée, elle a invoqué le fait qu'elle avait épousé un ancien officier de l'armée, qui était recherché par celle-ci après qu'il eut quitté le Salvador. Le tribunal est disposé à accepter le témoignage selon lequel les télégrammes reçus par les grand-parents du demandeur lui ordonnaient de se présenter à l'armée; il est également disposé à accepter l'autre témoignage selon lequel des membres de l'armée s'étaient présentés chez les grands-parents du demandeur pour se renseigner sur celui-ci, et les soldats avaient à une occasion rudoyé le grand-père du demandeur.

Toutefois, la conclusion du demandeur qu'on le recherchait pour le persécuter n'est que de la spéculation. Vu qu'il avait honorablement été rendu à la vie civile, qu'il n'avait pas connu de problèmes pendant son service actif dans l'armée ni pendant qu'il résidait au Salvador après sa libération, il semble plus logique de croire que le demandeur était recherché par l'armée parce qu'il était réserviste et était tenu de se présenter lorsqu'on l'appelait.

The fact that the female claimant was not contacted by the army while she was in El Salvador, at a time when her husband was allegedly sought by the military, is a further reason that persuades the panel that there is not a reasonable chance that she would be persecuted in El Salvador by the military. She remained in El Salvador for five months after her husband left and was in El Salvador when the telegrams were sent to her husband's grandparents. She was not contacted, even though her address in Santa Tecla was listed in her husband's military records after they were married in March 1988. She left the address only about six weeks before departing from El Salvador in July, 1989.

Further, the panel is not persuaded that the female claimant has a well-founded fear of persecution at the hands of the guerillas. The evidence does not indicate that she was sought by the guerillas. It appears that the guerillas could have found her easily, considering her testimony that people in her neighbourhood knew that she was married to an army officer. Even though she moved to a new home after her marriage, in March 1988, the female claimant was not in hiding and continued to work at her usual place of employment. She testified that she moved to a different neighbourhood for about six weeks, though she did not quit her job.

An additional reason for believing that the female claimant's fear is not well founded is that a peace accord has been signed between the guerilla groups and the government of El Salvador, bringing the civil war to an end. The panel is persuaded that there is no serious possibility that the wife of a former military officer would be persecuted by the guerillas, at a time when the former combatants are collaborating in the peace process.

The documentary evidence indicates that acts of violence continue to occur in El Salvador, though the cease-fire has not been broken and the pacification process continues, albeit at a slower pace than initially planned. At the present time, the documentary evidence leads the panel to believe that the change of circumstances in El Salvador is of substantial political significance and durable.

Considering that the hostilities have ceased between the parties involved in the war, the chance that the female claimant might be persecuted because of her political opinion or because of her family relation with a former army officer, is in the realm of a mere possibility.

For all the above reasons and after considering all the evidence, the panel determines that the female claimant does not have a well-founded fear of persecution by reason of any of the grounds enumerated in the definition of Convention refugee, if she were to return to El Salvador. Therefore, the panel determines that Hilda Lorena Canales de Penate is not a Convention refugee. [Footnotes omitted.]

In the *Moreno* case, the CRDD panel found the principal applicant to be excluded from Convention

Le fait que l'armée ne se soit pas mise en rapport avec la demanderesse alors qu'elle se trouvait au Salvador, à un moment où son mari était censément recherché par l'armée, convainc encore le tribunal qu'elle ne risque pas raisonnablement d'être persécutée au Salvador par celle-ci. Elle est demeurée au Salvador pendant cinq mois après le départ de son mari et s'y trouvait lorsque les télégrammes ont été envoyés aux grands-parents de celui-ci. On n'a pas pris contact avec elle, même si son adresse à Santa Tecla figurait dans les dossiers militaires de son mari après leur mariage en mars 1988. Elle a quitté cette adresse seulement six semaines environ avant son départ du Salvador en juillet 1989.

En outre le tribunal n'est pas persuadé que la demanderesse a raison de craindre d'être persécutée par les guérilleros. La preuve n'indique pas qu'elle était recherchée par ceux-ci. Il appert que les guérilleros auraient pu la trouver facilement, vu son témoignage selon lequel les gens de son quartier savaient qu'elle était mariée à un officier de l'armée. Même si elle a déménagé après son mariage, en mars 1988, la demanderesse ne s'est pas cachée et elle a continué de travailler à son lieu de travail habituel. Elle a témoigné qu'elle avait déménagé dans un autre quartier pour y vivre pendant six semaines environ, et qu'elle n'avait pas pour autant abandonné son travail.

Il y a lieu de croire encore que la demanderesse ne craint pas avec raison d'être persécutée parce qu'un accord de paix a été signé entre la guérilla et le gouvernement salvadorien, mettant fin à la guerre civile. Le tribunal est persuadé qu'il n'est pas sérieusement possible que la femme d'un ancien officier de l'armée soit persécutée par les guérilleros, à un moment où les anciens combattants collaborent à l'application du processus de paix.

Il ressort de la preuve documentaire que des actes de violence continuent d'avoir lieu au Salvador, bien que le cessez-le-feu n'ait pas été violé et que le processus de paix continue, quoique d'une façon plus lente que prévu. La preuve documentaire convainc le tribunal que, actuellement, le changement de circonstances au Salvador est substantiel sur le plan politique et est durable.

Considérant que les hostilités ont cessé entre les parties impliquées dans la guerre, il est simplement possible que la demanderesse soit persécutée du fait de ses opinions politiques ou de son lien matrimonial avec un ancien officier de l'armée.

Par tous ces motifs et après examen de tous les éléments de preuve, le tribunal décide que la demanderesse ne craint pas avec raison d'être persécutée pour l'un quelconque des motifs énumérés dans la définition de réfugié au sens de la Convention, si elle devait retourner au Salvador. Le tribunal statue en conséquence que Hilda Lorena Canales de Penate n'est pas une réfugiée au sens de la Convention. [Renvois omis.]

Dans l'affaire *Moreno*, le tribunal de la SSR a déclaré le principal requérant exclu du statut de réfu-

refugee status on section F of Article I grounds. The panel dismissed the wife's dependent claim assuming that it automatically fell with the dismissal of the claim on which it depended. It is in this context that the comments cited above from *Moreno* were made.

I note first of all that the particular words of the *Moreno* decision relied upon by counsel for the applicant stated only [at page 327] "it may well be that in certain cases the Board will be legally obligated to rule on the refugee claim irrespective of the applicability of the exclusion clause. That possibility arises in the content of spousal and dependent refugee claims" (underlining added). Thus, the requirement to assess the principal applicant's claim is not a general or mandatory one but one which "may arise . . . in certain cases". Secondly, the comments, in the context of the *Moreno* case were *dicta*. The Court of Appeal in that case found that the principal applicant should not have been excluded on section F of Article I grounds. Therefore, there was no need for the Court of Appeal to address its mind to the specific kind of analysis which was necessary by a panel to deal with a dependent claim when the principal applicant was subject to exclusion. Most importantly however, the approach taken by the panel in assessing the wife's claim in this case fully meets the concern expressed by the Court of Appeal in *Moreno*. The wife's claim was assessed independently but by reference to the factual situations which her husband had asserted in his claim. The dependant claim was assessed on its own merits. The circumstances on which the principal claim was based were taken into account in doing so. I do not think the panel committed any error of law in proceeding as it did.

#### Changed Country Conditions—Criteria for Assessment

Counsel for the applicants argues that the panel erred in assessing the significance of changed country conditions on the wife's claim because it did not

gié au sens de la Convention pour le motif prévu à la section F de l'article premier. Le tribunal a rejeté la revendication de la femme, présumant que celle-ci tombait avec le rejet de la revendication dont elle dépendait. C'est dans ce contexte qu'ont été faits les commentaires cités ci-dessus tirés de l'affaire *Moreno*.

Je note tout d'abord que le passage de la décision *Moreno* invoqué par l'avocate du requérant disait seulement [à la page 327] «il se peut fort bien que, dans certains cas, la Commission soit légalement tenue de se prononcer sur la revendication du statut de réfugié, sans tenir compte de l'applicabilité de la disposition d'exclusion. Cette possibilité survient dans le contexte des revendications de statut de réfugié d'un conjoint ou d'une personne à charge» (c'est moi qui souligne). Ainsi donc, l'obligation d'examiner la revendication du principal requérant n'est pas une obligation générale ou impérative, mais une obligation qui «peut survenir . . . dans certains cas». En deuxième lieu, les commentaires faits dans le contexte de la décision *Moreno* étaient des opinions incidentes. La Cour d'appel a conclu dans cette affaire que le principal requérant n'aurait pas dû être exclu pour les motifs énoncés à la section F de l'article premier. La Cour d'appel n'avait donc pas à effectuer l'analyse nécessaire à un tribunal pour se prononcer sur une revendication accessoire lorsque le principal requérant est sujet à exclusion. Chose plus importante encore, l'approche adoptée par le tribunal pour examiner la revendication de l'épouse en l'espèce correspond entièrement à la préoccupation exprimée par la Cour d'appel dans l'affaire *Moreno*. Le tribunal a examiné la revendication de la femme séparément, mais en tenant compte des situations factuelles dont le mari avait fait état dans sa revendication. Il a examiné le bien-fondé de la revendication accessoire. Pour ce faire, il a pris en considération les circonstances sur lesquelles reposait la principale revendication. Je ne pense pas que le tribunal ait commis une erreur de droit en agissant de la sorte.

#### Changement de conditions au pays d'origine—Critère d'examen

L'avocate des requérants soutient que le tribunal a eu tort d'évaluer l'importance du changement de conditions au pays d'origine à l'égard de la revendication

adopt and address the criteria set out by Professor Hathaway in his text *The Law of Refugee Status* (1991), at pages 200-203. Counsel for the applicants referred to the recent decision of Mr. Justice Nadon in *Mahmoud v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (not yet reported, A-237-92, October 26, 1993, F.C.T.D.) as support for the proposition that this should have been done.

Counsel for the respondent, on the other hand, argued that this Court, both the Appeal and Trial Divisions, have consistently held that the Hathaway criteria are not limiting with respect to the assessment of changed country conditions in the context of a claim for refugee status.

I think it is important to review the jurisprudence and the legislative context to which it relates because I think the conflict which is alleged to exist between the various decisions of this Court is more an apparent one than real. I first of all note the two separate procedures respecting refugee status which exist in the *Immigration Act*: (1) the granting of Convention refugee status to someone, by the Immigration and Refugee Board, on application by that individual and with respect to which the individual has the burden of proof; (2) the removal of status from someone, by the Board, upon application by the Minister and with respect to what the Minister bears the burden of proof. The latter is provided for in section 69.2 [as enacted *idem*, s. 18; 1992, c. 49, s. 61 (E)] of the Act. It would seem that except in cases of fraud or misrepresentation, the rescinding of status pursuant to the section 69.2 procedure is rarely used.

In addition to the two procedures mentioned, subsection 2(2) [as am. *idem*, s. 1] of the Act provides:

2. . . .

(2) A person ceases to be a Convention refugee when

(a) the person voluntarily reavails himself of the protection of the country of the person's nationality;

(b) the person voluntarily reacquires his nationality;

(c) the person acquires a new nationality and enjoys the protection of the country of that new nationality;

(d) the person voluntarily re-establishes himself in the country that the person left, or outside of which the person remained, by reason of fear of persecution; or

de l'épouse, parce qu'il n'a ni adopté ni abordé les critères énoncés par le professeur Hathaway dans son ouvrage *The Law of Refugee Status* (1991), aux pages 200 à 203. Pour prouver qu'il aurait dû le faire, l'avocate des requérants a cité la décision récemment rendue par le juge Nadon dans l'affaire *Mahmoud c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (encore inédit, A-237-92, 26 octobre 1993, C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

Par contre, l'avocate de l'intimé soutient que cette Cour, tant la Section d'appel que la Section de première instance, a uniformément statué que les critères énoncés par Hathaway n'étaient pas limitatifs à l'égard de l'évaluation du changement de conditions au pays d'origine dans le contexte d'une revendication du statut de réfugié.

J'estime qu'il importe d'examiner la jurisprudence et le contexte législatif auquel celle-ci se rapporte parce que, à mon avis, les incompatibilités que l'on voit entre les diverses décisions de cette Cour sont plus apparentes que réelles. Je note tout d'abord les deux procédures distinctes concernant le statut de réfugié prévues dans la *Loi sur l'immigration*: 1) la Commission de l'immigration et du statut de réfugié confère le statut de réfugié au sens de la Convention à une personne qui en fait la demande et, à cet égard, le demandeur de statut a le fardeau de la preuve; 2) la Commission révoque le statut de quelqu'un lorsque le ministre le demande, et le fardeau de la preuve à cet égard incombe au ministre. Cet aspect est prévu à l'article 69.2 [édicte, *idem*, art. 18] de la Loi. Il semblerait que, sauf dans des cas de fraude ou de fausse indication, on recourt rarement à la procédure de révocation de statut prévue à l'article 69.2.

À part les deux procédures mentionnées, le paragraphe 2(2) [mod., *idem*, art. 1] de la Loi prévoit:

2. . . .

2) Une personne perd le statut de réfugié au sens de la Convention dans les cas où:

a) elle se réclame de nouveau et volontairement de la protection du pays dont elle a la nationalité;

b) elle recouvre volontairement sa nationalité;

c) elle acquiert une nouvelle nationalité et jouit de la protection du pays de sa nouvelle nationalité;

d) elle retourne volontairement s'établir dans le pays qu'elle a quitté ou hors duquel elle est demeurée de crainte d'être persécutée;

(e) the reasons for the person's fear of persecution in the country that the person left, or outside of which the person remained, cease to exist.

This is reflective of the provision of section C of Article 1 of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, [1969] Can. T.S. No. 6, entered into force April 22, 1954.

The relevant portions of Professor Hathaway's text which are so often quoted in this Court and which seem to be causing so much trouble read in part (pages 199-203):

The clause [Article 1(C) of the Convention] was intended to allow a state to divest itself of the protection "burden" when the government of the home country is judged to have become an appropriate guardian of the rights of its involuntary expatriates:

The drafters' focus on reversion to democracy highlights the magnitude of change which should exist before the consideration of cessation is warranted. First, the change must be of substantial political significance, in the sense that the power structure under which persecution was deemed a real possibility no longer exists. . . .

Second there must be reason to believe that the substantial political change is truly effective. . . it ought not to be assumed that formal change will necessarily be immediately effective:

Third, the change of circumstances must be shown to be  durable. Cessation is not a decision to be taken lightly on the basis of transitory shifts in the political landscape, but should rather be reserved for situations in which there is reason to believe that the positive conversion of the power structure is likely to last. [Underlining added; footnotes omitted.]

Thus, the criteria which Professor Hathaway describes are framed by reference to the cessation of status, that is to the revoking of status after it has been granted and with respect to which, as has been noted, the Minister and not the individual has the burden of proof. In my view, in the context of the initial determination as to whether or not status will be granted, the question is a different one. The question is not what type of changed country conditions are necessary to justify the revoking of status. The question is whether the particular changed circumstances are relevant to the applicant's claim and how they relate thereto.

e) les raisons qui lui faisaient craindre d'être persécutée dans le pays qu'elle a quitté ou hors duquel elle est demeurée ont cessé d'exister.

On retrouve ces éléments dans la section C de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, [1969] R.T. Can. n° 6, en vigueur le 22 avril 1954.

Les parties applicables de l'ouvrage du professeur Hathaway qui sont si souvent citées par cette Cour et qui semblent causer beaucoup de difficultés se lisent notamment (pages 199 à 203):

[TRADUCTION] La disposition [section C de l'article premier] visait à permettre à un État de se défaire du «fardeau» de la protection lorsque le gouvernement du pays d'origine est jugé être devenu le gardien compétent des droits de ses expatriés involontaires.

Le fait que les rédacteurs insistent sur le retour à la démocratie souligne l'ampleur du changement qui devrait exister avant qu'on examine s'il y a lieu de décider de la perte de statut. Tout d'abord, le changement doit être d'une importance politique substantielle, c'est-à-dire que la structure du pouvoir dans laquelle la persécution était réputée être une possibilité réelle n'existe plus . . .

En deuxième lieu, il doit y avoir lieu de croire que le changement politique substantiel est vraiment efficace . . . on ne devrait pas présumer qu'un changement officiel sera nécessairement d'une efficacité immédiate:

En troisième lieu, on doit prouver que le changement de circonstances est durable. Le retrait du statut de réfugié n'est pas une décision à prendre à la légère sur la base des changements transitoires dans le paysage politique, mais on devrait la réserver à des cas où il y a lieu de croire qu'il est probable que la transformation positive de la structure du pouvoir durera. [C'est moi qui souligne; renvois omis.]

Ainsi donc, les critères dont parle le professeur Hathaway s'inscrivent dans le cadre de la perte de statut, c'est-à-dire le retrait de ce statut après qu'il a été octroyé. À cet égard, le ministre et non l'intéressé a le fardeau de la preuve, ainsi qu'il a été noté. À mon avis, lorsqu'il s'agit de décider initialement s'il y a lieu d'octroyer le statut, la question n'est plus la même. La question qui se pose alors n'est pas de savoir quel type de changement de conditions au pays d'origine s'impose pour justifier le retrait du statut. La question est de savoir si et comment le changement de circonstances particulier se rapporte à la revendication du requérant.



It seems to me that if one says that evidence of changed country conditions cannot be taken into account unless the criteria set out in Professor Hathaway's book are met, then one is requiring the panel to first determine whether status would have been granted in the absence of changed conditions, had that determination been made at an earlier time, before circumstances changed, and then to determine whether there has nevertheless been a cessation of that status because of the changed circumstances. I do not think the CRDD panels need to engage in that type of conceptual analysis. I think it is sufficient for them to weigh the evidence of changed country conditions in the balance with all the other evidence before them in assessing an applicant's claim. As I have noted, I think the difference which it is alleged to exist between the decisions of the members of this Court is more apparent than real. For example, when a panel is weighing changed country conditions together with all the evidence in an applicant's case, factors such as durability, effectiveness and substantiality are still relevant. The more durable the changes are demonstrated to be, the heavier they will weigh against granting the applicant's claim. In addition, if a panel has in fact made a determination that status would have existed but for changed circumstances (that is, if it has voluntarily adopted that type of conceptual analysis) then a more rigorous assessment of the changed conditions following the criteria set out by Professor Hathaway will likely be appropriate. For the sake of clarity in this regard, I do think I should correct one misapprehension that exists in the reasons for judgment in *Mahmoud v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (*supra*). Reference is made in that decision to the decision in *Villalta v. Canada (Solicitor General)* (not yet reported, A-1091-92, October 8, 1993, F.C.T.D.). The decision of the CRDD panel which was under review in *Villalta* is described in *Mahmoud* as having been one which rejected the applicant's claim primarily because the country conditions had changed in El Salvador. That is not an entirely accurate description of that panel's decision. In the *Villalta* case, the panel's decision was equally based, as described in the *Villalta* reasons, on the finding that "even under the earlier conditions the applicant had really not been of great interest to the military". That is, the

À mon avis, si on prétend que la preuve du changement de conditions au pays d'origine ne peut entrer en ligne de compte avant que les critères énoncés par le professeur Hathaway dans son ouvrage n'aient été respectés, on demande alors au tribunal de déterminer tout d'abord si le statut aurait été octroyé en l'absence du changement de conditions, à supposer que cette détermination ait été faite avant le changement de circonstances, puis de déterminer s'il y a néanmoins eu perte de statut en raison de ce changement. Je ne pense pas que les tribunaux de la SSR doivent se livrer à ce type d'analyse conceptuelle. À mon avis, il leur suffit, pour examiner la revendication du requérant, d'apprécier la preuve du changement de conditions au pays d'origine avec tous les autres éléments de preuve dont ils disposent. Ainsi que je l'ai noté, l'incompatibilité que l'on voit entre les décisions des membres de cette Cour est plus apparente que réelle. Par exemple, lorsqu'un tribunal met en balance le changement de conditions au pays et tous les éléments de preuve concernant le cas du requérant, le caractère durable, effectif et réel est toujours pertinent. Plus le changement est durable selon la preuve, plus il joue en défaveur du requérant. En outre, si un tribunal a en fait décidé qu'il y aurait eu lieu d'octroyer le statut n'eût été le changement de circonstances (c'est-à-dire s'il a volontairement adopté ce type d'analyse conceptuelle), il convient probablement d'apprécier de façon plus rigoureuse le changement de conditions selon les critères énoncés par le professeur Hathaway. Par souci de clarté à cet égard, je crois que je dois corriger une erreur qui existe dans les motifs de jugement prononcés dans l'affaire *Mahmoud c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (précitée). Il y est fait mention de la décision *Villalta c. Canada (Solliciteur général)* (encore inédit, A-1091-92, 8 octobre 1993, C.F. 1<sup>re</sup> inst.). L'arrêt *Mahmoud* considère que la décision du tribunal de la SSR qui faisait l'objet du contrôle judiciaire dans l'arrêt *Villalta* avait rejeté la revendication du requérant principalement parce que la situation avait changé au Salvador. Il ne s'agit pas là d'une description entièrement exacte de la décision du tribunal. Dans l'affaire *Villalta*, la décision du tribunal reposait également, comme l'ont précisé les motifs de cette affaire, sur la conclusion que «dans les conditions antérieures, le requérant n'avait pas réellement

panel in *Villalta* took the evidence of the changed circumstances into account as one factor among many in weighing all the evidence before it.

I turn then to the jurisprudence. The starting point, in my view, seems to be *Mileva v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 3 F.C. 398 (C.A.). That decision dealt with whether a credible basis hearing panel could consider changed country conditions in deciding whether to refer the claim forward to the Refugee Division. The applicant was from Bulgaria and conditions in that country had changed between the date of her arrival in Canada and the date of the hearing. The Court held that the panel was entitled to consider such evidence and set down criteria which it should apply in assessing that evidence. That aspect of the decision is no longer relevant since there is no longer a two-stage procedure and, in any event, the present application does not relate to a credible basis hearing. Mr. Justice Pratte however, in considering the role of the panel, also considered the role of the Refugee Division itself. He wrote, at page 402:

The Refugee Division must accordingly take note of evidence relating to past or present facts affecting the claimant, his family and country of origin. Such evidence must be weighed by the Refugee Division in the same way as any other tribunal would do, taking into account its credibility and evidentiary force, and deciding what facts are established by that evidence. The Refugee Division must then decide whether the facts so proven are such that it can conclude that the claimant really runs the risk of being persecuted for reasons mentioned in the Convention if he returns to his country.

Madam Justice Desjardins wrote, at pages 417-418:

Subsection 46(3) of the *Immigration Act*, is written in general terms. The political changes in the country of origin are, in my opinion, one of the essential components of the definition of the term "Convention refugee" found in paragraph (b) of that definition, which incorporates by adoption subsection 2(2) of the Act. Before the first instance tribunal the claimant, who certainly is not unaware himself of changes taking place in his country of origin, has the burden of showing, if there is evidence to the contrary, but even if there is not, that the reasons which caused him to fear persecution have not ceased to exist.

été d'un grand intérêt pour l'armée», c'est-à-dire que le tribunal dans l'affaire *Villalta* a tenu compte du changement de circonstances comme un facteur parmi tant d'autres pour peser tous les éléments de preuve dont il disposait.

J'aborde maintenant la jurisprudence. J'estime qu'il convient d'examiner en premier lieu la décision *Mileva c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 3 C.F. 398 (C.A.). Cette décision porte sur la question de savoir si un tribunal chargé d'établir l'existence du minimum de fondement d'une revendication pouvait tenir compte du changement de conditions pour décider s'il y avait lieu de déferer la revendication à la section du statut de réfugié. La requérante venait de Bulgarie et, entre la date de son arrivée au Canada et celle de l'audience, la situation dans ce pays avait changé. La Cour a statué que le tribunal était en droit de tenir compte de cette preuve et elle a établi les critères qu'il devait appliquer pour examiner celle-ci. Cet aspect de la décision n'est plus pertinent puisqu'il n'existe plus de procédure à deux stades, et que, en tout état de cause, la présente demande ne se rapporte pas à une audience en matière de minimum de fondement. Toutefois, le juge Pratte, en examinant le rôle du tribunal, a aussi étudié celui de la section du statut elle-même. Il s'est prononcé en ces termes à la page 402:

La section du statut doit donc prendre connaissance de preuves relatives à des faits passés ou présents qui concernent le revendicateur, sa famille et son pays d'origine. Ces preuves, la section du statut doit les apprécier comme le ferait n'importe quel autre tribunal, en tenant compte de leur crédibilité et de leur force probante, et décider quels sont les faits que ces preuves établissent. La section du statut doit ensuite juger si les faits ainsi prouvés sont tels qu'ils permettent de conclure que le revendicateur courrait vraiment le risque d'être persécuté pour des motifs prévus à la Convention s'il devait retourner dans son pays.

Madame le juge Desjardins a tenu les propos suivants aux pages 417 et 418:

Le paragraphe 46(3) de la *Loi sur l'immigration* est rédigé en termes généraux. Les changements politiques dans le pays d'origine constituent, selon moi, un des éléments essentiels de la définition du terme «réfugié au sens de la Convention» que l'on retrouve à l'alinéa b) de cette définition, lequel incorpore, par voie d'adoption, le paragraphe 2(2) de la Loi. Devant le tribunal d'accès, le revendicateur, qui n'ignore certainement pas lui-même les changements survenus dans son pays d'origine, a la charge de démontrer, devant une preuve contraire mais également sans cette preuve contraire, que les raisons qui

He may also at this stage rely on subsection 2(3) [as am. *idem*, s. 1] of the Act, which provides:

2. . . .

(3) A person does not cease to be a Convention refugee by virtue of paragraph (2)(e) if the person establishes that there are compelling reasons arising out of any previous persecution for refusing to avail himself of the protection of the country that the person left, or outside of which the person remained, by reason of fear of persecution.

In short, the claimant must always establish that his fear is justified. [Underlining added; footnotes omitted.]

In *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Paszkowska* (1991), 13 Imm. L. R. (2d) 262, the Court of Appeal reiterated that both the credible basis hearing panel and the Refugee Division had an obligation to evaluate the evidence of conditions in the country of origin of a claimant as of the date of their respective hearings.

In *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Obstoj*, [1992] 2 F.C. 739 (C.A.), the issue related primarily to subsection 2(3) [as am. *idem*] of the *Immigration Act* and whether the factors described therein could be considered by a credible basis hearing panel. With respect to changed country conditions, the decision goes no further than to state that changed country conditions are matters to be considered in determining an application for Convention refugee status.

In *Boateng v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 64 F.T.R. 197 (F.C.T.D.), Mr. Justice Noël overturned a decision of the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board because the Board had referred to changes in the applicant's country of origin but appeared not to have made any evaluation of them (page 198):

In my view, when one says that "change" in circumstances is an important consideration, one is not speaking of any change. The Board must not be content in simply noting that changes have taken place, but must assess the impact of these changes on the person of the applicant.

The Federal Court of Appeal decision in *Mileva* was relied upon.

lui faisaient craindre d'être persécuté n'ont pas cessé d'exister. Il peut également à ce stade se prévaloir du paragraphe 2(3) [mod., *idem*, art. 1] de la Loi qui stipule:

2. . . .

(3) Une personne ne perd pas le statut de réfugié pour le motif visé à l'alinéa (2)e si elle établit qu'il existe des raisons impérieuses tenant à des persécutions antérieures de refuser de se réclamer de la protection du pays qu'elle a quitté ou hors duquel elle est demeurée de crainte d'être persécutée.

Bref, le revendicateur doit toujours démontrer le bien-fondé de sa crainte. [C'est moi qui souligne; renvois omis.]

Dans l'affaire *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Paszkowska* (1991), 13 Imm. L. R. (2d) 262, la Cour d'appel a répété que tant le tribunal chargé d'établir l'existence du minimum de fondement de la revendication que la section du statut étaient tenus d'apprécier la preuve de la situation au pays d'origine d'un demandeur à compter de la date de leurs audiences respectives.

Dans l'affaire *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Obstoj*, [1992] 2 C.F. 739 (C.A.), le point litigieux se rapportait principalement au paragraphe 2(3) [mod., *idem*] de la *Loi sur l'immigration* et consistait à savoir si le tribunal chargé d'établir l'existence du minimum de fondement de la revendication pouvait tenir compte des facteurs décrits dans le paragraphe en question. Pour ce qui est du changement de conditions au pays d'origine, la décision dit simplement que le changement de conditions est une question à examiner pour trancher une demande de statut de réfugié au sens de la Convention.

Dans l'affaire *Boateng c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 64 F.T.R. 197 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Noël a infirmé une décision de la section du statut de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié parce que celle-ci avait fait mention des changements survenus dans le pays d'origine du requérant mais ne semblait pas les avoir appréciés (page 198):

À mon avis, lorsqu'on dit que le «changement» de la situation est une considération importante, on ne parle pas de n'importe quel changement. La Commission ne doit pas se contenter de simplement noter que des changements ont eu lieu, mais elle doit évaluer les répercussions de ces changements sur la personne du requérant.

Cette décision s'est appuyée sur l'arrêt *Mileva* de la Cour d'appel fédérale.

A similar approach was taken by Mr. Justice McKeown in *Boateng et al. v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 65 F.T.R. 81 (F.C.T.D.) (page 82):

The second ground relied on by the Refugee Division is that the conditions in Ghana have changed even if the applicant's testimony was credible. Again there was contradictory evidence on the extent to which the government has encouraged a multi-party system and democratic government. The panel decided that the weight of the documentary evidence provides a clear indication of an improving human rights situation in Ghana. The applicant's counsel says this is not the proper test and referred to various academic writings in the area which suggest fundamental and significant changes of proven durability must be shown. However, I adopt the reasoning of Pratte, J.A. in *Mileva v. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1991] 3 F.C. 398; 129 N.R. 262; 81 D.L.R. (4th) 244, at p. 404.

This approach was also taken by Mr. Justice MacKay in *Nkrumah v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1993), 20 Imm. L. R. (2d) 246 (F.C.T.D.).

The Court of Appeal then dealt with *Ahmed v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 156 N.R. 221 (F.C.A.) and *Cuadra v. Canada (Solicitor General)* (1993), 157 N.R. 390 (F.C.A.). In the *Ahmed* case, the Court held that the Immigration and Refugee Board's decision did not contain enough detail and explanation to allow the Court to be satisfied that the inferences the Board had drawn from the facts were proper. This related to findings respecting both the existence of an internal flight alternative and changed country conditions. With respect to the latter the Court said, at page 224:

Similarly, the mere fact that there has been a change of government is clearly not in itself sufficient to meet the requirements of a change of circumstances which have rendered the genuine fear of a claimant unreasonable and hence without foundation. . . .

. . . the mere declarations of the new four-month old government that it favoured the establishment of law and order can hardly be seen, when the root of the appellant's fear and the past record of the new government with respect to human rights violations are considered, as a clear indication of the meaningful and effective change which is required to expunge the objective foundation of the appellant's claim. But, in any

Le juge McKeown a adopté le même point de vue dans l'arrêt *Boateng et autre c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 65 F.T.R. 81 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (page 82):

<sup>a</sup> La Section du statut de réfugié s'est fondée en second lieu sur le fait que la situation au Ghana a changé, même à supposer que le témoignage de la requérante soit crédible. Là encore, la preuve est contradictoire quant à la mesure dans laquelle le gouvernement ghanéen a encouragé l'établissement du multipartisme et de la démocratie. De l'avis du tribunal, la prépondérance de la preuve documentaire démontre clairement une amélioration en ce qui concerne le respect des droits de la personne au Ghana. L'avocat de la requérante prétend que ce n'est pas là le critère qu'il convient d'appliquer et s'est référé à plusieurs écrits doctrinaux dans ce domaine d'où ressort la nécessité de prouver l'existence de changements fondamentaux et importants d'une durabilité établie. J'adopte toutefois le raisonnement du juge Pratte dans l'arrêt *Mileva c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1991] 3 C.F. 398; 129 N.R. 262; 81 D.L.R. (4th) 244, à la p. 404.

<sup>d</sup> Le juge MacKay a également fait sienne cette approche dans l'affaire *Nkrumah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1993), 20 Imm. L. R. (2d) 246 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>e</sup> La Cour d'appel a ensuite statué sur les affaires *Ahmed c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 156 N.R. 221 (C.A.F.) et *Cuadra c. Canada (Solliciteur général)* (1993), 157 N.R. 390 (C.A.F.). Dans l'affaire *Ahmed*, la Cour a conclu que la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié ne contenait pas suffisamment de détails et d'explications pour permettre à la Cour d'être convaincue que les conclusions tirées par la Commission à partir des faits étaient appropriées. Il s'agissait de conclusions relatives à la fois à l'existence d'une possibilité de refuge dans une autre partie du même pays et à celle du changement de conditions au pays. Pour ce qui est de ce changement, la Cour a déclaré, à la page 224:

<sup>h</sup> De même, le simple fait qu'il y a eu un changement de gouvernement ne suffit manifestement pas pour satisfaire à la condition d'un changement dans les circonstances à la suite duquel la crainte authentique devient déraisonnable et, partant, dénuée de fondement . . .

<sup>i</sup> . . . les simples déclarations du gouvernement mis en place il y a quatre mois, selon lesquelles il était en faveur de la loi et de l'ordre ne peuvent être considérées comme une indication sans équivoque du changement réel et effectif qui est nécessaire pour éliminer le fondement objectif de la crainte de l'appelant, si l'on tient compte de l'origine de cette crainte et des antécédents de ce gouvernement pour ce qui est de la violation des

event, even if the conclusions of the tribunal were correct, we do not accept that they can be advanced without more explanation to establish that the appropriate legal principles were applied. The applicant's claim was not properly dealt with and the decision cannot be allowed to stand.

The *Cuadra* case also dealt with a board decision which the Court found lacked sufficient explanation (pages 391-392):

The panel held that while the appellant had a subjective fear of persecution, the claim was not objectively well-founded. The principal consideration relating to the objective basis for the claim was the change of circumstances in Nicaragua and, in particular, the election of Chamorro [*sic*]. The panel pondered whether the continued presence of Ortega as chief of the military constituted a threat to former Contras which was knowingly tolerated by the new government. It found that, according to the documentary evidence, the Chamorro government was moving cautiously. However, this did not mean that the oppressive Sandinista regime remained. The panel conceded that the appellant received harsh treatment by his captors in July of 1990 and that the Sandinistas continued to play a role in the military and politics of Nicaragua. However, the Chamorro [*sic*] government had taken positive steps to reduce the influence of the Sandinistas. In the result, the claim lacked an objective basis.

We have come to the conclusion that this decision of the Board cannot be allowed to stand. It contains too many conflicting conclusions to be satisfactory. The Tribunal, as mentioned above, found that the appellant was perfectly credible, so it accepted without any reservation that he was captured and mistreated by soldiers because of his prior involvement with the Contras. It simply reasoned that this did not provide a basis for a refugee claim as the "claimant was a hapless victim of overzealousness by military forces". Surely more detailed commentary was required. Could the Chamorro government put a curb on this "overzealousness" given that Sandinista control of the military remained? Moreover, after affirming that the Sandinistas continued to play a role in the military and political scheme in Nicaragua, the tribunal found that a change in circumstances undermined the claim on the basis that "the documentary evidence points to positive steps taken and progress made towards that objective [of diminishing the influence of the Sandinistas]". Again, a more detailed analysis of the conflicting evidence in respect of a change in circumstances was necessary to meet the requirement that the change be meaningful and effective enough to render the genuine fear of the appellant unreasonable and hence without foundation. (See to the same effect: *Ahmed v. M.E.I.* (1993), 156 N.R. 221 (F.C.A.))

droits de la personne. Mais, quoi qu'il en soit, à supposer même que les conclusions du tribunal soient correctes, nous n'acceptons pas qu'elles puissent être invoquées sans autre explication pour établir que les principes juridiques en jeu ont été appliqués. La revendication du demandeur n'a pas été convenablement instruite, et la décision du tribunal ne saurait être confirmée.

L'affaire *Cuadra* porte également sur une décision de la Commission, décision dont la Cour a trouvé qu'elle ne contenait pas suffisamment d'explications (pages 391 et 392):

Le tribunal décida que si l'appelant avait une crainte subjective de persécution, cette crainte n'était pas objectivement fondée. Le principal facteur de la conclusion sur le fondement objectif de la revendication était le changement dans la situation au Nicaragua et, en particulier, l'élection de Chamorro. Le tribunal s'est demandé si le maintien d'Ortega à la tête de l'armée constituait une menace pour les anciens Contras, menace qu'aurait sciemment tolérée le gouvernement. Il conclut, à la lumière de preuves documentaires, que le gouvernement Chamorro agissait avec prudence, ce qui ne signifiait pas que le régime oppressif des Sandinistas restait en place. Le tribunal reconnut que l'appelant avait été brutalisé par ses geôliers en juillet 1990 et que les Sandinistas continuaient à jouer un rôle dans l'armée et dans la vie politique du Nicaragua. Cependant, le gouvernement Chamorro avait pris des mesures concrètes pour diminuer leur influence. Il s'ensuit que la revendication était dénuée de fondement objectif.

Nous concluons que cette décision de la Commission ne saurait être confirmée. Elle renferme trop de conclusions contradictoires pour être acceptable. Comme noté *supra*, le tribunal a trouvé l'appelant parfaitement crédible; il a donc ajouté foi sans réserve à son témoignage selon lequel il avait été capturé et brutalisé par des soldats à cause de son appartenance antérieure aux Contras. Le tribunal s'est contenté de dire que cet état de choses ne constituait pas un fondement pour la revendication du statut de réfugié du fait que [TRADUCTION] «le demandeur était une victime malheureuse du zèle excessif des forces militaires». Nul doute que des explications plus détaillées étaient nécessaires. Le gouvernement Chamorro pourrait-il mettre un frein à ce «zèle excessif» alors que les Sandinistas gardaient le contrôle de l'armée? Qui plus est, après avoir affirmé que les Sandinistas continuaient à jouer un rôle dans l'armée et la vie politique du Nicaragua, le tribunal a conclu qu'un changement dans les circonstances affaiblissait la revendication par ce motif que [TRADUCTION] «il ressort des preuves documentaires que des mesures concrètes ont été prises et des progrès réalisés dans ce sens [la diminution de l'influence des Sandinistas]». Là encore, une analyse plus détaillée des preuves contradictoires au sujet d'un changement dans les circonstances était nécessaire pour satisfaire à la condition que le changement soit suffisamment réel et effectif pour faire de la crainte authentique de l'appelant une crainte déraisonnable et, partant, non fondée. Voir la conclusion dans le même sens de *Ahmed c. M.E.I.* (1993), 156 N.R. 221 (C.A.F.)

I do not read Mr. Justice Marceau's comments in *Cuadra* as a departure from the method of analysis which was set out by the Court of Appeal in *Mileva*. It seems to me they are merely an application of the principle established in that case, in the context of a case where the Board appears to have determined that in the absence of changed country conditions the individual in question would have been determined to be a Convention refugee.

In *Tawfik v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (not yet reported, 93-A-311, August 23, 1993, F.C.T.D.), Mr. Justice MacKay followed Mr. Justice McKeown's decision in *Boateng* in declining to adopt the criteria set out in the Hathaway text and adopting instead the *Mileva* approach. These decisions were followed by the decisions in *Villalta v. Canada (Solicitor General)* (*supra*) and *Mahmoud v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (*supra*) which have been referred to above.

In summary, I do not think the panel erred in the approach it took. It weighed the evidence of changed country conditions as one aspect of the relevant evidence. It weighed that evidence together with all the other evidence concerning the wife's claim and reached its conclusion.

### Conclusion

For the reasons given this appeal will be dismissed.

### Question for Certification?

I was asked to certify the following question:

In relation to the principle that an individual's complicity in international crimes committed by his/her organisation can be more likely inferred if the individual holds a position of importance or leadership in that organisation,

What are the principle(s) to be applied in determining the level at which an individual has to be within an organisation for criminal responsibility to be imported, in the absence of actual active or passive participation in persecutorial acts which may amount to international crimes.

I am not convinced that this is the type of question which should be certified. It is too open-ended and

Je n'interprète pas les commentaires faits par le juge Marceau dans l'affaire *Cuadra* comme dérogeant à la méthode d'analyse établie par la Cour d'appel dans l'affaire *Mileva*. À mon avis, ils constituent simplement une application du principe établi dans cette affaire, dans le contexte d'une affaire où la Commission semble avoir décidé que, en l'absence de changement de conditions au pays d'origine, l'intéressé aurait été jugé être un réfugié au sens de la Convention.

Dans l'arrêt *Tawfik c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (encore inédit, 93-A-311, 23 août 1993, C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge MacKay a suivi la décision rendue par le juge McKeown dans l'affaire *Boateng* en refusant d'adopter les critères énoncés par Hathaway dans son ouvrage et en suivant à la place l'approche de l'affaire *Mileva*. Ces décisions ont été suivies par les arrêts *Villalta c. Canada (Solliciteur général)* (précité) et *Mahmoud c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (précité).

En bref, je ne pense pas que le tribunal ait commis une erreur dans l'approche qu'elle a suivie. Il a apprécié la preuve du changement de conditions au pays d'origine comme un aspect de la preuve pertinente. Il a mis en balance cette preuve et tous les autres éléments de preuve concernant la revendication de la femme, et il a tiré sa conclusion.

### Conclusion

Pour les motifs invoqués, le présent appel sera rejeté.

### Question à certifier?

On m'a demandé de certifier la question suivante:

[TRADUCTION] Pour ce qui est du principe voulant qu'on puisse davantage conclure à la complicité d'une personne dans les crimes internationaux commis par l'organisation dont elle est membre si cette personne y occupe un poste d'importance ou de direction,

Quel(s) principe(s) doit-on appliquer pour déterminer le niveau auquel une personne doit se trouver dans une organisation pour qu'il y ait lieu à responsabilité pénale en l'absence de sa participation active ou passive à la perpétration d'actes de persécution pouvant s'assimiler à des crimes internationaux.

Je ne suis pas convaincue que ce soit là le type de question qui devrait être certifié. Cette question est

asks the Court of Appeal to establish criteria without reference to a specific factual underpinning. I therefore decline to certify the question.

d'une portée trop générale et demande que la Cour établisse des critères sans se référer à un fondement factuel particulier. Je refuse donc de la certifier.

T-1504-92

Secretary of State for External Affairs and  
Minister of Employment and Immigration  
(Applicants)

v.

Jawahar Menghani and Canadian Human Rights  
Commission (Respondents)

*INDEXED AS: CANADA (SECRETARY OF STATE FOR EXTERNAL  
AFFAIRS) v. MENGHANI (T.D.)*

Trial Division, MacKay J.—Edmonton, March 3;  
Ottawa, November 19, 1993.

*Human rights — Application for judicial review of Human  
Rights Tribunal decision respondent discriminated against on  
ground of national origin contrary to Canadian Human Rights  
Act, s. 5 — Respondent supporting brother while student, offer-  
ing employment in family business under immigration program —  
Immigration officer refusing brother's application for perma-  
nent residence as no satisfactory proof of family relation-  
ship — Respondent "victim" of discrimination under Act —  
Tribunal correct in determining complaint within jurisdiction  
under Act — Judicial review not alternative to process under  
Act — Decision not based on erroneous finding of fact.*

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Perma-  
nent residents — Respondent's brother seeking permanent resi-  
dence under family business job offer program — Human  
Rights Tribunal exceeding jurisdiction in ordering permanent  
residency although finding respondent, sponsor, "victim" of  
discrimination under Canadian Human Rights Act.*

This was an application for judicial review of a Human Rights Tribunal's decision that the respondent had been discriminated against on the ground of his national origin contrary to section 5 of the *Canadian Human Rights Act* (CHRA). The respondent, a Canadian citizen, was operating a family business in which his brother, who came to Canada from India as a visitor in 1973, was involved on a part-time basis under an immigration program to permit landing as a permanent resident of a family member who would work in the family business. When the brother decided to apply for permanent residence, the visa officer who interviewed him at the Canadian Consulate General in New York refused his application because he was not satisfied that the documents sent to him were acceptable as proof of family relationship. By the time other documents provided to the immigration officer were accepted as satisfactory evidence of that relationship and the application for permanent residence was finally approved, the

T-1504-92

Secrétaire d'État aux Affaires extérieures et  
ministre de l'Emploi et de l'Immigration  
(requérants)

c.

Jawahar Menghani et Commission canadienne des  
droits de la personne (intimés)

*RÉPERTORIÉ: CANADA (SECÉTAIRE D'ÉTAT AUX AFFAIRES  
EXTÉRIEURES) c. MENGHANI (1<sup>re</sup> INST.)*

Section de première instance, juge MacKay—  
Edmonton, 3 mars; Ottawa, 19 novembre 1993.

*Droits de la personne — Demande de contrôle judiciaire  
visant une décision du Tribunal des droits de la personne con-  
cluant à un acte de discrimination à l'encontre de l'intimé en  
raison de son origine nationale, contrairement à l'art. 5 de la  
Loi canadienne sur les droits de la personne — L'intimé a  
entretenu son frère étudiant et lui a offert un emploi dans l'en-  
treprise familiale dans le cadre d'un programme d'immigra-  
tion — L'agent d'immigration a rejeté la demande de rési-  
dence permanente du frère faute de preuve satisfaisante d'un  
lien familial — L'intimé a été «victime», selon la loi, d'un acte  
de discrimination — C'est à juste titre que le Tribunal a conclu  
à sa compétence, aux termes de la Loi, à l'égard de la plainte  
— Le contrôle judiciaire ne doit pas servir à remplacer la pro-  
cédure prévue par la Loi — La décision du Tribunal ne décou-  
lait pas d'une conclusion de fait erronée.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Rési-  
dents permanents — Le frère de l'intimé a demandé la rési-  
dence permanente dans le cadre du programme d'offres d'em-  
ploi dans une entreprise familiale — Le Tribunal des droits de  
la personne a outrepassé sa compétence en ordonnant l'octroi  
de la résidence permanente bien qu'il ait conclu que l'intimé,  
en qualité de répondant, a été «victime» d'un acte de discrimi-  
nation selon la Loi canadienne sur les droits de la personne.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire visant la décision d'un Tribunal des droits de la personne, selon laquelle l'intimé avait été victime d'un acte de discrimination en raison de son origine nationale, contrairement à l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (LCDP). L'intimé, un citoyen canadien, exploitait une entreprise familiale où son frère, arrivé de l'Inde au Canada en 1973 en tant que visiteur, travaillait à temps partiel en vertu d'un programme d'immigration permettant d'accorder le droit d'établissement à titre de résident permanent à un membre de la famille venant travailler dans une entreprise familiale. Lorsque le frère déposa une demande de résidence permanente, l'agent des visas qui l'interviewa au consulat général du Canada à New York rejeta sa demande, estimant que les documents présentés ne constituaient pas une preuve suffisante du lien familial. Lorsque l'agent d'immigration finit par accepter, comme preuve satisfaisante de l'existence d'un lien familial, les autres documents



family business had declared bankruptcy so that there was no longer an opportunity for employment in that business. The Human Rights Tribunal appointed by the Canadian Human Rights Commission to deal with the complaint made by the respondent under the CHRA ruled that the respondent had been personally discriminated against by the immigration requirement found to have been imposed and that he could be classified as a direct victim. Four issues were raised upon the application for an order setting aside the Tribunal's decision: 1) the jurisdiction of the Tribunal (and the Commission) in relation to the respondent's complaint; 2) judicial review as an alternative to the process under the CHRA; 3) findings of fact by the Tribunal and 4) the Tribunal's direction to permit permanent residency for the respondent's brother.

*Held*, the application should be allowed in part.

1) The question whether a Canadian relative of an applicant for immigration may file a complaint alleging discrimination in respect of treatment of the intending immigrant outside Canada is answered by the provisions of the CHRA and by the decision of the Federal Court of Appeal in *Singh (Re)* which confirmed the Commission's authority to investigate a complaint such as that herein. It is the jurisdiction of the Commission to deal with the complaint once investigation has revealed the facts, including the jurisdiction of the tribunal appointed to hear the complaint, which gave rise to this application. Although the respondent was not a "sponsor" of his brother for landed immigrant status in the sense provided under the *Immigration Act* and Regulations for sponsoring members of a family, his involvement was as sponsor, in the general dictionary sense of that word, of his brother's application for an immigrant visa by reason of his offer of employment in a family business under the program established by the Minister of Employment and Immigration. The issue with which the Tribunal purported to deal was whether the complainant, Jawahar Menghani, was a victim of a discriminatory practice. If so, his complaint would be within the jurisdiction of the Tribunal, and the Commission, within the meaning of paragraph 40(5)(c) of the Act. The Tribunal did not purport to deal with a complaint on behalf of his brother, who had no status to complain for consideration by the Commission, by reason of that provision. The ultimate burden was on the applicants to establish that the Tribunal "acted without jurisdiction, acted beyond its jurisdiction" or that it acted in error in one of the other ways provided by subsection 18.1(4) of the *Federal Court Act* as a basis for the Court to grant relief. The ultimate burden was not on the respondents to establish that the Tribunal was, in the final analysis, "correct". A "victim" of discriminatory practices under the CHRA, particularly one who may never have been within the contemplation of the author of the practice, must be one who suffers consequences sufficiently direct and immediate. The Tribunal had committed overriding error neither in its assessment of the consequences of the practice that it found to be discriminatory as those consequences were experienced by the respondent, nor in its conclusion that the latter was a "victim" of a discriminatory practice within the meaning of para-

fournis, et que la demande de résidence permanente fut enfin approuvée, l'entreprise familiale avait fait faillite, faisant disparaître toute possibilité d'emploi dans l'entreprise. Le Tribunal des droits de la personne, nommé par la Commission canadienne des droits de la personne pour entendre la plainte déposée par l'intimé en vertu de la LCDP, décida que l'intimé avait personnellement été l'objet d'un acte discriminatoire du fait de l'exigence que lui avaient imposée les services de l'immigration, ajoutant que l'intimé pouvait être considéré comme une victime directe. La demande d'ordonnance annulant la décision du Tribunal soulevait quatre questions: 1) celle de la compétence du Tribunal (et de la Commission) à l'égard de la plainte déposée par l'intimé; 2) celle de savoir si le contrôle judiciaire peut remplacer la procédure prévue par la LCDP; 3) celle des conclusions de fait auxquelles le Tribunal était parvenu et 4) celle des instructions du Tribunal, enjoignant d'accorder la résidence permanente au frère de l'intimé.

*Jugement*: la demande est accueillie en partie.

1) La question de savoir si le parent canadien d'un candidat à l'immigration peut déposer une plainte pour discrimination en raison du traitement accordé, en dehors du Canada, audit candidat trouve sa réponse dans les dispositions de la LCDP et dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Singh (Re)* confirmant que la Commission était habilitée, à enquêter sur une plainte comme celle déposée en l'espèce. C'est la compétence de la Commission pour examiner la plainte une fois que l'enquête a révélé les faits, y compris la compétence du Tribunal chargé de l'instruire, qui a donné lieu à cette demande de contrôle judiciaire. Bien que l'intimé n'ait pas été le «répondant» de son frère pour ce qui est du statut d'immigrant reçu, selon les conditions prévues par la *Loi sur l'immigration* et son Règlement pour le parrainage d'un membre de la famille, il a agi à titre de garant ou de répondant, au sens général que donnent à ces mots les dictionnaires, pour ce qui est de la demande de visa d'immigrant présentée par son frère, puisqu'il a offert à celui-ci un emploi dans l'entreprise familiale dans le cadre d'un programme créé sous les auspices du ministre de l'Emploi et de l'Immigration. La question que le Tribunal entendait trancher était de savoir si le plaignant, Jawahar Menghani, avait été victime d'un acte discriminatoire. Si oui, sa plainte relevait bien de la compétence du Tribunal, et de la Commission, aux termes de l'alinéa 40(5)c) de la Loi. Le Tribunal n'entendait pas examiner une plainte formulée au nom de son frère étant donné que, en raison de cette disposition, celui-ci n'avait pas qualité pour présenter une plainte sur laquelle la Commission pourrait statuer. C'était, en dernière analyse, aux requérants de démontrer que le Tribunal «a agi sans compétence, outrepassé celle-ci», ou a commis une autre des erreurs prévues au paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur la Cour fédérale*, et c'est à ce titre que la Cour peut ordonner un redressement. Les intimés n'avaient pas, en dernière analyse, à démontrer la «justesse» de la décision rendue par le Tribunal. La personne «victime» d'un acte discriminatoire au regard de la LCDP, et notamment quelqu'un qui n'était pas du tout visée par l'auteur de l'acte en cause, doit en avoir subi les conséquences de manière suffisamment directe et immédiate. Le Tribunal ne s'est trompé ni dans son évaluation des conséquences de l'acte qu'il a jugé discriminatoire, dans la mesure où ces

graph 40(5)(c) of the Act. The Tribunal was correct in its determination that the complaint was within its jurisdiction under the CHRA.

2) There was no merit in the applicants' submissions that the Commission was without jurisdiction because this complaint could more appropriately be dealt with by judicial review under section 18.1 of the *Federal Court Act*. Once a complaint is filed, the Commission is obligated by section 41 of the Act to deal with it subject to certain exceptions. The decision as to whether another more appropriate procedure exists is a matter within the discretion of the Commission. The applicants' submissions were based on the perception that the complaint was initiated by the respondent's brother, or on his behalf, ignoring the fact that it was filed by the respondent on his own behalf.

3) The principles identified by the Supreme Court of Canada in relation to adverse effect discrimination, though elaborated in situations involving employment, apply equally by analogy to situations involving the provision of services. The Tribunal concluded that the immigration officer failed in his duty to accommodate the Menghanis in relation to the usual manner of providing services which adversely affected them on the basis of national origin, and thus they were found to be victims of adverse effect discrimination. The Tribunal's finding was a finding of fact within its jurisdiction and was not patently unreasonable. Expressed in the terms of paragraph 18.1(4)(d) of the *Federal Court Act*, it was not an erroneous finding of fact made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it.

4) The Tribunal exceeded its jurisdiction in respect of the order to permit permanent residency status for the respondent's brother. While the Tribunal found that his brother was discriminated against by the adverse effect discrimination of the practice followed in New York by the visa officer, no complaint in relation to that discriminatory practice could be dealt with by the Commission, or by the Tribunal, by virtue of paragraph 40(5)(c) of the Act. That order ignored the process by which permanent residency is acquired by an immigrant coming to Canada. The status of a "permanent resident" under the *Immigration Act* is not accorded by decision of the visa officer serving abroad who can only issue a visa when he is satisfied that it would not be contrary to the *Immigration Act* or Regulations to grant landing; it is only following examination by an immigration officer after arrival in Canada that the holder of a visa is granted that status. Any violation of the right claimed by the respondent to "sponsor" his brother for permanent residency in Canada could be redressed through consultations between the respondent Commission and the applicant Minister of Employment and Immigration; that consultation can lead to a resolution satisfactory to all of the parties.

conséquences visaient l'intimé, ni en décidant que celui-ci a été «victime», au sens de l'alinéa 40(5)c) de la Loi, d'un acte discriminatoire. C'est à juste titre que le Tribunal s'est estimé compétent pour connaître de la plainte sous le régime de la LCDP.

2) Les arguments des requérants, selon lesquels la Commission n'avait pas compétence étant donné que la plainte aurait pu être avantageusement instruite selon la procédure de contrôle judiciaire prévue à l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, n'étaient pas fondés. Selon l'article 41 de la Loi, la Commission doit, à quelques exceptions près, statuer sur toute plainte dont elle est saisie. La décision sur le point de savoir s'il existait une autre procédure plus adaptée relève du pouvoir discrétionnaire de la Commission. Les arguments des requérants étaient fondés sur l'idée que la plainte avait été déposée par le frère de l'intimé, ou pour son compte, faisant fi du fait que la plainte avait été déposée par l'intimé pour son propre compte.

3) Les principes articulés par la Cour suprême en matière de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, bien qu'élaborés dans le cadre de situations ayant trait à l'emploi, s'appliquent également, par analogie, aux situations ayant trait à la prestation de services. Le Tribunal a conclu que l'agent d'immigration avait manqué à son devoir d'accueillir les Menghanis car la manière habituelle d'assurer le service les avait défavorisés en raison de leur origine nationale, estimant donc qu'ils avaient été victimes de discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Il s'agissait là d'une conclusion de fait relevant clairement de la compétence du Tribunal et n'étant pas manifestement déraisonnable. Pour reprendre les termes de l'alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur la Cour fédérale*, le Tribunal n'a pas rendu une décision fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il disposait.

4) Le Tribunal a outrepassé sa compétence lorsqu'il a ordonné qu'on confère le statut de résident permanent au frère de l'intimé. Certes, le Tribunal a décidé que son frère avait fait l'objet de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, en raison de la pratique de l'agent des visas de New York, mais l'alinéa 40(5)c) de la Loi ne permettait pas à la Commission, ou au Tribunal, de statuer sur une plainte visant cette pratique discriminatoire. L'ordonnance du Tribunal ne tenait pas compte de la procédure que doit suivre une personne immigrant au Canada afin d'obtenir la résidence permanente. Aux termes de la *Loi sur l'immigration*, la résidence permanente ne dépend pas de la décision d'un agent des visas en poste à l'étranger, qui ne peut qu'émettre un visa lorsqu'il est convaincu que l'octroi du droit d'établissement ne serait pas contraire à la *Loi sur l'immigration* ou à son Règlement d'application. Ce n'est qu'après avoir été examiné par un agent de l'immigration, une fois arrivé au Canada, que le détenteur d'un visa se verra accorder le droit d'établissement. Toute atteinte au droit, revendiqué par l'intimé, de «parrainer» son frère pour l'obtention de la résidence permanente au Canada, pourra être réparée au moyen de consultations entre la Commission intimée et le ministre de l'Emploi et de l'immigration requérant;

ces consultations devraient permettre de trouver une solution qui convient à l'ensemble des parties.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33, ss. 2, 32.  
*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 2, 3, 5, 40, 41(b), 49 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 66), 53(2)(b).  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).  
*Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53.  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. 1-2.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### FOLLOWED:

*Singh (Re)*, [1989] 1 F.C. 430; (1988), 55 D.L.R. (4th) 673; 10 C.H.R.R. D/5501; 86 N.R. 69 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R. 1.

##### APPLIED:

*Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; (1987), 40 D.L.R. (4th) 193; 27 Admin. L.R. 172; 8 C.H.R.R. D/4210; 87 CLLC 17,022; 76 N.R. 161; *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 7 C.H.R.R. D/3102; 86 CLLC 17,002; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *Board of Education of District No. 15 v. Human Rights Board of Inquiry (N.B.)* (1989), 100 N.B.R. (2d) 181; 62 D.L.R. (4th) 512; 252 A.P.R. 181; 10 C.H.R.R. D/6426 (C.A.); *Tabar (Bahjat), Chong Man Lee and Kyung S. Lee v. David Scott & West End Construction Ltd.* (1985), 6 C.H.R.R. D/2471 (Ont. Bd. Inq.); *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; (1990), 111 A.R. 241; 72 D.L.R. (4th) 417; [1990] 6 W.W.R. 193; 76 Alta. L.R. (2d) 97; 12 C.H.R.R. D/417; 90 CLLC 17,025; 113 N.R. 161.

##### REFERRED TO:

*Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink et al.*, [1982] 2 S.C.R. 145; (1982), 137 D.L.R. (3d) 219; [1983] 1 W.W.R. 137; 39 B.C.L.R. 145; 82 CLLC 17,014; [1982] I.L.R. 1-1555; 43 N.R. 168; *Re Saskatchewan Human Rights Commission et al. and Canadian Odeon Theatres Ltd.* (1985), 18 D.L.R. (4th) 93; [1985] 3 W.W.R. 717; 39 Sask. R. 81; 6 C.H.R.R. D/2682 (Sask. C.A.); *Canadian Paraplegic Assn. v. Canada (Elections Canada) No. 2* (1992), 16 C.H.R.R. D/341 (Can. Trib.).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, ch. 53.  
*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 2, 3, 5, 40, 41(b), 49 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 66), 53(2)(b).  
*Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33, art. 2, 32.  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. 1-2.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS SUIVIES:

*Singh (Re)*, [1989] 1 C.F. 430; (1988), 55 D.L.R. (4th) 673; 10 C.H.R.R. D/5501; 86 N.R. 69 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R. 1.

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; (1987), 40 D.L.R. (4th) 193; 27 Admin. L.R. 172; 8 C.H.R.R. D/4210; 87 CLLC 17,022; 76 N.R. 161; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 7 C.H.R.R. D/3102; 86 CLLC 17,002; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *Conseil scolaire du district n° 15 c. Commission d'enquête sur les droits de la personne (N.-B.)* (1989), 100 N.B.R. (2d) 181; 62 D.L.R. (4th) 512; 252 A.P.R. 181; 10 C.H.R.R. D/6426 (C.A.); *Tabar (Bahjat), Chong Man Lee and Kyung S. Lee v. David Scott & West End Construction Ltd.* (1985), 6 C.H.R.R. D/2471 (C.E.ONT.); *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; (1990), 111 A.R. 241; 72 D.L.R. (4th) 417; [1990] 6 W.W.R. 193; 76 Alta. L.R. (2d) 97; 12 C.H.R.R. D/417; 90 CLLC 17,025; 113 N.R. 161.

##### DÉCISIONS MENTIONNÉES:

*Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink et autre*, [1982] 2 R.C.S. 145; (1982), 137 D.L.R. (3d) 219; [1983] 1 W.W.R. 137; 39 B.C.L.R. 145; 82 CLLC 17,014; [1982] I.L.R. 1-1555; 43 N.R. 168; *Re Saskatchewan Human Rights Commission et al. and Canadian Odeon Theatres Ltd.* (1985), 18 D.L.R. (4th) 93; [1985] 3 W.W.R. 717; 39 Sask. R. 81; 6 C.H.R.R. D/2682 (C.A. Sask.); *Association canadienne des paraplégiques c. Canada (Élections Canada) n° 2* (1992), 16 C.H.R.R. D/341 (Trib. can.).

## AUTHORS CITED

*Shorter Oxford English Dictionary*, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1973 "sponsor".

APPLICATION for judicial review of a Human Rights Tribunal's decision ((1992), 17 C.H.R.R. D/236) concerning a complaint filed by the respondent, Menghani, that he was discriminated against on the ground of his national origin contrary to section 5 of the *Canadian Human Rights Act*. Application allowed in part.

## COUNSEL:

*Bruce Logan* for applicants.  
*William F. Pentney* for respondent Canadian Human Rights Commission.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicants.  
*Canadian Human Rights Commission, Legal Services*, Ottawa, for respondent Canadian Human Rights Commission.

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

MACKEY J.: This is an application for judicial review filed by the Secretary of State for External Affairs and the Minister of Employment and Immigration (the applicants) in regard to a decision, Number T.D. 4/92, of a Human Rights Tribunal, dated May 22, 1992 [(1992), 17 C.H.R.R. D/236]. That decision was made following an inquiry by a three-person tribunal concerning a complaint filed by Jawahar Menghani that he was discriminated against on the ground of his national origin contrary to section 5 of the *Canadian Human Rights Act*,<sup>1</sup> (CHRA or the Act). The decision ordered the requisite authorities to permit permanent residency for Nandlal Menghani, awarded \$2,500 to Jawahar Menghani for hurt feelings and directed an apology to Jawahar Menghani from the "Minister". I assume it was intended that the apology be given by the Minister responsible for operations of the Canada Employ-

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. H-6.

## DOCTRINE

*Shorter Oxford English Dictionary*, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1973 «sponsor».

DEMANDE de contrôle judiciaire visant la décision d'un Tribunal des droits de la personne ((1992), 17 C.H.R.R. D/236) à l'égard d'une plainte déposée par l'intimé, Menghani, faisant valoir que, contrairement à l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, il avait fait l'objet d'actes discriminatoires en raison de son origine nationale. Demande accueillie en partie.

## AVOCATS:

*Bruce Logan* pour les requérants.  
*William F. Pentney* pour l'intimée Commission canadienne des droits de la personne.

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour les requérants.  
*Commission canadienne des droits de la personne, Services juridiques*, Ottawa, pour l'intimée Commission canadienne des droits de la personne.

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

LE JUGE MACKEY: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire déposée par le secrétaire d'État aux Affaires extérieures et le ministre de l'Emploi et de l'Immigration (les requérants) visant la décision n° D.T. 4/92 d'un Tribunal des droits de la personne, en date du 22 mai 1992 [(1992), 17 C.H.R.R. D/236]. Cette décision a été rendue à la suite d'une enquête menée par un tribunal de trois personnes sur une plainte déposée par Jawahar Menghani qui prétendait avoir été l'objet d'une discrimination en raison de son origine nationale, et ce contrairement à l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*<sup>1</sup>, (la LCDP ou la Loi). Cette décision enjoignait aux autorités concernées d'accorder à Nandlal Menghani la résidence permanente, accordait à Jawahar Menghani la somme de 2 500 \$ en réparation du préjudice moral, et prescrivait au «ministre» de présenter ses excuses à Jawahar Menghani. Je suppose

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. H-6.

ment and Immigration Commission, though this was not clearly stated in the decision.

I note for the record that at the hearing of this matter the applicant Ministers were represented by counsel of the Office of the Deputy Attorney General and the respondent Commission was represented by counsel who participated fully in argument. The respondent Jawahar Menghani was present but not represented by counsel and when asked by the Court he affirmed that he would not be participating in the hearing.

### Background

The respondent Jawahar Menghani is a Canadian citizen. In 1973 his brother, Nandlal Menghani, came to Canada from India as a visitor and thereafter, for at least most of the next twenty years lived with, or near, Jawahar Menghani, who was apparently prepared and able to support him. In 1977, Jawahar completed a sworn declaration of his willingness to support Nandlal during the course of his studies then underway in Montréal, a declaration accepted by immigration authorities in relation to Nandlal's status as holder of a student visa.

In 1978, Jawahar Menghani and his family, including his brother Nandlal, moved to Ottawa where Jawahar was employed as an accountant. After settling there and then in Aylmer, Quebec, a company formed by Jawahar Menghani opened two shoe stores, in Hull and in Aylmer, operating with two or three employees and part-time involvement of Nandlal, who continued as a student, and of Jawahar, who continued his full-time job as an accountant. In 1981 that company offered employment to Nandlal Menghani as a business partner, an offer accepted by the Canada Employment Centre in Ottawa as an appropriate basis for a confirmation of employment offer, under an immigration program to permit landing as a permanent resident of a family member who, it was intended, would work in the family business.

que l'intention était de voir ces excuses provenir du ministre responsable du fonctionnement de la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada, bien que cela ne soit pas précisé dans la décision.

*a*

Je note à toutes fins utiles qu'à l'audience les ministres requérants étaient représentés par des avocats du Bureau du sous-procureur général, la Commission intimée étant représentée par son avocat général qui prit une part active aux débats. L'intimé Jawahar Menghani était présent, mais non représenté, et, interrogé sur ce point par la Cour, il répondit qu'il ne prendrait pas part aux débats.

*b*

*c*

### Historique

L'intimé Jawahar Menghani est citoyen canadien. En 1973, son frère, Nandlal Menghani, se rendit de l'Inde au Canada en tant que visiteur, puis, pour au moins une grande partie des vingt années suivantes, vécut avec ou près de Jawahar Menghani qui, semble-t-il, était à la fois disposé à l'entretenir et en mesure de le faire. En 1977, Jawahar remplit une déclaration sous serment manifestant sa volonté de pourvoir à l'entretien de Nandlal au cours des études que celui-ci avait entreprises à Montréal, cette déclaration étant acceptée par les services de l'immigration comme confirmant le statut de Nandlal, détenteur d'un visa d'étudiant.

*d*

*e*

*f*

*g*

*h*

*i*

*j*

En 1978, Jawahar Menghani et sa famille, y compris son frère Nandlal, déménagèrent à Ottawa où Jawahar avait un poste de comptable. Après qu'ils se furent installés là, et ensuite à Aylmer (Québec), une entreprise créée par Jawahar Menghani ouvrit deux magasins de chaussures, à Hull et à Aylmer, employant deux ou trois personnes avec, à temps partiel, Nandlal, qui continuait ses études, et Jawahar qui conservait son poste de comptable à plein temps. En 1981, l'entreprise offrit à Nandlal Menghani de l'employer à titre d'associé, le Centre d'emploi du Canada d'Ottawa acceptant cette offre en tant que confirmation d'une offre d'emploi, dans le cadre d'un programme d'immigration autorisant l'établissement, à titre de résident permanent, d'un membre de la famille à qui l'on entendait confier un poste dans une entreprise familiale.

Arrangements were then put in motion for consideration of Nandlal Menghani's application for permanent residence by the Immigration Office at the Canadian Consulate General in New York. The confirmation of employment offer issued in Ottawa was sent to New York and from there an application for permanent residence form was sent to Nandlal Menghani in March 1981. That form was completed and returned to the New York office in August; in September arrangements for an interview in the following month in New York were set and Nandlal Menghani was advised.

On October 6, 1981, he was interviewed in New York by a visa officer, Jean Roberge, who was concerned that there be satisfactory proof of the family relationship of Jawahar and Nandlal Menghani since the immigration program under which the latter's admission to Canada was to be the family business job offer program. Among the qualifications for that program was that the employment offer by a Canadian or landed immigrant be extended to a member of the family class as provided in the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2]. In Mr. Roberge's view there was no satisfactory evidence of the fact that the two were brothers. At that meeting there was discussion about the sort of evidence the visa officer sought. One form of evidence suggested, or, as the respondents would have it, insisted upon, was a school leaving certificate, issued in India in relation to each of the brothers before 1981 when the process for consideration of Nandlal as a prospective immigrant was initiated. It was expected each certificate would include not only the name of the student, but also his date of birth and the name of his father. At the end of the interview, Mr. Roberge understood that Nandlal Menghani would be submitting school leaving certificates for himself and his brother.

When nothing further had been heard from Nandlal, in February 1982 a letter was sent to him indicating that the file relating to his application would be closed in 90 days unless he contacted the Consulate in New York. This he did, and in March he submitted a number of documents including an affidavit by his mother in India attesting to the family relationship of the brothers Menghani, a certificate of

C'est alors que fut engagée une procédure en vue de présenter aux services de l'immigration du Consulat général du Canada à New York la demande de résidence permanente de Nandlal Menghani. La confirmation d'une offre d'emploi délivrée à Ottawa fut envoyée à New York qui, en mars 1981, fit parvenir à Nandlal Menghani un formulaire de demande de résidence permanente. Le formulaire fut rempli et renvoyé au bureau de New York au mois d'août; au mois de septembre, on fixa, pour le mois suivant, une entrevue à New York et on informa Nandlal Menghani en conséquence.

Le 6 octobre 1981, il fut interviewé à New York par l'agent des visas Jean Roberge, qui insista pour que l'on prouve de manière satisfaisante l'existence du lien familial unissant Jawahar et Nandlal Menghani, étant donné que ce dernier devait être admis au Canada dans le cadre du programme applicable aux offres d'emploi dans une entreprise familiale. Ce programme prévoyait, entre autres, que l'offre d'emploi faite par un citoyen canadien ou un immigrant reçu, devait s'adresser à un membre de la catégorie de la famille telle que définie par la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2]. D'après M. Roberge, rien n'établissait, de manière satisfaisante, que les deux étaient effectivement frères. Au cours de cette réunion, on discuta du genre de preuve que l'agent des visas entendait recevoir. Un élément de preuve qui fut alors évoqué et sur lequel, aux dires des intimés, on aurait insisté, était le certificat de fin d'études délivré, en Inde, à chacun des deux frères, avant l'année 1981, alors que furent entamées les démarches en vue de l'immigration de Nandlal. On pensait que ces certificats porteraient non seulement le nom de l'élève, mais également sa date de naissance et le nom du père. M. Roberge avait cru comprendre, en fin d'entrevue, que Nandlal Menghani lui ferait parvenir son certificat de fin d'études ainsi que celui de son frère.

On n'eut après cela aucune nouvelle de Nandlal et, au mois de février 1982, on lui transmit une lettre indiquant que son dossier de candidature serait classé dans 90 jours s'il ne prenait pas contact avec le consulat de New York. Il reprit contact avec le consulat et, en mars, présenta divers documents, y compris un affidavit de sa mère, domiciliée en Inde, attestant le lien familial unissant les frères Menghani, un certifi-

his former school principal, together with a school certificate of his own record dated in 1982 but which was not completed by the registrar of the school since the school had been closed for some time. The last document did not include his father's name and no similar record was submitted for Jawahar Menghani. The documents were not accepted by Mr. Roberge as providing proof of family relationship and by letter of May 26, 1982, he refused Nandlal Menghani's application for permanent residence.

Thereafter, additional documentation and representations on behalf of Nandlal Menghani were sent to the New York office and numerous representations were also apparently made on his behalf by Jawahar Menghani to departmental and ministerial offices in Ottawa as well as to Mr. Roberge in New York. Mr. Roberge was still not satisfied that the documents sent to him were acceptable as proof of the familial relationship. He wrote on July 6 and again on October 13 to so advise Nandlal Menghani and to confirm the decision, originally provided by letter of May 26, to refuse his application for entry for permanent residence.

Again, additional documentation was sent to Mr. Roberge. In December 1982 documents sent by an investigator of the Canadian Human Rights Commission (the Commission) included passports that had been issued in India to Nandlal and to Jawahar some years before the former's application for immigrant status. The passport of Nandlal had apparently been seen by Mr. Roberge earlier, in October 1981, but he had not seen that of Jawahar before. These documents did indicate the name of their father. On January 3, 1983, Roberge sent a package of documents to the Canadian High Commission in Delhi including the early passports, requesting advice as to the acceptability and validity of the documents. On the advice of the Delhi office, Mr. Roberge agreed that the documents provided satisfactory evidence that Jawahar and Nandlal Menghani were brothers. That advice was received and the resulting decision was made only after August 1983, by which time the business operated by Nectal Sales Ltd. had declared

cat délivré par le principal de son ancienne école, ainsi qu'un certificat de scolarité, daté de 1982 mais qui n'avait pas pu être établi par le responsable administratif de son école étant donné que celle-ci avait depuis fermé ses portes. Ce dernier document ne comprenait pas le nom de son père et aucun document analogue ne fut produit en ce qui concerne Jawahar Menghani. M. Roberge ne considéra pas ces documents comme preuve du lien familial et, par lettre en date du 26 mai 1982, il rejeta la demande de résidence permanente présentée par Nandlal Menghani.

Par la suite, d'autres documents et d'autres arguments à l'appui de la demande de Nandlal Menghani furent transmis au bureau de New York, de nombreuses démarches étant, semble-t-il, accomplies en ce sens par Jawahar Menghani auprès des services du Ministère à Ottawa ainsi qu'auprès de M. Roberge à New York. M. Roberge n'était toujours pas convaincu que les documents qui lui avaient été envoyés constituaient une preuve satisfaisante du lien familial. Il écrivit à Nandlal Menghani le 6 juillet, puis encore le 13 octobre, pour le lui dire et pour confirmer sa décision, initialement transmise par lettre en date du 26 mai, de rejeter sa demande de résidence permanente.

D'autres documents encore furent envoyés à M. Roberge. Au mois de décembre 1982, des documents transmis par un enquêteur de la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission) comprenaient des passeports délivrés, en Inde, à Nandlal et à Jawahar, plusieurs années avant que celui-là ne demande le statut d'immigrant. Le passeport de Nandlal avait, semble-t-il, été examiné par M. Roberge auparavant, en octobre 1981, mais celui-ci n'avait jamais encore vu le passeport de Jawahar. Ces documents-là, par contre, comprenaient le nom du père. Le 3 janvier 1983, Roberge envoya au Haut-commissariat du Canada à Delhi, une liasse de documents comprenant les deux anciens passeports, demandant qu'on le conseille quant à la valeur et la validité de ces documents. Après avoir reçu la réponse des services de Delhi, M. Roberge admit que les documents constituaient une preuve satisfaisante du fait que Jawahar et Nandlal Menghani étaient effectivement frères. Cette réponse ne fut communi-

bankruptcy and thus there was no longer an opportunity for employment in the family business.

Earlier, on November 4, 1982 Jawahar Menghani filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission. Representations on his behalf were made by a human rights officer to Mr. Roberge in November and December 1982, including submission of the two earlier passports of the two brothers, which subsequently were of significance in leading to the advice from Delhi that satisfied Mr. Roberge of the familial relationship. Mr. Roberge himself was apparently not advised of the formal complaint, made by Jawahar Menghani on November 4, 1982 until February 15, 1983.

In his complaint under the CHRA, Jawahar Menghani, after referring to his efforts to "sponsor" his brother and indicating that none of the documentation provided to the immigration officer was deemed sufficient to confirm the "brotherhood" of himself and his brother, stated his belief that he had been discriminated against on the ground of his national origin contrary to section 5 of the Act. The complaint sought no specific form of relief.

In testimony before the Human Rights Tribunal appointed to deal with the complaint of Jawahar Menghani he testified that the lack of supervision, managerial and general involvement of his brother contributed directly to the bankruptcy of the family business. After the decision not to accept his brother Nandlal's application for permanent residence in 1982, subsequent offers of employment by Nectal Sales Ltd. for Nandlal's employment were rejected. While reasons for that rejection were not in evidence, the respondents contend this was because those offers were not treated in accord with the family business program. Failure of the business led to personal bankruptcy of Jawahar Menghani, and as well, he testified, his health suffered and his marriage broke down, all said to be the results of stress from not having his brother's application for permanent residence approved.

quée, et la décision correspondante ne fut prise, qu'après le mois d'août 1983, alors qu'entre-temps l'entreprise exploitée par Nectal Sales Ltd. avait fait faillite, faisant disparaître la possibilité d'un emploi dans le cadre de l'entreprise familiale.

Plus tôt, le 4 novembre 1982, Jawahar Menghani porta plainte devant la Commission canadienne des droits de la personne. En novembre et en décembre 1982, sa cause fut plaidée auprès de M. Roberge par un agent des droits de la personne qui fit à nouveau état des anciens passeports des deux frères qui devaient porter les services de Delhi à transmettre à M. Roberge un avis le persuadant de l'existence effective d'un lien familial. Ce n'est que le 15 février 1983 que M. Roberge fut, semble-t-il, informé de la plainte officielle déposée par Jawahar Menghani le 4 novembre 1982.

Dans sa plainte fondée sur la LCDP, Jawahar Menghani, après avoir évoqué ses efforts en vue de «parrainer» son frère, et expliqué qu'aux yeux de l'agent d'immigration aucun des documents fournis ne permettait de confirmer, entre les deux frères, l'existence d'un lien de consanguinité, affirma avoir fait l'objet d'une discrimination en raison de son origine nationale, et ce, contrairement à l'article 5 de la Loi. Il ne demandait, dans sa plainte, aucune réparation précise.

Lors de son témoignage devant le Tribunal des droits de la personne chargé d'entendre sa plainte, Jawahar Menghani déclara que le fait que son frère n'ait pas été là pour participer à la surveillance, à la gestion et à la marche de l'entreprise familiale avait directement contribué à la faillite de celle-ci. Après la décision de 1982 rejetant la demande de résidence permanente de son frère Nandlal, toutes les offres ultérieurement présentées par Nectal Sales Ltd. en vue de l'emploi de Nandlal furent rejetées. Bien que les raisons de ce rejet n'aient pas été exposées, les intimés prétendent que c'est parce que ces offres d'emploi n'ont pas été examinées dans le cadre du programme d'entreprise familiale. La faillite de l'entreprise entraîna la faillite personnelle de Jawahar Menghani ainsi que, selon lui, des troubles de santé et la rupture de son mariage, tout cela étant lié d'après lui au stress provoqué par le rejet de la demande de résidence permanente de son frère.



While he was not authorized to work in the family business from September 1982, Nandlal Menghani has continued to reside in Canada with or near his brother, since June of 1991 on a Minister's permit.

Jawahar Menghani's complaint, together with others, was the subject of a reference to the Federal Court of Appeal by the Canadian Human Rights Commission when the applicant Ministers' departments refused to recognize the Commission's jurisdiction to investigate the complaint. That refusal was based on the grounds that the government departments concerned were not engaged in the provision of services generally available to the public and that the victims of the alleged discriminatory practices were not Canadian citizens or permanent residents of Canada so as to bring the cases within then paragraph 32(5)(b) [S.C. 1976-77, c. 33], now paragraph 40(5)(b), of the CHRA. The Court of Appeal answered the reference by confirming the jurisdiction of the Commission to investigate this and the other complaints involved in the reference.<sup>2</sup> The facts of the several cases were not before it, and the Court did not at that stage determine whether any or all of the ten complaints included in the reference could ultimately be dealt with by the Commission. That matter was left to be determined in the first instance by the Commission itself following its investigations.

The decision of the Human Rights Tribunal and the grounds for judicial review

The complaint of Jawahar Menghani was investigated by the respondent Commission and ultimately submitted for consideration to a Human Rights Tribunal pursuant to the *Canadian Human Rights Act*. The tribunal heard the matter in December 1991 and January 1992. Its decision was released on May 22, 1992. That decision concludes [at pages D/254-D/255]:

Accordingly the Tribunal finds that Nandlal had imposed upon him restrictive conditions (documentation requirements) that had a disproportionate impact on him because of the spe-

<sup>2</sup> *Singh (Re)*, [1989] 1 F.C. 430 (C.A.).

Bien qu'à partir du mois de septembre 1982, Nandlal Menghani n'ait pas été autorisé à travailler dans l'entreprise familiale, il continua de vivre au Canada, à proximité de son frère ou avec lui, en vertu, depuis le mois de juin 1991, d'un permis délivré par le ministre.

La plainte déposée par Jawahar Menghani, ainsi que d'autres plaintes, firent l'objet, de la part de la Commission canadienne des droits de la personne, d'un renvoi devant la Cour d'appel fédérale lorsque les ministères des ministres requérants refusèrent d'admettre que la Commission avait compétence pour enquêter sur la plainte. Ce refus était fondé sur deux motifs; d'abord, que les ministères en cause n'étaient pas fournisseur de services destinés au public, ensuite que les victimes des présumés actes discriminatoires n'étaient pas citoyens canadiens ou résidents permanents du Canada, ce qu'il aurait fallu pour que les affaires en cause entrent dans le cadre de l'alinéa 32(5)b) [S.C. 1976-77, ch. 33], l'actuel alinéa 40(5)b) de la LCDP. À l'occasion de ce renvoi, la Cour d'appel confirma la compétence qu'avait la Commission pour enquêter sur cette plainte ainsi que sur les autres plaintes objet de ce renvoi<sup>2</sup>. Les faits et circonstances de ces diverses affaires ne lui ayant pas été soumis, la Cour n'a pas dit, à ce stade-là, si les dix plaintes ayant fait l'objet du renvoi, ou certaines d'entre elles, pourraient, en définitive, être entendues par la Commission. Cette question fut laissée à la Commission à trancher en premier ressort selon les résultats de ses enquêtes.

La décision du Tribunal des droits de la personne et les motifs de la demande de contrôle judiciaire

La plainte de Jawahar Menghani fit l'objet d'une enquête de la part de la Commission intimée, puis finit par être soumise à un tribunal des droits de la personne, conformément à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Le Tribunal entendit la cause aux mois de décembre 1991 et de janvier 1992. Sa décision fut rendue publique le 22 mai 1992. La décision se termine par cette conclusion [aux pages D/254 et D/255]:

En conséquence, le tribunal estime que Nandlal s'est vu imposer des conditions restrictives (exigences quant aux documents à fournir) qui ont eu un effet disproportionné sur lui du

<sup>2</sup> *Singh (Re)*, [1989] 1 C.F. 430 (C.A.).

cial characteristic of national origin (unavailability of documentation) contrary to s. 5 of the *CHRA*. We would conclude that Jawahar was a victim of this discriminatory practice as well and consequently, that this Tribunal has the jurisdiction to make a determination on the complaint under the *CHRA*.<sup>3</sup>

The decision of the Tribunal then provides for remedies, as follows.

Given the assessment of the documentation that was made by Mr. Roberge in 1983 and his conclusion that in fact Nandlal and Jawahar were brothers, there is no doubt that had he made that assessment in 1982 when Nandlal's application was current, Nandlal would have been admitted into this country as a permanent resident. The failure to do so arose from the adverse effect discrimination as described earlier in these reasons. Accordingly, counsel for the Canadian Human Rights Commission has sought by way of remedy an order that Nandlal be admitted to this country as he would have been had this discrimination not have occurred in 1982. In other words, he is seeking that we make an order directing the Immigration authorities to confer upon Nandlal permanent residency status on an immediate basis.

At the material time in 1982, Nandlal's immigration was also subject to passing an appropriate medical test. He was not given one since he did not accumulate sufficient points to pass the first hurdle primarily because Mr. Roberge was not satisfied that Nandlal and Jawahar were brothers. Nandlal does now suffer from a medical condition known as Crohn's disease. It was diagnosed in May 1983 well after his rejection for permanent residency in May 1982. It is possible, however, that Nandlal may have been suffering from the disease in 1982 which might have been diagnosed at that time had he been administered the appropriate medical test. Of importance now is the fact that Nandlal's present status in this country is based on a Minister's permit which is renewed each year for a period of five years. As it presently stands, he will be admitted to Canada as a permanent resident in 1996 unless for some unforeseen reason, his medical condition deteriorates to such an extreme that he would be considered inadmissible. Thus, the fact that he has Crohn's disease of and by itself is not sufficient to prohibit his becoming a permanent resident. Therefore, there is no immigration impediment to preclude an order by this Tribunal directing the requisite authorities to permit permanent residency for Nandlal. In effect this order will be expediting the present immigration process. It is justified in the circumstances and we, therefore, make the order.

<sup>3</sup> *Menghani v. Canada (Employment and Immigration Comm.)*, Decision No. T.D. 4/92, May 22, 1992, at p. 28 (applicants' application record, at pp. 9-39); now reported (1992), 17 C.H.R.R. D/236. The Tribunal's decision is hereinafter cited as Decision T.D. 4/92, (with appropriate page number of the Decision); 17 C.H.R.R. (with appropriate page number of that report).

fait de son origine nationale (l'impossibilité d'obtenir les documents) en violation de l'art. 5 de la *LCDP*. Nous concluons que Jawahar a lui aussi été victime de cet acte discriminatoire et qu'en conséquence, le tribunal a compétence pour se prononcer sur la plainte formulée en vertu de la *LCDP*<sup>3</sup>.

Puis, dans sa décision, le Tribunal prévoit la réparation suivante.

Compte tenu de l'évaluation des documents faite par M. Roberge en 1983 et de sa conclusion que Nandlal et Jawahar étaient en réalité frères, il ne fait aucun doute que s'il avait effectué une telle évaluation en 1982 lorsque la demande de Nandlal était en cours, ce dernier aurait été admis au Canada à titre de résident permanent. L'omission d'admettre ce dernier au pays a découlé de la discrimination indirecte décrite plus haut dans les présents motifs. En conséquence, l'avocat de la Commission canadienne des droits de la personne a demandé comme réparation une ordonnance portant que Nandlal devait être admis au pays comme il l'aurait été s'il n'avait pas fait l'objet de discrimination en 1982. En d'autres termes, il nous demande de rendre une ordonnance enjoignant aux autorités de l'immigration d'accorder immédiatement à Nandlal le statut de résident permanent.

À l'époque en cause, soit en 1982, afin d'obtenir le droit d'immigrer au Canada, Nandlal devait également subir un examen médical approprié. Il ne l'a pas fait parce qu'il n'avait pas accumulé suffisamment de points pour franchir la première étape, principalement parce que M. Roberge ne croyait pas que Nandlal et Jawahar étaient frères. Nandlal souffre maintenant d'un problème de santé appelé la maladie de Crohn. Celle-ci a été diagnostiquée en mai 1983, longtemps après le rejet de sa demande de résident permanent en mai 1982. Nandlal souffrait peut-être déjà de cette maladie en 1982 qui aurait probablement pu être diagnostiquée à l'époque s'il avait subi l'examen médical approprié. Ce qui est important aujourd'hui c'est que le statut actuel de Nandlal dans ce pays est fonction d'un permis du ministre qui est renouvelé chaque année pendant une période de cinq ans. La situation actuelle est qu'il sera admis au Canada à titre de résident permanent en 1996, à moins que, pour un motif imprévisible, son état de santé se détériore à un point tel qu'il sera considéré non admissible. Le fait qu'il souffre de la maladie de Crohn ne suffit donc pas en soi à l'empêcher de devenir résident permanent. En conséquence, il n'existe aucun obstacle du point de l'immigration empêchant le tribunal de rendre une ordonnance enjoignant aux autorités compétentes d'accorder le statut de résident permanent à Nandlal. En effet, une telle ordonnance accélérera le processus actuel d'immigration. Elle est justifiée dans les circonstances, et c'est pourquoi nous rendons celle-ci.

<sup>3</sup> *Menghani c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, décision D.T. 4/92, 22 mai 1992, à la p. 42 (dossier de requête déposé par les requérants, aux p. 9 à 39); depuis publié (1992), 17 C.H.R.R. D/236. La décision du tribunal sera par la suite citée sous la forme de décision D.T. 4/92, (avec le numéro de page correspondant); 17 C.H.R.R. (avec le numéro de page correspondant de ce recueil).

No compensation has been sought by Jawahar for any financial loss attributable to the discriminatory practice. As for compensation under s. 53(3)(b) of the *CHRA*, we award \$2,500 for hurt feelings as there has been evidence that the discriminatory practice has resulted in detriment to Jawahar's health, family and business interests.

The complainant has also requested an apology from the Minister. In view of the fact that the passage of ten years has not abated the strong feelings that the complainant and his brother have over this matter, we feel that an apology is appropriate and it will be part of the remedial order herein.<sup>4</sup>

By originating motion filed on June 22, 1992 the applicants, the Secretary of State for External Affairs and the then Minister of Employment and Immigration applied for an order of *certiorari* or an order setting aside the decision of the Tribunal. That application was varied by an amended originating motion filed on December 7, 1992, which varied the grounds for review. As there set out those grounds are:

1. Whether a Canadian relative of a potential immigrant to Canada may file a complaint alleging that the Canadian has been the victim of discrimination in respect of treatment of the potential immigrant by a visa officer outside Canada.

2. Whether the complaint of the Respondent Menghani could more appropriately have been dealt with according to the procedure provided for in Section 18.1 of the *Federal Court Act*.

3. Whether the Human Rights Tribunal based its decision on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it.

4. Whether the Human Rights Tribunal acted beyond its jurisdiction when it purported to direct the requisite authorities to permit permanent residency for Nandlal Menghani.

5. Whether the Human Rights Tribunal erred in law in making the order, whether or not the error appears on the face of the record.

Only the first four of these grounds were argued when this application was heard. Those four grounds I now deal with in turn.

<sup>4</sup> *Supra*, note 3, Decision T.D. 4/92, at pp. 28-30; 17 C.H.R.R. D/236 at p. D/255.

Jawahar n'a demandé aucune indemnité pour les pertes financières attribuables à l'acte discriminatoire. À titre d'indemnité en vertu de l'al. 53(3)b) de la *LCDP*, nous lui accordons 2 500 \$ pour préjudice moral, car la preuve indique que l'acte discriminatoire a eu des conséquences négatives sur sa santé, sa famille et ses intérêts commerciaux.

Le plaignant a demandé des excuses de la part du ministre. Compte tenu du fait que, malgré les dix années qui se sont écoulées depuis l'incident, les sentiments du plaignant et de son frère sont restés les mêmes, nous croyons que des excuses sont appropriées et elles feront partie de l'ordonnance corrective prononcée aux présentes<sup>4</sup>.

Par requête introductive d'instance déposée le 22 juin 1992, les requérants, le secrétaire d'État aux Affaires extérieures et le ministre de l'Emploi et de l'Immigration de l'époque demandèrent à la Cour de rendre une ordonnance de *certiorari* ou une ordonnance infirmant la décision du Tribunal. Cette demande fut modifiée par une requête introductive d'instance modifiée, déposée le 7 décembre 1992 et modifiant les motifs de la demande de contrôle judiciaire. Voici les motifs tels qu'exposés dans la requête:

[TRADUCTION] 1. Le parent canadien d'un immigrant virtuel peut-il déposer une plainte faisant valoir que le Canadien a été victime d'un acte discriminatoire étant donné le traitement accordé à l'immigrant virtuel par un agent des visas en poste en-dehors du Canada?

2. La plainte de l'intimé Menghani pourrait-elle avantageusement être instruite dans le cadre de la procédure prévue à l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*?

3. Le Tribunal des droits de la personne a-t-il fondé sa décision sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il disposait?

4. Le Tribunal des droits de la personne a-t-il agi sans compétence lorsqu'il prétendit enjoindre à l'autorité compétente d'accorder la résidence permanente à Nandlal Menghani?

5. Le Tribunal des droits de la personne a-t-il dans son ordonnance, commis une erreur de droit, que cette erreur soit ou non manifeste?

Lors de l'audition de cette demande, seuls les quatre premiers motifs ont été plaidés. C'est sur ces quatre motifs que je me pencherai, successivement.

<sup>4</sup> Précitée, note 3, décision D.T. 4/92 aux p. 42 à 44; 17 C.H.R.R. D/236, à la p. D/255.

Jurisdiction of the Tribunal (and the Commission) in relation to the complaint of Jawahar Menghani

The first ground argued by the applicants is expressed in terms of whether a Canadian relative of an applicant for immigration may file a complaint alleging discrimination in respect of treatment of the intending immigrant outside Canada.

It seems to me the question so expressed, literally interpreted, is answered by provisions of the CHRA and by the decision of the Court of Appeal in *Singh (Re)*.<sup>5</sup> By subsection 40(1) of the Act an individual having reasonable grounds for believing that a person is engaging or has engaged in a discriminatory practice may file a complaint with the Commission. Aside from the exceptions set out by subsections 40(5) and (7) and by determinations of the Commission under section 41, the Commission shall deal with the complaint. The decision of the Court of Appeal implicitly accepts the capacity of the Canadian relative in the position of Jawahar Menghani to file a complaint and, absent a clear basis for the Commission finding at that stage that the complaint is beyond its statutory jurisdiction, or for other reasons of exclusion under the Act, *Singh (Re)* upholds the Commission's authority to investigate the complaint.

As I understand the submissions of the parties they concern primarily the jurisdiction of the Commission, and of the Tribunal, to deal with the complaint as filed after investigation by the Commission reveals the facts underlying the complaint. In form, the applicants' first ground as expressed does question the capacity of a Canadian in the position of Jawahar Menghani to file a complaint in a case such as this, and in argument that was raised again in regard to the second ground of the applicants. However, in view of subsection 40(1) of the Act and *Singh I* consider that issue is already determined. It is the jurisdiction of the Commission to deal with the complaint once investigation has revealed the facts, including the jurisdiction of the Tribunal appointed to hear the complaint, which gives rise to this application for judicial review. That is the stage of the Commission's

<sup>5</sup> *Supra*, note 2.

La compétence du Tribunal (et de la Commission) à l'égard de la plainte déposée par Jawahar Menghani

Le premier motif plaidé par les requérants pose la question de savoir si le parent canadien d'un candidat à l'immigration peut déposer une plainte faisant état d'actes discriminatoires dans le traitement accordé, en dehors du Canada, au candidat à l'immigration.

Il semble que, suivant une interprétation littérale, la question ainsi formulée trouve sa réponse dans les dispositions de la LCDP ainsi que dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel dans l'affaire *Singh (Re)*.<sup>5</sup> Aux termes du paragraphe 40(1) de la Loi, un individu qui a des motifs raisonnables de croire qu'une personne est en train de commettre ou a commis un acte discriminatoire peut porter plainte devant la Commission. Sauf dans le cas des exceptions prévues aux paragraphes 40(5) et (7) et dans les cas où la Commission en décide autrement en vertu de l'article 41, celle-ci statue sur la plainte. L'arrêt de la Cour d'appel reconnaît implicitement aux parents canadiens se trouvant dans la situation de Jawahar Menghani la capacité de déposer une plainte et, en l'absence de raisons portant clairement la Commission à conclure, à ce stade-là, que la plainte ne relève pas de la compétence que lui reconnaît la Loi, ou en vertu d'autres exceptions prévues par la Loi, l'arrêt *Singh (Re)* confirme que la Commission est habilitée à enquêter sur la plainte.

J'interprète les arguments des parties comme visant principalement la compétence de la Commission, et du Tribunal, pour connaître de la plainte telle que déposée, après que l'enquête de la Commission a permis de révéler les faits à l'origine de cette plainte. Tel que formulé, le premier motif invoqué par les requérants met en doute la capacité d'un Canadien dans la situation de Jawahar Menghani de déposer une plainte dans un cas tel que celui-ci, et, au cours des plaidoiries, la question fut de nouveau invoquée à l'appui du second motif avancé par les requérants. Cependant, compte tenu du paragraphe 40(1) de la Loi et de l'arrêt *Singh (Re)*, j'estime que la question a déjà été tranchée. C'est la compétence de la Commission pour se saisir de la plainte une fois que l'enquête a révélé les faits, y compris la compétence du Tribunal chargé de l'instruire, que met en cause cette

<sup>5</sup> Précitée, note 2.

processes left unresolved by the decision in *Singh (Re)*.

In this case, investigation by the Commission was apparently completed in June 1986. The matter was then subject to the reference to the Court of Appeal in *Singh (Re)*. Following decision in that reference the Commission decided in November 1989 to refer this case to conciliation. That process was not successful in resolving the complaint and in June 1991 the Commission determined, pursuant to section 49 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 66] of the Act, to refer this matter to a tribunal. Subsection 49(1) authorizes the Commission to request appointment of a Human Rights Tribunal to inquire into a complaint "if the Commission is satisfied that, having regard to all the circumstances of the complaint, an inquiry into the complaint is warranted." By so deciding, the Commission implicitly, if not here explicitly, concluded that, on the facts of this case as revealed by its investigation of the complaint, it had jurisdiction under the Act to deal with the matter.

When the matter was heard by the Tribunal, the applicants' representatives brought a preliminary motion challenging jurisdiction of the Tribunal on the ground that the victim of the practice alleged to be discriminatory was Nandlal Menghani, not Jawahar, and the practice said to be discriminatory occurred outside Canada. Thus it was urged that the Commission and the Tribunal were without jurisdiction, pursuant to paragraph 40(5)(c) of the Act, which provides:

40. ...

(5) No complaint in relation to a discriminatory practice may be dealt with by the Commission under this Part unless the act or omission that constitutes the practice

(c) occurred outside Canada and the victim of the practice was at the time of the act or omission a Canadian citizen or an individual lawfully admitted to Canada for permanent residence.

That motion was adjourned for argument until completion of the process of hearing evidence by the Tribunal.

demande de contrôle judiciaire. Dans l'affaire *Singh (Re)*, la Cour ne s'est pas prononcée sur cette étape de la procédure devant la Commission.

Dans cette affaire, l'enquête de la Commission s'est, semble-t-il, achevée au mois de juin 1986. C'est alors que l'affaire, dans *Singh (Re)*, a fait l'objet d'un renvoi devant la Cour d'appel. Suite à la décision rendue dans le cadre de ce renvoi, la Commission décida, en novembre 1989, de porter l'affaire en conciliation. Cette procédure ne permit pas de trouver une solution à la plainte et, au mois de juin 1991, la Commission décida, conformément à l'article 49 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 66] de la Loi, de porter l'affaire devant un tribunal. Le paragraphe 49(1) autorise la Commission à constituer un tribunal des droits de la personne chargé d'enquêter sur une plainte «si elle est convaincue, compte tenu des circonstances... que l'examen est justifié». En en décidant ainsi, la Commission a implicitement, sinon explicitement en l'espèce, conclu que, au vu des faits révélés par son enquête sur la plainte, elle était effectivement compétente, aux termes de la Loi, pour connaître de l'affaire.

Lors de l'audition de l'affaire devant le Tribunal, les représentants des requérants présentèrent une requête préliminaire contestant la compétence du Tribunal en faisant valoir que la victime de la prétendue pratique discriminatoire était Nandlal Menghani, et non Jawahar, relevant que ce prétendu acte discriminatoire avait eu lieu en dehors du Canada. Ils firent ainsi valoir que la Commission et le Tribunal n'étaient pas compétents en l'espèce, aux termes mêmes de l'alinéa 40(5)c) de la Loi qui prévoit que:

40. ...

(5) Pour l'application de la présente partie, la Commission n'est valablement saisie d'une plainte que si l'acte discriminatoire:

(c) a eu lieu à l'étranger alors que la victime était un citoyen canadien ou qu'elle avait été légalement admise au Canada à titre de résident permanent.

L'audition de la requête fut suspendue jusqu'à ce que le Tribunal ait fini de recueillir les témoignages.

In its decision the Tribunal referred to *Singh (Re)*<sup>6</sup> and noted that counsel for the applicant Ministers acknowledged, in light of the decision of the Court of Appeal, that “the Tribunal does have jurisdiction to consider this matter so long as Jawahar was in fact a ‘victim’ of a discriminatory practice which occurred outside Canada.”<sup>7</sup> The Tribunal referred to the words of Mr. Justice Hugessen, speaking for the Court of Appeal in *Singh (Re)*:<sup>8</sup>

In my view, a person who, on prohibited grounds, is denied the opportunity to sponsor an application for landing is a “victim” within the meaning of the Act whether or not others may also be such victims.

I would, however, go a great deal further. The question as to who is the “victim” of an alleged discriminatory practice is almost wholly one of fact. Human rights legislation does not look so much to the intent of discriminatory practices as to their effect. That effect is by no means limited to the alleged “target” of the discrimination and it is entirely conceivable that a discriminatory practice may have consequences which are sufficiently direct and immediate to justify qualifying as a “victim” thereof persons who were never within the contemplation or intent of its author.

In its decision the Tribunal also noted the classification of the cases, under the one reference, by the Court of Appeal in *Singh (Re)*, those involving visitors’ visas and those dealing with “sponsorship”, in which latter group Hugessen J.A. had classed the complaint of Jawahar Menghani. While acknowledging that this case did not involve sponsorship status under the *Immigration Act*, the Tribunal concluded that *Singh (Re)* should not be read to limit potential victims to those who formally qualify as sponsors under that Act; rather it should be read to include a Canadian citizen or permanent resident who suffers consequences of the discriminatory practice that are sufficiently direct and immediate. It set forth criteria for measuring those consequences, and in light of these, on the evidence before it, the Tribunal concluded that Jawahar Menghani was personally discriminated against by the immigration requirement here found to have been imposed and that he can be classified as a direct victim.

<sup>6</sup> *Supra*, note 2.

<sup>7</sup> *Supra*, note 3, Decision T.D. 4/92, at p. 22; 17 C.H.R.R. D/236, at p. D/251.

<sup>8</sup> *Supra*, note 2, at p. 442.

Dans sa décision, le Tribunal cite l’arrêt *Singh (Re)*<sup>6</sup> et relève que l’avocat des ministres requérants a reconnu que, à la lumière de la décision de la Cour d’appel, «le tribunal a compétence pour examiner cette question dans la mesure où Jawahar était, en fait, la “victime” d’un acte discriminatoire ayant eu lieu à l’étranger»<sup>7</sup>. Le tribunal cite le juge Hugessen qui, au nom de la Cour d’appel, a déclaré dans l’arrêt *Singh (Re)* que<sup>8</sup>:

À mon sens, une personne à qui l’on refuse, pour des motifs illicites, la possibilité de parrainer une demande de droit d’établissement est une «victime» au sens de la Loi, peu importe que d’autres personnes soient ou non aussi des victimes.

J’irais cependant beaucoup plus loin. La question de savoir qui est la «victime» de l’acte discriminatoire reproché est presque exclusivement une question de fait. La législation sur les droits de la personne ne tient pas tant compte de l’intention à l’origine des actes discriminatoires que de leur effet. L’effet n’est d’aucune façon limitée à la «cible» présumée de l’acte discriminatoire et il est tout à fait concevable qu’un acte discriminatoire puisse avoir des conséquences qui sont suffisamment directes et immédiates pour justifier qu’on qualifie de «victimes» des personnes qui n’ont jamais été visées par l’auteur des actes en question.

Dans sa décision, le Tribunal releva également la manière dont, dans l’affaire *Singh (Re)*, la Cour d’appel avait classifié l’ensemble des affaires qui lui étaient soumises dans le cadre de ce renvoi, c’est-à-dire les affaires portant sur des visas de visiteur et celles portant sur le «parrainage». C’est dans ce dernier groupe que le juge Hugessen, J.C.A., avait classé la plainte de Jawahar Menghani. Tout en reconnaissant que cette affaire ne portait pas sur le statut d’immigrant parrainé prévu par la *Loi sur l’immigration*, le tribunal en conclut néanmoins qu’il ne fallait pas interpréter l’arrêt *Singh (Re)* comme ne comprenant, parmi les victimes éventuelles, que les personnes qui répondaient à toutes les conditions prévues par la *Loi* en matière de parrainage; il convient plutôt de l’interpréter comme s’appliquant aussi à un citoyen canadien ou résident permanent qui subit les conséquences d’un acte discriminatoire, si tant est que ces conséquences soient suffisamment directes et immédiates. On trouve dans cet arrêt les critères permettant de mesurer ces conséquences et, à la lumière de ces critères et d’après la preuve qui lui a été pré-

<sup>6</sup> Précité, note 2.

<sup>7</sup> Précité, note 3, décision D.T. 4/92, aux p. 33 et 34; 17 C.H.R.R. D/236, à la p. D/251.

<sup>8</sup> Précité, note 2, à la p. 442.

The Tribunal's conclusion,<sup>9</sup> as earlier noted, is that Nandlal Menghani had been discriminated against contrary to section 5 of the CHRA and that Jawahar Menghani was a victim of the discriminatory practice as well, and consequently the Tribunal had jurisdiction to make a determination on the latter's complaint.

That conclusion gives rise to the applicant Ministers' first ground for judicial review, essentially arguing that the Commission has no jurisdiction to refer the complaint to a Human Rights Tribunal and by implication that the Tribunal erred by finding it had jurisdiction under the CHRA. Two general principles are relied upon. The first is that an alien has no right to enter the country except subject to such terms and conditions as the law provides, here by the *Immigration Act* and Regulations. The second is that statutes, including the CHRA, have no extraterritorial application except as may be provided by Parliament. Here the extraterritorial application of the Act is defined by paragraph 40(5)(c) and is limited to discriminatory practice occurring outside Canada where the victim of the practice is a Canadian citizen or permanent resident. In this case the discrimination found by the Tribunal was said to be the practice of insisting upon evidence in a certain form to establish family relationship, and this had the effect of not allowing Jawahar Menghani to sponsor his brother for landed immigrant status. In fact it is urged that the alleged discriminatory practice was in respect of treatment outside Canada, in New York, of a potential immigrant who was not a citizen or permanent resident of Canada and who could not himself file a complaint under the CHRA. Permitting the brother Jawahar to file a complaint was said to be authorizing indirectly what the statute precluded doing directly. Moreover, Jawahar Menghani did not apply to sponsor his brother in the terms of sponsorship provided under the *Immigration Act* and Regulations for family members; rather, he put forth a family business

<sup>9</sup> *Supra*, note 3; Decision T.D. 4/92, at p. 28; 17 C.H.R.R. D/236, at pp. D/254-D/255.

sentée, le Tribunal a conclu que Jawahar Menghani a personnellement fait l'objet d'une discrimination du fait de l'exigence qui en l'espèce a été imposée par les services de l'immigration et que, de ce fait, il peut être considéré comme une victime directe.

Comme nous l'avons rappelé plus haut, le Tribunal a conclu<sup>9</sup> que Nandlal Menghani a fait l'objet d'un traitement discriminatoire, en violation de l'article 5 de la LCDP et que Jawahar Menghani a, lui aussi, été victime de cet acte discriminatoire et que, par conséquent, le Tribunal avait compétence pour se prononcer sur la plainte formulée par celui-ci.

Cette conclusion fonde le premier motif de la demande de contrôle judiciaire présentée par les ministres requérants qui font valoir, pour l'essentiel, que la Commission n'avait pas compétence pour porter la plainte devant un Tribunal des droits de la personne et, implicitement, que c'est à tort que le Tribunal a conclu que la LCDP lui conférait effectivement cette compétence. Ils se fondent, pour cela, sur deux principes généraux. Le premier est qu'un étranger n'a aucunement le droit d'entrer dans ce pays si ce n'est aux conditions prévues par la loi, en l'espèce la *Loi sur l'immigration* et son règlement d'application. Le second est que les lois, y compris la LCDP, ne s'appliquent pas en dehors du territoire national sauf exception prévue par le législateur. Ici, l'application extra-territoriale de la Loi est définie à l'alinéa 40(5)(c) et se limite aux actes de discrimination se produisant en dehors du Canada alors que la victime de ces actes est soit citoyen canadien, soit résident permanent. La discrimination constatée par le Tribunal en l'espèce serait la pratique qui consiste à exiger, pour démontrer l'existence d'un lien familial, un certain type de preuves, cette pratique ayant eu pour effet d'interdire à Jawahar Menghani de parrainer son frère dans le cadre de la demande de statut d'immigrant reçu présentée par celui-ci. On fait d'ailleurs valoir que la présumée pratique discriminatoire est constituée par le traitement imposé, à New York, c'est-à-dire en dehors du Canada, à un candidat à l'immigration qui n'était pas citoyen du Canada ou résident permanent et qui ne pouvait pas lui-même porter plainte en vertu de la LCDP. Selon cette thèse, en permettant à son frère Jawahar de porter plainte,

<sup>9</sup> Précité, note 3; décision D.T. 4/92, à la p. 42; 17 C.H.R.R. D/236 aux p. D/254 et D/255.

employment offer, approved by departmental officials to provide employment for Nandlal if he were admitted to Canada as an immigrant, an offer which had expired before Nandlal applied for a visa. Finally, the applicants urge that Jawahar Menghani is not a victim within paragraph 40(5)(c) for he was not discriminated against on the basis of his personal characteristics and the conclusion of the Tribunal that he was dealt with in an improper manner is not sufficient to constitute discrimination under the CHRA. The comments of Hugessen J.A. in *Singh (Re)* in relation to possible victims of discriminatory practices, it is urged, were *obiter dicta* and are not determinative of the issue in this case now that the facts have been investigated and determined.

For all these reasons it is urged the Commission had no jurisdiction to investigate the complaint or to refer it to the Tribunal. By inference the Tribunal then was without jurisdiction to deal with the matter.

I have already noted that I consider the Commission's authority to investigate the complaint was clearly settled in the affirmative by the Court of Appeal's decision in *Singh (Re)*. The Commission's decision that the complaint was within its jurisdiction is drawn by implication from the decision to refer the complaint to a tribunal. Since that body confirmed the Commission's decision about jurisdiction, affirming its jurisdiction to deal with the matter when that was directly questioned by the applicant Ministers, and articulating the reasons for its conclusion on that issue, its decision was the basis of argument concerning the jurisdiction of the Commission, and of the Tribunal, under paragraph 40(5)(c) of the CHRA.

on autoriserait de manière indirecte quelque chose que la loi interdit de faire directement. De plus, en demandant à parrainer son frère, Jawahar Menghani ne s'en est pas tenu aux conditions prévues par la *Loi sur l'immigration* et son règlement d'application pour le parrainage de membres de la famille; au contraire, il a fait état d'une offre d'emploi dans l'entreprise familiale. Les fonctionnaires du Ministère approuvèrent cette idée de fournir à Nandlal un emploi s'il était admis au Canada à titre d'immigrant, mais l'offre avait expiré avant même que Nandlal ne dépose sa demande de visa. Enfin, les requérants font valoir que Jawahar Menghani n'est pas une victime au sens de l'alinéa 40(5)c), étant donné qu'il n'a pas fait l'objet d'un traitement discriminatoire en raison de ses caractéristiques personnelles. Selon eux, même si le tribunal a conclu que l'intéressé a été mal traité, cela ne suffit pas à constituer un acte discriminatoire aux termes de la LCDP. Ils font valoir que les observations du juge Hugessen, J.C.A., dans l'arrêt *Singh (Re)*, au sujet des victimes éventuelles d'actes discriminatoires, ne sont que des remarques incidentes qui ne permettent pas de trancher la question en cause maintenant que, après enquête, les faits ont été établis.

Pour l'ensemble de ces raisons, ils font valoir que la Commission n'avait pas compétence pour enquêter sur la plainte ou pour la porter devant le Tribunal. Ainsi, par induction, le Tribunal n'était donc pas compétent pour connaître de cette affaire.

J'ai déjà indiqué qu'à mes yeux, la question de savoir si la Commission avait le pouvoir d'enquêter sur la plainte avait été nettement tranchée en Cour d'appel par l'affirmative dans l'arrêt *Singh (Re)*. Le fait que la Commission a jugé qu'elle était compétente pour connaître de cette plainte découle implicitement de sa décision de renvoyer la plainte devant un tribunal. Cette instance ayant confirmé la décision de la Commission sur la question de compétence, affirmant sa compétence à l'égard du dossier lorsque celle-ci fut mise en doute initialement par les ministres requérants, et articulant les motifs de sa conclusion sur ce point, c'est sur sa décision que porte le débat touchant la compétence de la Commission, ainsi que du Tribunal, aux termes de l'alinéa 40(5)c) de la LCDP.



Before turning to the jurisdictional argument in terms of the approach I understand is to be taken by a court that is asked to consider the decisions of administrative or quasi-judicial bodies by judicial review pursuant to section 18.1 of the *Federal Court Act*,<sup>10</sup> some of the arguments raised by the applicants, in my view subordinate to the main issue, warrant brief consideration.

The parties are agreed that Jawahar Menghani was not a "sponsor" of his brother for landed immigrant status in the sense provided under the *Immigration Act* and Regulations for sponsoring members of a family. Nevertheless, I accept the respondents' submission that the principles underlying the Court of Appeal's decision in *Singh (Re)* relating to all those cases referred to it which it classed as cases of "sponsorship", including this case, should here apply. Jawahar Menghani's involvement was as sponsor, in the general dictionary sense of that word,<sup>11</sup> of his brother's application for an immigrant visa by reason of his offer of employment in a family business under the program established by authority of the applicant Minister of Employment and Immigration.

The applicants' argument about the lack of status as a "sponsor" under the *Immigration Act* of the complainant Jawahar Menghani is based on his complaint which refers to his efforts to sponsor his brother for landed immigrant status. It would not be appropriate, in light of the purposes of the CHRA, to restrict the possibility for investigation and resolution of a complaint under that Act by interpreting the words used in the complaint, by a member of the public, in accord with the special meaning of the same words as those may be used in a particular statute. The substance of the complaint, however it is framed by the complainant, is the matter the Commission must consider.

<sup>10</sup> R.S.C., 1985, c. F-7, as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5.

<sup>11</sup> The *Shorter Oxford English Dictionary* (Oxford: Clarendon Press, 1973, rev'd. 1986), defines "sponsor", *inter alia*, as "[o]ne who enters into an engagement on behalf of another; a surety".

Avant d'examiner la question de la compétence, et la manière dont, me semble-t-il, une cour devrait aborder le problème lorsqu'il s'agit d'examiner, dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire fondée sur l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*<sup>10</sup>, les décisions d'organismes administratifs ou quasi judiciaires, il convient de se pencher brièvement sur certains des arguments invoqués par les requérants, arguments qui, à mes yeux, sont accessoires au débat principal.

Les parties conviennent que Jawahar Menghani n'était pas le «répondant» de son frère pour ce qui est du statut d'immigrant reçu selon les conditions prévues par la *Loi sur l'immigration* et son règlement pour le parrainage d'un membre de la famille. J'accepte néanmoins l'argument des intimés, selon lequel s'appliqueraient en l'espèce les principes qui sous-tendent la décision que la Cour d'appel a rendue dans l'affaire *Singh (Re)* au sujet des diverses affaires qui lui étaient soumises, y compris celle-ci, classée parmi les affaires de «parrainage». L'action de Jawahar Menghani a été celle d'un garant ou d'un répondant, au sens général que donnent à ces mots les dictionnaires<sup>11</sup>, pour ce qui est de la demande de visa d'immigrant présentée par son frère, puisqu'il a offert à celui-ci un emploi dans l'entreprise familiale dans le cadre d'un programme créé sous les auspices du ministre de l'Emploi et de l'Immigration requérant.

L'argument des requérants, lorsqu'ils prétendent qu'aux termes de la *Loi sur l'immigration* le plaignant Jawahar Menghani n'a pas la qualité de «répondant», est fondé sur la plainte présentée par celui-ci et dans laquelle il évoque les efforts qu'il a déployés en vue de parrainer son frère pour qu'il obtienne le statut d'immigrant reçu. Étant donné l'objet même de la LCDP, il n'y a pas lieu de restreindre les possibilités d'enquêter sur une plainte, et de trancher en vertu de la Loi, en interprétant la plainte formulée par un citoyen ordinaire de manière à lui donner le sens particulier que ces mêmes mots revêtent dans tel ou tel texte de loi. La Commission doit se fonder sur la substance même de la plainte, quelle

<sup>10</sup> L.R.C. (1985), ch. F-7, édicté par L.C. 1990, ch. 8, art. 5.

<sup>11</sup> Le *Shorter Oxford English Dictionary* (Oxford: Clarendon Press, 1973, revue en 1986), définit le «répondant» (*sponsor*), entre autres, comme [TRADUCTION] «[c]elui qui souscrit un engagement pour le compte d'autrui; caution».

The expiry date of the offer of employment at the time the application of Nandlal Menghani was considered in New York, was not an issue between the parties, and is of no significance for the resolution of this matter. It is acknowledged that Mr. Roberge, the immigration officer in New York, assumed at the time that the offer could be validated again at any time, so long as the department's program, and the employment opportunity, continued. That assumption was not questioned.

The suggestion that by considering Jawahar Menghani's complaint the Commission permits doing indirectly what Parliament precluded, in my view, is not well founded, even though at first glance there may be some confusion about this in light of that aspect of relief ordered by the Tribunal in relation to permitting permanent residency to Nandlal. The issue with which the Tribunal purported to deal was whether the complainant, Jawahar Menghani, was a victim of a discriminatory practice. If he were so, as the Tribunal found, it is urged by the respondent that his complaint was within the jurisdiction of the Tribunal, and the Commission, within the meaning of paragraph 40(5)(c). The Tribunal did not purport to deal with a complaint on behalf of Nandlal Menghani, who had no status to complain for consideration by the Commission, by reason of that provision of the CHRA.

I turn to the question of the appropriate standard for review of the Tribunal's decision. In *Canada (Attorney General) v. Mossop* the Supreme Court of Canada held that where the question raised in proceedings under the *Canadian Human Rights Act* is one of general statutory interpretation the determination of the Tribunal is subject to judicial review on the basis of correctness, not on a standard of reasonableness.<sup>12</sup> Just as defining the term "family status" in section 3 of the *Canadian Human Rights Act*, not otherwise defined in the Act, was found to be a matter of statutory interpretation in *Mossop*, so in my view is the matter here raised of defining "victim" as used in

que soit la manière dont elle a été formulée par le plaignant.

La date d'expiration de l'offre d'emploi, à l'époque où a été examinée, à New York, la demande de Nandlal Menghani, n'est pas en cause; elle n'affecte d'ailleurs en rien la solution qui pourrait être apportée à cette affaire. Il est admis que M. Roberge, l'agent d'immigration en poste à New York, avait à l'époque supposé que cette offre pourrait, à toute époque, être réactivée, tant que seraient maintenus le programme du Ministère et l'occasion d'emploi. Cette hypothèse ne faisait aucun doute.

L'idée qu'en se penchant sur la plainte de Jawahar Menghani, la Commission permet que soit fait, de manière indirecte, quelque chose dont le législateur n'avait pas voulu, n'est à mon avis guère justifiée, même si, au premier abord, on pourrait s'y tromper, le Tribunal ayant ordonné à titre de réparation qu'on accorde à Nandlal la résidence permanente. Le Tribunal entendait trancher la question de savoir si le plaignant, Jawahar Menghani, avait été victime d'un acte discriminatoire. L'intimé soutient que si, ainsi qu'en a conclu le Tribunal, c'était effectivement le cas, sa plainte relevait bien de la compétence du Tribunal, et de la Commission, aux termes de l'alinéa 40(5)c). Le Tribunal n'entendait pas examiner une plainte formulée au nom de Nandlal Menghani, étant donné que, en raison de cette disposition de la LCDP, celui-ci n'avait pas qualité pour présenter une plainte sur laquelle la Commission pourrait statuer.

Abordons maintenant la question de la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer à la décision du Tribunal. Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Mossop*, la Cour suprême du Canada a jugé que lorsqu'une procédure engagée sous le régime de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* porte sur une question générale d'interprétation des lois, le contrôle judiciaire de la décision du Tribunal se fera en fonction de la justesse de cette décision et non de son caractère raisonnable<sup>12</sup>. Tout comme dans l'affaire *Mossop* où, il a été décidé que la définition à donner de l'expression «situation de famille», qui figure à l'article 3 de la *Loi canadienne sur les droits*

<sup>12</sup> [1993] 1 S.C.R. 554, *per* La Forest J. (with whom 5 other members of the 7 member Court hearing the case agreed), at pp. 583-585.

<sup>12</sup> [1993] 1 R.C.S. 554, le juge La Forest (sur lequel se sont alignés cinq autres juges, la cause ayant été entendue par une formation de sept juges), aux p. 583 à 585.

paragraph 40(5)(c) of the Act, and the meaning ascribed to that word by the Tribunal is subject to review on the basis of correctness.

In my approach to assessing “correctness” of the Tribunal’s conclusion about jurisdiction, my initial consideration, in light of subsection 18.1(4) of the *Federal Court Act*, is that the ultimate burden is on the applicants to establish that the Tribunal “acted without jurisdiction, acted beyond its jurisdiction” or that it acted in error in one of the other ways provided by that subsection as a basis for the Court to grant relief. The ultimate burden is not on the respondents to establish that the Tribunal was, in the final analysis, “correct”. That, in my view, is to be assumed if the applicants fail to satisfy the Court that the Tribunal has erred, unless the Court for other reasons, even of its own, is persuaded that the Tribunal has erred.

The respondent Commission urges, supported by the comments of Hugessen J.A. in *Singh (Re)*<sup>13</sup> that determination as to who is the “victim” within the meaning of the Act is almost wholly one of fact, that the determination of the Tribunal that Jawahar Menghani was here a victim is a determination of fact which this Court should be loathe to set aside. While deference is appropriately given to “fact-finding and adjudication in a human rights context” of tribunals appointed under the CHRA, as Mr. Justice La Forest expressed it in *Mossop*, that deference does not extend to general questions of law involving statutory interpretation and general legal reasoning.<sup>14</sup> That distinction may leave open some questions in analysis of the functions of the Tribunal and the role of the reviewing Court, but *Mossop* does settle that if the facts found by the Tribunal are what may sometimes be described as jurisdictional facts, perhaps conclusions or inferences drawn from actual facts established, upon which interpretation of the tribunal’s statutory jurisdiction is based, then the Tribu-

*de la personne*, et qui n’est pas définie autre part dans la Loi, était une question d’interprétation des lois, j’estime qu’en l’espèce la question de la définition du mot «victime» qui figure à l’alinéa 40(5)c) de la Loi, et du sens qui a été donné à ce mot par le Tribunal, peut faire l’objet d’un contrôle judiciaire quant à sa justesse.

Pour évaluer la «justesse» de la conclusion à laquelle le Tribunal en est arrivé sur la question de la compétence, je dirai d’abord à la lumière du paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur la Cour fédérale*, que c’est en dernière analyse aux requérants qu’il appartient de démontrer que le Tribunal «a agi sans compétence, outrepassé celle-ci», ou a commis une autre des fautes prévues dans ce paragraphe, et que c’est à ce titre que la Cour doit ordonner un redressement. Ce n’est pas, en dernière analyse, aux intimés qu’il appartient de démontrer la «justesse» de la décision rendue par le Tribunal. J’estime qu’on pourra tenir cela pour acquis si les requérants ne parviennent pas à convaincre la Cour que le Tribunal a fait erreur, à moins que, pour d’autres raisons, voire de son propre chef, la Cour soit convaincue que le Tribunal s’est effectivement trompé.

La Commission intimée soutient, en s’appuyant sur les observations du juge Hugessen, J.C.A. dans l’arrêt *Singh (Re)*<sup>13</sup>, que la question de savoir qui est une «victime» au sens de la Loi est presque exclusivement une question de fait, et que la décision du Tribunal concluant qu’en l’espèce Jawahar Menghani était effectivement une victime, est une conclusion de fait que la Cour devrait hésiter à infirmer. Si c’est à juste titre qu’on fait preuve de retenue envers «l’appréciation des faits et sur les décisions dans un contexte des droits de la personne» des tribunaux nommés en vertu de la LCDP, selon la formule utilisée par M. le juge La Forest dans l’arrêt *Mossop*, cette retenue ne s’étend pas aux questions générales de droit portant sur l’interprétation des lois ou sur des raisonnements juridiques généraux<sup>14</sup>. Cette distinction risque de laisser certaines questions sans réponse lorsqu’on analyse les fonctions du Tribunal et le rôle de la Cour exerçant un contrôle judiciaire, mais il est clair, d’après l’arrêt *Mossop*, que si les faits constatés par le Tribunal peuvent être ce qu’on appelle parfois

<sup>13</sup> *Supra*, note 2.

<sup>14</sup> *Supra*, note 12, at p. 585.

<sup>13</sup> Précité, note 2.

<sup>14</sup> Précité, note 12, à la p. 585.

nal's interpretation of its own statutory authority is necessarily subject to review by the Court when judicial review is requested and jurisdiction of the Tribunal is at issue.

For the respondent Commission, argument in support of the Tribunal's finding of jurisdiction parallels that of the Tribunal itself. It is urged that paragraph 40(5)(c) be interpreted in light of the purpose of the *Canadian Human Rights Act* as it is now set out in section 2 which, in so far as it relates to discriminatory practices based on national origin, provides:

2. The purpose of this Act is to extend the laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of Parliament, to the principle that every individual should have an equal opportunity with other individuals to make for himself or herself the life that he or she is able and wishes to have, consistent with his or her duties and obligations as a member of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on . . . national . . . origin . . .

In furtherance of that purpose, I note that section 3 provides that "For all purposes of this Act . . . national . . . origin [and other factors referred to in section 2] are prohibited grounds of discrimination."

The purpose of the Act has been clearly recognized by then Chief Justice Dickson speaking for the Supreme Court of Canada in *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*,<sup>15</sup> though he was then considering an earlier version of section 2 [S.C. 1976-77, c. 33] expressing the purpose of the *Canadian Human Rights Act*. He said, in part:

I recognize that in the construction of such legislation the words of the Act must be given their plain meaning, but it is equally important that the rights enunciated be given their full recognition and effect. We should not search for ways and means to minimize those rights and to enfeeble their proper impact.

The purpose of the Act is not to punish wrongdoing but to prevent discrimination.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> [1987] 1 S.C.R. 1114.

<sup>16</sup> *Id.*, at p. 1134.

des faits juridictionnels, des conclusions ou inférences tirées de faits établis, sur lesquelles est fondée l'interprétation de la compétence légale du Tribunal, alors la manière dont le Tribunal a interprété son pouvoir légal sera, par la force des choses, soumise à la Cour chargée du contrôle judiciaire si la compétence du Tribunal est en cause.

L'argument invoqué par la Commission intimée, à l'appui de la décision du Tribunal concluant à sa propre compétence, rejoint le raisonnement adopté par le Tribunal. On fait valoir que l'alinéa 40(5)c) doit être interprété par rapport à l'objet de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, exposé en son article 2 et qui, en matière de discrimination fondée sur l'origine nationale, prévoit que:

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, au principe suivant: le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement, indépendamment des considérations fondées sur . . . l'origine nationale . . .

Je relève que, à cet effet, l'article 3 prévoit que «Pour l'application de la présente loi, les motifs de distinction illicite sont . . . l'origine nationale [ainsi que les autres considérations évoquées à l'article 2]».

L'objet de la Loi a été explicitement reconnu par le juge Dickson, juge en chef à l'époque, qui, se prononçant au nom de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*,<sup>15</sup> a déclaré, entre autres, même s'il s'agissait d'une version antérieure de l'article 2 [S.C. 1976-77, ch. 33] exposant l'objet de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, que:

Je reconnais qu'en interprétant la Loi, les termes qu'elle utilise doivent recevoir leur sens ordinaire, mais il est tout aussi important de reconnaître et de donner effet pleinement aux droits qui y sont énoncés. On ne devrait pas chercher par toutes sortes de façons à les minimiser ou à diminuer leur effet.

La Loi n'a pas pour objet de punir la faute, mais bien de prévenir la discrimination.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> [1987] 1 R.C.S. 1114.

<sup>16</sup> *Id.*, à la p. 1134.

The Supreme Court has recognized that human rights legislation “is not to be treated as another ordinary law of general application. It should be recognized for what it is, a fundamental law.”<sup>17</sup> The approach to interpreting human rights statutes was further elaborated by McIntyre J. speaking for the Supreme Court in *Ontario Human Rights Commission and O’Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*,<sup>18</sup> when he said:

It is not, in my view, a sound approach to say that according to established rules of construction no broader meaning can be given to the Code than the narrowest interpretation of the words employed. The accepted rules of construction are flexible enough to enable the Court to recognize in the construction of a human rights code the special nature and purpose of the enactment . . . and give to it an interpretation which will advance its broad purposes. Legislation of this type is of a special nature, not quite constitutional but certainly more than the ordinary—and it is for the courts to seek out its purpose and give it effect. The Code aims at the removal of discrimination. This is to state the obvious. Its main approach, however, is not to punish the discriminator, but rather to provide relief for the victims of discrimination. It is the result or the effect of the action complained of which is significant. If it does, in fact, cause discrimination; if its effect is to impose on one person or group of persons obligations, penalties, or restrictive conditions not imposed on other members of the community, it is discriminatory.

Counsel for the respondent Commission referred to the comments of Hugessen J.A. in *Singh (Re)*,<sup>19</sup> as the Tribunal decision does, that in given circumstances there may be more than one victim. Moreover, as the learned justice there points out, paragraph 5(b) of the *Canadian Human Rights Act*, makes it a discriminatory practice, in the provision of services customarily available to the general public, to differentiate adversely in relation to an individual on a prohibited ground of discrimination, so that as he expressed it, “it is a discriminatory practice for A, in

<sup>17</sup> Per Lamer J. (as he then was) in *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink et al.*, [1982] 2 S.C.R. 145, at p. 158 quoted with approval by then Dickson C.J. in *Canadian National Railway Co.*, *supra*, note 15, at p. 1136.

<sup>18</sup> [1985] 2 S.C.R. 536 at pp. 546-547.

<sup>19</sup> *Supra*, note 2.

La Cour suprême a reconnu qu’un code des droits de la personne «ne doit pas être considéré comme n’importe quelle autre loi d’application générale, il faut le reconnaître pour ce qu’il est, c’est-à-dire une loi fondamentale<sup>17</sup>.» La démarche à suivre dans l’interprétation des lois sur les droits de la personne a été à nouveau précisée par le juge McIntyre qui, au nom de la Cour suprême, a déclaré, dans l’arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O’Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*<sup>18</sup>:

Ce n’est pas, à mon avis, une bonne solution que d’affirmer que, selon les règles d’interprétation bien établies, on ne peut prêter au Code un sens plus large que le sens le plus étroit que peuvent avoir les termes qui y sont employés. Les règles d’interprétation acceptées sont suffisamment souples pour permettre à la Cour de reconnaître, en interprétant un code des droits de la personne, la nature et l’objet spéciaux de ce texte législatif . . . et de lui donner une interprétation qui permettra de promouvoir ses fins générales. Une loi de ce genre est d’une nature spéciale. Elle n’est pas vraiment de nature constitutionnelle, mais elle est certainement d’une nature qui sort de l’ordinaire. Il appartient aux tribunaux d’en rechercher l’objet et de le mettre en application. Le Code vise la suppression de la discrimination. C’est là l’évidence. Toutefois, sa façon principale de procéder consiste non pas à punir l’auteur de la discrimination, mais plutôt à offrir une voie de recours aux victimes de la discrimination. C’est le résultat ou l’effet de la mesure dont on se plaint qui importe. Si elle crée effectivement de la discrimination, si elle a pour effet d’imposer à une personne ou à un groupe de personnes des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres membres de la société, elle est discriminatoire.

Comme dans la décision du Tribunal, l’avocat de la Commission intimée cite les observations du juge Hugessen, J.C.A. dans l’arrêt *Singh (Re)*<sup>19</sup> pour dire que, selon les circonstances, il se peut qu’il y ait plus d’une victime. Le juge Hugessen avait d’ailleurs également noté que, d’après l’alinéa 5b) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, constitue un acte discriminatoire, s’il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, pour un fournisseur de services destinés au public, de défavoriser un individu et, selon lui «constitue un acte discriminatoire le fait

<sup>17</sup> Juge Lamer, aujourd’hui juge en chef, dans l’arrêt *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink et autre*, [1982] 2 R.C.S. 145, à la p. 158, cité avec approbation par le juge Dickson, juge en chef à l’époque, dans l’arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, précité, note 15, à la p. 1136.

<sup>18</sup> [1985] 2 R.C.S. 536 aux p. 546 et 547.

<sup>19</sup> Précité, note 2.

providing services to B, to differentiate on prohibited grounds in relation to C.”<sup>20</sup>

That principle, that discriminatory treatment of one may give rise to a valid complaint of another who is adversely affected by the discriminatory act or practice has been recognized by the Court of Appeal of New Brunswick in *Board of Education of District No. 15 v. Human Rights Board of Inquiry (N.B.)*,<sup>21</sup> where the father of a child enrolled in a school district was held to be a proper complainant in circumstances where it was alleged that the School Board violated provincial human rights law prohibiting discrimination in the delivery of services to the public by retaining as an active classroom teacher one who published statements said to be discriminatory and anti-Jewish. That case concerned an appeal from an order quashing a ministerial order referring the complaint for a hearing, which appeal was allowed, thus permitting a board of inquiry to proceed with a hearing of the complaint. In *Tabar (Bahjat), Chong Man Lee and Kyung S. Lee v. David Scott & West End Construction Ltd.*,<sup>22</sup> a board of inquiry acting under the *Ontario Human Rights Code, 1981*, [S.O. 1981, c. 53] awarded relief to a complainant who had suffered loss when his landlord refused to permit assignment of his lease because of discriminatory practice in relation to the race or other prescribed grounds concerning personal characteristics of the intended assignees of the lease. In my view these cases, referred to by the Tribunal as well as counsel for the respondent Commission, are illustrative of the principle recognized by Hugessen J.A. in *Singh (Re)*.

In that same comment Mr. Justice Hugessen suggests that a “victim” of discriminatory practices under the CHRA, particularly one who may never have been within the contemplation of the author of the practice, must be one who suffers consequences sufficiently direct and immediate. In assessing the consequences in this case, the Tribunal considered

pour A, à l’occasion de la fourniture de services à B, d’établir une distinction illicite à l’égard de C»<sup>20</sup>.

Le principe, selon lequel le traitement discriminatoire infligé à une personne peut donner lieu au dépôt d’une plainte valide par une autre personne, lésée par l’acte discriminatoire, a été reconnu par la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick dans l’affaire *Conseil scolaire du district n° 15 c. Commission d’enquête sur les droits de la personne (N.-B.)*,<sup>21</sup> où il a été jugé que le père d’un enfant inscrit dans un district scolaire avait qualité pour présenter une plainte dans une situation où l’on faisait valoir que, en continuant de confier des classes à un enseignant qui avait publié des déclarations de caractère discriminatoire et anti-juif, le conseil scolaire avait enfreint la loi provinciale sur les droits de la personne interdisant la discrimination en matière de services au public. Il y eut appel d’une ordonnance infirmant une directive ministérielle ordonnant l’audition de la plainte. L’appel fut accueilli, ce qui permit à une commission d’enquête d’entendre la plainte. Dans l’affaire *Tabar (Bahjat), Chong Man Lee and Kyung S. Lee v. David Scott & West End Construction Ltd.*,<sup>22</sup> une commission d’enquête nommée dans le cadre du *Human Rights Code, 1981* de l’Ontario [S.O. 1981, ch. 53], accorda réparation à un plaignant qui avait subi un préjudice du fait que son propriétaire avait refusé, de manière discriminatoire, d’autoriser une cession de bail en raison de la race ou d’autres motifs prohibés ayant trait aux caractéristiques personnelles des personnes à qui le bail devait être cédé. Ces affaires, citées par le Tribunal ainsi que par l’avocat de la Commission intimée, illustrent, d’après moi, le principe reconnu par le juge Hugessen, J.C.A. dans l’arrêt *Singh (Re)*.

Le juge Hugessen fait en même temps valoir que la personne «victime» d’un acte discriminatoire au regard de la LCDP, et notamment quelqu’un qui n’était pas du tout visé par l’auteur de l’acte en cause, doit en avoir subi les conséquences de manière suffisamment directe et immédiate. En l’espèce, pour évaluer de telles conséquences, le Tribunal a examiné la

<sup>20</sup> *Id.*, at p. 440.

<sup>21</sup> (1989), 100 N.B.R. (2d) 181 (C.A.).

<sup>22</sup> (1985), 6 C.H.R.R. D/2471 (Ont. Bd. Inq.).

<sup>20</sup> *Id.*, à la p. 440.

<sup>21</sup> (1989), 100 N.B.R. (2d) 181 (C.A.).

<sup>22</sup> (1985), 6 C.H.R.R. D/2471 (C.E.ONT.).

the evidence in light of factors it considered relevant in the circumstances, as follows:<sup>23</sup>

1. Degree of consanguinity of the Canadian relative to the prospective immigrant;
2. The dependency (financial, emotional) of the Canadian relative on the prospective immigrant;
3. Deprivation of significant commercial or cultural opportunities to the Canadian relative by the absence of the prospective immigrant;
4. The historical closeness of the relationship between the two persons;
5. The degree of involvement of the Canadian relative in supporting the application for immigration under the *Immigration Act* and Regulations.

I do not propose to review the evidence considered by the Tribunal in relation to these factors. Its process was not the subject of attack for perceived error by the applicants, rather they were content to submit simply that Jawahar Menghani was not the victim of discriminatory practice directed to him in relation to his personal characteristics. I am not persuaded that the Tribunal committed overriding error in its assessment of the consequences of the practice that it found to be discriminatory as those consequences were experienced by the respondent Jawahar Menghani. Nor am I persuaded that the Tribunal erred in its conclusion that he was a "victim" within the meaning of paragraph 40(5)(c) of a discriminatory practice prohibited by paragraph 5(b) of the Act by differentiating adversely on a prohibited ground, national origin, in relation to the services provided in considering the application for permanent residence submitted by Nandlal Menghani, assuming for the moment the Tribunal's conclusion that there was discriminatory practice should be upheld, an assumption questioned by the applicants' third ground for judicial review.

Thus, in my view, the Court may assume that the Tribunal's finding that it had jurisdiction was correct, for there is no other basis that suggests itself to me for finding otherwise. Indeed, I would go further. In my opinion, that finding of the Tribunal was correct on the basis of the evidence adduced. I reach that opinion primarily because of the active role, the

preuve au regard de facteurs jugés pertinents compte tenu de la situation. Voici les facteurs retenus par le Tribunal<sup>23</sup>:

- a 1. Le degré de consanguinité qui existe entre le parent canadien et l'immigrant éventuel;
2. la dépendance (financière, émotive) du parent canadien à l'égard de l'immigrant éventuel;
- b 3. la privation d'une chance du point de vue commercial ou culturel pour le parent canadien si l'immigrant éventuel ne peut entrer au pays;
4. l'existence d'un rapport étroit dans le passé entre les deux personnes;
- c 5. la participation du parent canadien à la demande d'immigration présentée en vertu de la *Loi sur l'immigration* et de son règlement d'application.

Je n'entends pas me pencher sur la preuve retenue par le Tribunal touchant ces divers facteurs. Les requérants ne reprochent pas au Tribunal des erreurs sur ce point, mais font simplement valoir que Jawahar Menghani n'a pas été victime d'un acte discriminatoire fondé sur ses propres caractéristiques personnelles. Je ne suis pas convaincu que le Tribunal se soit carrément trompé dans son évaluation des conséquences de l'acte qu'il a jugé discriminatoire, dans la mesure où ces conséquences visaient l'intimé Jawahar Menghani. Je ne suis pas non plus convaincu que le Tribunal ait fait erreur en décidant que l'intimé a été «victime», au sens de l'alinéa 40(5)c), d'un acte discriminatoire contraire à l'alinéa 5b) de la Loi le défavorisant, pour un motif de distinction illicite, l'origine nationale, dans le cadre d'une prestation de services, à savoir l'examen de la demande de résidence permanente présentée par Nandlal Menghani, à supposer pour l'instant qu'il convienne de confirmer la décision du Tribunal concluant à l'existence d'un acte discriminatoire, hypothèse mise en doute par le troisième motif de contrôle judiciaire invoqué par les requérants.

J'estime donc que la Cour peut admettre en postulat que le Tribunal a eu raison de décider qu'il était compétent, étant donné que je ne vois aucune raison de conclure différemment. Je dirais même plus, j'estime que la conclusion du tribunal était juste au regard de la preuve. Cette opinion est principalement fondée sur le rôle actif, la participation, de Jawa-

<sup>23</sup> *Supra*, note 3, Decision T.D. 4/92, at pp. 25-26; 17 C.H.R.R. D/236, at p. D/253.

<sup>23</sup> Précité, note 3, décision D.T. 4/92, à la p. 38; 17 C.H.R.R., D/236, à la p. D/253.

involvement, of Jawahar as the assisting relative within the program, of the respondent Minister of Employment and Immigration, for Family Businesses—Job Offers to Relatives. That program complemented others serving family reunification goals, then a primary purpose under the *Immigration Act*, and it was designed to serve not merely the intended immigrant but the assisting relative as well, in circumstances where the employment offered depended substantially on trust, close relationship and a working environment which involved unusual aspects such as long hours. Counsel for the respondent Commission described the program as one creating a triangular relationship between the assisting relative, the department and the prospective immigrant. I prefer to think of the program as one, created by the department, which gave rise to obligations of the department to both the assisting relative and to the prospective immigrant.

In this case, aside from the relationship created when the respondent Jawahar Menghani put forth his offer of employment for his brother in the family business, there was no lack of evidence of the continued involvement of Jawahar in the process, by meeting with officials in Ottawa, by representations to Ministers and others and by sending documentation and inquiries and information to New York. Included was information on the dire consequences Jawahar expected for his business venture if his brother were not available to work in the business, as he had been in part while in Canada on a student visa prior to his application for an immigrant visa to the New York office. As earlier noted, after the business failed Jawahar ascribed its failure in substantial part to his brother's inability to work in the business.

These circumstances, and others reviewed by the Tribunal in assessing whether consequences of the practice found to be discriminatory were sufficiently direct and immediate for Jawahar Menghani to be considered a victim under paragraph 40(5)(c), lead me to conclude that the tribunal was correct in its determination that the complaint in this case was

har en tant que garant dans le cadre du programme mis sur pied par le ministre de l'Emploi et de l'Immigration intimé pour les entreprises familiales—offres d'emploi faites à des parents. Ce programme venait compléter d'autres programmes favorisant la réunion des familles, un des principaux objets, à l'époque, de la *Loi de l'immigration*, et ce programme s'adressait non seulement aux candidats à l'immigration, mais également au parent offrant son assistance dans les cas où l'emploi en question était un poste de confiance ou supposait des relations de travail particulières ou encore lorsqu'il s'agissait d'un milieu de travail comportant des caractéristiques inhabituelles telles que de longues heures de travail. L'avocat de la Commission intimée a dit de ce programme qu'il crée une relation triangulaire entre le garant, le Ministère et le candidat à l'immigration. J'ai plutôt tendance à voir dans ce programme instauré par le Ministère quelque chose qui lui crée des obligations envers le garant et le candidat à l'immigration.

Mais, en plus de la relation découlant de l'emploi que l'intimé Jawahar Menghani proposait à son frère dans l'entreprise familiale, de nombreux éléments démontrent la participation soutenue de Jawahar à l'ensemble des démarches nécessaires, que ce soit en rencontrant, à Ottawa, des fonctionnaires du Ministère, en écrivant au ministre et à d'autres, et en transmettant à New York des documents, des demandes de renseignements et des informations. Jawahar a notamment fait état des conséquences graves qu'il prévoyait au niveau de son entreprise si son frère ne pouvait pas y venir travailler alors qu'il avait pu y travailler à temps partiel quand il bénéficiait encore d'un visa d'étudiant, c'est-à-dire avant de transmettre au bureau de New York sa demande de visa d'immigrant. Rappelons que, selon Jawahar, la faillite de l'entreprise est pour une large part due au fait que son frère n'a pas pu venir l'y rejoindre.

Toutes ces circonstances, et aussi celles dont le Tribunal a tenu compte pour décider si les conséquences des actes jugés discriminatoires avaient affecté Jawahar Menghani de manière suffisamment directe et discriminatoire pour qu'on puisse considérer ce dernier comme une victime aux termes de l'alinéa 40(5)c, me portent à conclure que c'est à juste titre



within its jurisdiction under the *Canadian Human Rights Act*.

Judicial review as an alternative to the process under the CHRA

The applicants' second ground refers to paragraph 41(b) of the *Canadian Human Rights Act* which provides:

41. Subject to section 40, the Commission shall deal with any complaint filed with it unless in respect of that complaint it appears to the Commission that

(b) the complaint is one that could more appropriately be dealt with, initially or completely, according to a procedure provided for under an Act of Parliament other than this Act;

The applicants argue that "the allegation that Nandlal Menghani was treated unfairly could more appropriately have been dealt with under section 18.1 of the *Federal Court Act*. That is the common procedure for challenges to the decision of visa officers. That is also a more timely procedure; a decision in the judicial review application could have been made as early as in 1982." This submission challenges the decision of the Commission to refer the complaint for consideration by a tribunal. Indeed, in argument counsel for the applicants urged that this challenge was again related to the Commission's dealing with the complaint at all. It is submitted that the Commission was without jurisdiction because this complaint could more appropriately be dealt with by judicial review under the *Federal Court Act*.

I note that counsel for the respondents urges, *inter alia*, that no such submission was made to the Commission at earlier stages in its process either before efforts at conciliation were undertaken or before the matter was referred to a tribunal, on both of which occasions the applicant Ministers had opportunity to make representations to the Commission. He suggests it is now too late to question the decision of the Commission to refer the matter to a tribunal. Moreover, he submits that judicial review would not have encompassed considerations of the allegation of the respon-

que le tribunal s'est estimé compétent pour connaître de cette plainte sous le régime de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

<sup>a</sup> Le contrôle judiciaire, solution de rechange à la procédure prévue par la LCDP

<sup>b</sup> Le second motif invoqué par les requérants se rapporte à l'alinéa 41b) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* qui prévoit que:

41. Sous réserve de l'article 40, la Commission statue sur toute plainte dont elle est saisie à moins qu'elle estime celle-ci irrecevable pour un des motifs suivants:

<sup>c</sup> b) la plainte pourrait avantageusement être instruite, dans un premier temps, ou à toutes les étapes, selon les procédures prévues par une autre loi fédérale.

<sup>d</sup> Les requérants soutiennent que [TRADUCTION] «l'allegation voulant que Nandlal Menghani ait été injustement traité pourrait avantageusement être instruite selon la procédure prévue à l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Il s'agit de la procédure habituelle en cas de contestation de la décision d'un agent des visas. Il s'agit également d'une procédure plus expéditive car, dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, une décision aurait pu être rendue dès 1982». Cet argument conteste la décision de la Commission de renvoyer la plainte devant un tribunal. Dans sa plaidoirie, l'avocat des requérants a même fait valoir que l'argument pose à nouveau la question de savoir si la Commission devait même accueillir la plainte. Il estime que la Commission n'avait pas compétence pour le faire, étant donné que cette plainte aurait pu être avantageusement instruite selon la procédure du contrôle judiciaire prévue par la *Loi sur la Cour fédérale*.

<sup>e</sup>  
<sup>f</sup>  
<sup>g</sup>  
<sup>h</sup> L'avocat des intimés relève notamment que cet argument n'a pas été invoqué devant la Commission au début de la procédure entamée devant elle, que ce soit avant les tentatives de conciliation ou avant que l'affaire soit portée devant un tribunal, alors que, à ces deux occasions, les ministres requérants avaient la possibilité de soumettre à la Commission leur argumentation. Il estime qu'il est désormais trop tard pour mettre en doute la décision de la Commission renvoyant l'affaire devant un tribunal. Il fait par ailleurs valoir que le contrôle judiciaire n'aurait pas

dent Jawahar Menghani that there was discrimination under the *Canadian Human Rights Act*.

In my opinion there is no merit in the applicants' submissions on this issue. Under subsection 40(1):

40. (1) . . . any individual . . . having reasonable grounds for believing that a person is engaging or has engaged in a discriminatory practice may file with the Commission a complaint . . .

That is what the respondent Jawahar Menghani did. Once a complaint is filed the Commission is obligated by section 41 of the Act to deal with it "unless in respect of that complaint it appears to the Commission" certain circumstances exist, including that now pointed to by the applicants concerning an alternate more appropriate procedure under another Act of Parliament. The decision concerning whether another more appropriate procedure exists is a matter within the discretion of the Commission. It is clear, by implication from its decision to refer the complaint to a tribunal pursuant to the CHRA, that the respondent Commission did not consider the matter "could more appropriately be dealt with . . . according to a procedure provided for under an Act of Parliament other than this Act", in the words of paragraph 41(b). No ground is here suggested by the applicants for finding that the discretion of the Commission was improperly exercised except that, in the opinion of the applicants, judicial review under the *Federal Court Act* would have been more appropriate. Even if this Court shared that opinion, that would not be a basis for questioning the exercise of discretion vested in the Commission.

Moreover, the submissions of the applicants on this ground are based on the perception that the complaint in this case was initiated by Nandlal Menghani, or on his behalf. They ignore the reality that the complaint was in fact filed by Jawahar Menghani on his own behalf. Finally, while it is clear that Nandlal Menghani might have sought judicial review of the decision made by Mr. Roberge in New York, it is not clear that Jawahar Menghani, the com-

englobé la question de savoir si, comme l'affirmait l'intimé Jawahar Menghani, il avait fait l'objet de discrimination aux termes de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

J'estime que sur ce point les arguments des requérants ne sont pas fondés. Aux termes du paragraphe 40(1):

40. (1) . . . un individu . . . ayant des motifs raisonnables de croire qu'une personne a commis un acte discriminatoire peut déposer une plainte devant la Commission . . .

C'est bien ce qu'a fait l'intimé Jawahar Menghani. Selon l'article 41 de la Loi, la Commission doit statuer sur toute plainte dont elle est saisie «à moins qu'elle estime celle-ci irrecevable» pour un certain nombre de motifs, y compris le motif invoqué actuellement par les requérants, c'est-à-dire l'existence d'une autre procédure, plus adaptée, prévue par une autre loi fédérale. La décision sur la question de savoir s'il existait une autre procédure plus adaptée relève du pouvoir discrétionnaire de la Commission. Sa décision de renvoyer la plainte devant un tribunal, conformément à la LCDP, implique, il est clair, que la Commission intimée n'estimait pas que «la plainte pourrait avantageusement être instruite . . . selon les procédures prévues par une autre loi fédérale», pour reprendre la formule de l'alinéa 41b). Les requérants ne font état ici d'aucun motif permettant de conclure que la Commission ait fait une mauvaise utilisation de son pouvoir discrétionnaire; ils estiment simplement que le contrôle judiciaire, tel que prévu dans la *Loi sur la Cour fédérale*, pourrait constituer une procédure plus adaptée. Même si la Cour était de cet avis, cela ne suffirait pas pour mettre en doute la manière dont la Commission a exercé le pouvoir discrétionnaire qui lui est reconnu.

D'ailleurs, sur ce point, les arguments des requérants se fondent sur l'idée qu'en l'espèce la plainte a été entamée par Nandlal Menghani, ou pour son compte. L'argument fait fi de la réalité qui est que la plainte a, en fait, été déposée par Jawahar Menghani pour son propre compte. Enfin, il est évident que Nandlal Menghani aurait pu déposer une demande de contrôle judiciaire visant la décision prise par M. Roberge à New York, il n'est pas évident que

plainant in this case, was in any position to seek judicial review. That issue I need not determine.

There is simply no basis raised by the submissions of the applicants concerning an alternative more appropriate process for dealing with the complaint of Jawahar Menghani which would warrant intervention by this Court in relation to the Tribunal's decision.

### Findings of fact by the Tribunal

The third ground urged by the applicants is that the Human Rights Tribunal based its decision on an erroneous finding of fact, that there was discrimination on the basis of national origin, which finding was perverse or capricious or without regard to the material before it.

The finding of the Tribunal, said to be perverse or not supported by the evidence, is set out as follows:<sup>24</sup>

The practice being impugned in this case was an insistence by Mr. Roberge on a particular kind of school leaving certificate (i.e. one which is predated and clearly identifies the name of the pupil's father) when he had before him other ample evidence to prove the fraternal relationship. He conceded in his evidence that the production of the two Indian passports which predated Nandlal's interest in immigration to Canada was sufficient to prove that fact and it is clear from the evidence that Mr. Roberge had one of these documents in his possession since at least October 1981 and could have simply made a request for the other. He didn't because passports were unacceptable to him for the purpose of proving familial relationship. Instead, Mr. Roberge demanded production of the requisite school leaving certificate and nothing else would do.

This practice of requiring only certain documentation, i.e. birth certificates or school leaving certificates from applicants of Indian origin constitutes in the submission of CHRC counsel, differentiation in the provision of services on the prohibited ground of national origin and has an adverse impact on Nandlal and Jawahar in contravention of s. 5 of the *CHRA*. Although they were capable of providing other kinds of evidence, they could not provide this one particular document because of the nature in which school leaving certificates are

<sup>24</sup> *Supra*, note 3, Decision T.D. 4/92, at pp. 17-18; 17 C.H.R.R. D/236 at pp. D/247-D/248.

Jawahar Menghani, le plaignant en l'espèce, ait été en mesure de déposer une demande de contrôle judiciaire. Je n'ai pas à trancher cette question.

Les arguments présentés par les requérants en ce qui a trait à l'existence d'une autre procédure, plus adaptée à l'audition de la plainte de Jawahar Menghani, ne contiennent aucun élément portant la Cour à intervenir dans la décision prise par le Tribunal.

### Les conclusions de fait du Tribunal

Le troisième motif invoqué par les requérants est que la décision du Tribunal des droits de la personne est fondée sur une conclusion de fait erronée voulant qu'il y ait effectivement eu discrimination fondée sur l'origine nationale, cette conclusion ayant, selon eux, été tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments du dossier.

Voici la conclusion du Tribunal qu'on prétend erronée ou non conforme à la preuve<sup>24</sup>:

L'attitude reprochée en l'espèce était l'insistance de M. Roberge à ce que lui soit fourni un type particulier d'attestation de fin d'études (c'est-à-dire une attestation antérieure à la demande indiquant clairement le nom du père de l'élève) alors qu'on lui avait remis de nombreux autres éléments de preuve suffisants pour prouver le lien de parenté. Il a admis dans son témoignage que la production des deux passeports indiens dont la date était antérieure à celle de la demande d'immigration de Nandlal au Canada suffisait à prouver ce fait, et il ressort de la preuve que M. Roberge avait l'un de ces documents en sa possession depuis au moins le mois d'octobre 1981 et qu'il aurait pu tout simplement présenter une demande pour obtenir l'autre. Il ne l'a pas fait parce que, à son avis, des passeports ne pouvaient pas servir à établir le lien de parenté. M. Roberge a plutôt exigé la production de l'attestation de fin d'études requise en indiquant qu'aucun autre document ne ferait l'affaire.

L'exigence de la production de certains documents seulement, c'est-à-dire des extraits de naissance ou des attestations de fin d'études, de la part de requérants originaires de l'Inde constitue, selon l'avocat de la Commission canadienne des droits de la personne, une discrimination dans la fourniture de services pour un motif de distinction illicite, soit l'origine nationale, et a un effet préjudiciable sur Nandlal et Jawahar en violation de l'article 5 de la *LCDP*. Même si ces derniers ont été capables de produire d'autres éléments de preuve, ils ne

<sup>24</sup> Précité, note 3, décision D.T. 4/29, aux p. 25 à 27; 17 C.H.R.R. D/236, aux p. D/247 et D/248.

issued in India and because their school had not issued such certificates to them contemporaneously with their departure from the school.

Accordingly, this Tribunal finds that the policy of requiring school leaving certificates was discriminatory in that it had an adverse effect on Nandlal's attempt to gain lawful status in Canada. The adverse effect of the practice discriminated on the prohibited ground of national origin.

It is the applicants' submission that the evidence supports only a finding that Nandlal Menghani's application for a visa was refused on the basis of insufficient documentation to establish the fraternal relationship with his brother. Moreover, it is said that the doctrine of adverse effect discrimination, relied upon by the Tribunal in its decision, requires, for a finding of discrimination, evidence to establish that Nandlal was treated differently as a result of particular characteristics having been attributed to him because of his national origin. For this proposition the applicants point to the comments of then Chief Justice Dickson in *Canadian National Railway* case,<sup>25</sup> in particular his words,

... systemic discrimination in an employment context is discrimination that results from the simple operation of established procedures of recruitment, hiring and promotion, none of which is necessarily designed to promote discrimination. The discrimination is then reinforced by the very exclusion of the disadvantaged group because the exclusion fosters the belief, both within and outside the group, that the exclusion is the result of "natural" forces, for example, that women "just can't do the job" ...

In my view, the words of Dickson C.J. do not support the submission of the applicants. In any event, he was in that passage discussing "systemic discrimination" as a form of unintentional discrimination, a form which he distinguished as different from "adverse effect discrimination".

<sup>25</sup> *Supra*, note 15, at p. 1139.

pouvaient fournir ce document particulier en raison du contexte dans lequel des attestations de fin d'études sont délivrées en Inde et parce que leur école ne leur avait pas remis de telles attestations à l'époque où ils ont quitté celle-ci.

a

En conséquence, le tribunal estime que la pratique consistant à exiger des attestations de fin d'études était discriminatoire parce qu'elle désavantageait Nandlal dans sa tentative d'obtenir un statut légitime au Canada. Cette pratique constituait une discrimination fondée sur un motif de distinction illicite, soit l'origine nationale.

b

Pour les requérants, la preuve permet seulement de conclure que la demande de visa déposée par Nandlal Menghani a été rejetée en l'absence de documents permettant d'établir la réalité du lien familial l'unissant à son frère. Ils font également valoir que la doctrine de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable sur laquelle le Tribunal a fondé sa décision exige, pour que l'on puisse conclure à la discrimination, qu'il soit démontré que Nandlal a fait l'objet d'un traitement différent en raison de caractéristiques particulières qu'on lui aurait prêtées étant donné son origine nationale. À l'appui de cette thèse, les requérants rappellent ce que le juge en chef de l'époque, le juge Dickson, a déclaré dans l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*<sup>25</sup>, et notamment l'observation suivante:

f

... la discrimination systémique en matière d'emploi, c'est la discrimination qui résulte simplement de l'application des méthodes établies de recrutement, d'embauche et de promotion, dont ni l'une ni l'autre n'a été nécessairement conçue pour promouvoir la discrimination. La discrimination est alors renforcée par l'exclusion même du groupe désavantagé, du fait que l'exclusion favorise la conviction, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du groupe, qu'elle résulte de forces «naturelles», par exemple que les femmes «ne peuvent tout simplement pas faire le travail» ...

h

J'estime que les propos du juge en chef Dickson ne renforcent pas la thèse des requérants. En tout état de cause, dans le passage cité, il s'agissait de «discrimination systémique», c'est-à-dire d'une forme de discrimination involontaire qui s'oppose à la «discrimination par suite d'un effet préjudiciable».

j

<sup>25</sup> Précité, note 15, à la p. 1139.

Adverse effect discrimination has been recognized by the Supreme Court of Canada in *O'Malley v. Simpsons-Sears*<sup>26</sup> among other cases. That form of discrimination "may be described as the imposition of obligations, penalties or restrictive conditions that result from a policy or practice which is on its face neutral but which has a disproportionately negative effect on an individual or group because of a special characteristic of that individual or group".<sup>27</sup> Where a rule has an adverse discriminatory effect, the rule may be upheld in its general application, but the Court must consider whether the person affected by the rule could have been accommodated by the rulemaker without undue hardship.<sup>28</sup> If there is not such accommodation then adverse discriminatory effect may be found.

Both *O'Malley v. Simpsons-Sears* and *Central Alberta Dairy Pool*<sup>29</sup> were cases dealing with employment situations. The same principles, in circumstances relating to the provision of services, underlie decisions of the Saskatchewan Court of Appeal in *Re Saskatchewan Human Rights Commission et al. and Canadian Odeon Theatres Ltd.*,<sup>30</sup> and of another Human Rights Tribunal, established under the CHRA, in *Canadian Paraplegic Assn. v. Canada (Elections Canada) No. 231* I agree with the Tribunal in this case in its statement that the principles identified by the Supreme Court in relation to adverse effect discrimination, though elaborated in situations involving employment, apply equally by analogy to situations involving the provision of services. Having found that there was adverse effect discrimination in this case the Tribunal considered whether, on the evi-

<sup>26</sup> *Supra*, note 18, at p. 551, *per* McIntyre J. for the Court; see also *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489.

<sup>27</sup> *Per* Dickson C.J. in *Canadian National Railways Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, *supra*, note 15, at p. 1137.

<sup>28</sup> *Central Alberta Dairy Pool*, *supra*, note 26, *per* Wilson J., at p. 517.

<sup>29</sup> *Supra*, note 26.

<sup>30</sup> (1985), 18 D.L.R. (4th) 93 (Sask. C.A.).

<sup>31</sup> (1992), 16 C.H.R.R. D/341 (Can. Trib.).

La discrimination par suite d'un effet préjudiciable a été mise en lumière par la Cour suprême du Canada, notamment dans l'arrêt *O'Malley c. Simpsons-Sears*<sup>26</sup>. Cette forme de discrimination peut être définie comme «l'imposition d'obligations, de peines ou de conditions restrictives résultant d'une politique ou d'une pratique qui est neutre à première vue, mais qui a un effet négatif disproportionné sur un individu ou un groupe d'individus en raison d'une caractéristique spéciale de cet individu ou de ce groupe d'individus»<sup>27</sup>. Lorsqu'une règle instaure une discrimination par suite d'un effet préjudiciable, elle peut être confirmée dans son application générale mais la Cour devra se demander si l'autorité aurait pu composer avec l'employé lésé par la règle sans subir de contraintes excessives<sup>28</sup>. En l'absence d'un tel effort d'accommodement, on pourra conclure à l'existence d'une discrimination par suite d'un effet préjudiciable.

Les affaires *O'Malley c. Simpsons-Sears* et *Central Alberta Dairy Pool*<sup>29</sup> portaient toutes les deux sur des situations liées à l'emploi. Les mêmes principes, dans des situations liées à la prestation de services, sont à la base de la décision rendue par la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'affaire *Re Saskatchewan Human Rights Commission et al. and Canadian Odeon Theatres Ltd.*<sup>30</sup>, et de la décision d'un autre tribunal des droits de la personne constitué en vertu de la LCDP dans l'affaire *Association canadienne des paraplégiques c. Canada (Élections Canada) n° 231*. Je partage en l'espèce l'avis du tribunal selon qui les principes articulés par la Cour suprême en matière de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, bien qu'ils aient été élaborés dans le cadre de situations ayant trait à l'emploi, s'appliquent également par analogie aux situations ayant trait à la pres-

<sup>26</sup> Précité, note 18, à la p. 551, le juge McIntyre se prononçant au nom de la Cour; voir également *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489.

<sup>27</sup> Le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, précité, note 15, à la p. 1137.

<sup>28</sup> *Central Alberta Dairy Pool*, précité, note 26, le juge Wilson, à la p. 517.

<sup>29</sup> Précitées, note 26.

<sup>30</sup> (1985), 18 D.L.R. (4th) 93 (C.A. Sask.).

<sup>31</sup> (1992), 16 C.H.R.R. D/341 (Trib. can.).

dence, Mr. Roberge met the requirements of the duty upon him to accommodate, without undue hardship, the circumstances of Nandlal Menghani's application for a visa, in relation to the general practice of seeking birth certificates, by examining alternative documentation which he submitted to establish the familial relationship with his brother. The Tribunal concluded that Mr. Roberge failed in his duty to accommodate the Menghanis in relation to the usual manner of providing services which adversely affected them on the basis of national origin, and thus they were found to be victims of adverse effect discrimination.

The Tribunal's finding is one to which this Court defers. It is a finding of fact, clearly within the jurisdiction of the Tribunal, which I am not persuaded was patently unreasonable. Expressed in the terms of paragraph 18.1(4)(d) of the *Federal Court Act* I am not persuaded that facts relied on by the Tribunal were erroneous and found in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it.

The Tribunal's direction to permit permanent residency for Nandlal Menghani

The final ground for review of the Tribunal's decision concerns its direction to requisite authorities to permit permanent residency for Nandlal Menghani. The applicants submit that aspect of the Tribunal's order is beyond its jurisdiction.

In its decision the Tribunal notes that counsel for the respondent Commission sought an order that Nandlal Menghani be admitted to this country as he would have been had discrimination not occurred in 1982, and that permanent residency status be conferred upon him on an immediate basis. He has been in Canada since 1991 on a Minister's permit, apparently expected to be renewed each year for a period up to five years after which he may then be admitted to permanent resident status, as things now stand.

tation de services. Ayant conclu en l'espèce à l'existence d'une discrimination par suite d'un effet préjudiciable, le Tribunal s'est penché sur la question de savoir si, d'après la preuve, M. Roberge avait satisfait au devoir qui lui incombait de s'accommoder, dans le cadre de la pratique générale consistant à exiger la production de certificats de naissance, et sans subir de contraintes excessives, aux circonstances entourant la demande de visa déposée par Nandlal Menghani, en examinant les autres documents fournis par celui-ci pour établir la réalité du lien familial l'unissant à son frère. Le Tribunal a conclu que M. Roberge avait manqué à son devoir d'accommoder les Menghani, la manière habituelle d'assurer le service les ayant défavorisés en raison de leur origine nationale. C'est pour cela que le Tribunal a estimé qu'ils avaient été victimes d'une discrimination par suite d'un effet préjudiciable.

La Cour s'en remet à cette décision du Tribunal. Il s'agit d'une conclusion de fait relevant clairement de la compétence du Tribunal et je ne suis pas convaincu que cette décision était manifestement déraisonnable. Pour reprendre les termes de l'alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur la Cour fédérale*, je ne suis pas convaincu que le Tribunal a rendu une décision fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il disposait.

L'ordonnance du Tribunal enjoignant d'accorder à Nandlal Menghani la résidence permanente

Le dernier motif à l'appui de la demande de contrôle judiciaire a trait à l'ordre, signifié aux autorités compétentes, d'accorder à Nandlal Menghani la résidence permanente. Les requérants affirment que cet aspect de l'ordonnance du Tribunal outrepassé ses compétences.

Dans sa décision, le Tribunal relève que l'avocat de la Commission intimée avait demandé qu'on prescrive que Nandlal Menghani soit admis dans ce pays, ainsi qu'il l'aurait été s'il n'avait pas fait l'objet, en 1982, d'actes discriminatoires, et qu'il se voie accorder immédiatement le statut de résident permanent. Depuis 1991, il se trouve au Canada en vertu d'un permis du ministre, permis dont on s'attend apparemment à ce qu'il soit renouvelé chaque année pour une période pouvant aller jusqu'à cinq ans après quoi,

At the hearing before me counsel for the respondent Commission urged that this order was within the jurisdiction of the Tribunal to make the complainant whole in light of the consequences flowing from the discrimination here found. Counsel was not able to refer me to another situation where the Court had upheld an order for specific relief to one who was not a complainant under the CHRA, or where the Court had upheld an order of a tribunal directed to those who exercised a statutory authority to act in a directed manner in circumstances where it has not been established that the prerequisites to exercise of a public duty or discretionary authority have been fully met.

While I have some understanding of the significance of remedies available to the Commission and to tribunals under the CHRA in order to meet the broad social and educational purposes of that Act, I am persuaded that the Tribunal exceeded its jurisdiction in respect of the order to permit permanent residency status for Nandlal Menghani. Paragraph 53(2)(b) of the Act provides:

53. . . .

(2) If, at the conclusion of its inquiry, a Tribunal finds that the complaint to which the inquiry relates is substantiated, it may, subject to subsection (4) and section 54, make an order against the person found to be engaging or to have engaged in the discriminatory practice and include in that order any of the following terms that it considers appropriate:

(b) that the person make available to the victim of the discriminatory practice, on the first reasonable occasion, such rights, opportunities or privileges as, in the opinion of the Tribunal, are being or were denied the victim as a result of the practice.

In my view, "the victim of the discriminatory practice", as those words appear in paragraph (b) of subsection 53(2) must be read in relation to the introductory words of subsection 53(2) linking any order made under paragraph (b) to the complaint to which the inquiry relates. The complaint in this case was that Jawahar Menghani was discriminated against in the provision of public services. While the Tribunal found that his brother was discriminated against by the adverse effect discrimination of the practice fol-

dans la situation actuelle, il pourra se voir accorder le statut de résident permanent.

À l'audience, l'avocat de la Commission intimée fit valoir que cette ordonnance se situait dans les limites de la compétence qu'a le Tribunal de dédommager le plaignant, étant donné les conséquences de la discrimination constatée en l'espèce. L'avocat n'a pas été à même de nous citer un autre cas où la Cour aurait confirmé une ordonnance prévoyant des mesures spécifiques en faveur de quelqu'un qui n'est pas un plaignant sous le régime de la LCDP, ou une situation dans laquelle la Cour aurait confirmé l'ordonnance d'un tribunal imposant aux autorités légales la prise de mesures précises, sans qu'il soit démontré que les conditions préalables à l'exercice d'un devoir public ou d'un pouvoir discrétionnaire ont été remplies.

Je n'ignore pas la signification des mesures que la LCDP autorise la Commission et les tribunaux à prendre afin de favoriser les grands objectifs sociaux et éducatifs de cette Loi, mais je suis persuadé que le Tribunal a outrepassé sa compétence lorsqu'il a ordonné qu'on confère à Nandlal Menghani le statut de résident permanent. L'alinéa 53(2)b) de la Loi prévoit que:

53. . . .

(2) À l'issue de son enquête, le tribunal qui juge la plainte fondée peut, sous réserve du paragraphe (4) et de l'article 54, ordonner, selon les circonstances, à la personne trouvée coupable d'un acte discriminatoire:

b) d'accorder à la victime, dès que les circonstances le permettent, les droits, chances ou avantages dont, de l'avis du tribunal, l'acte l'a privée.

J'estime que le mot «victime», qui figure à l'alinéa b) du paragraphe 53(2), doit être interprété à la lumière du début de ce paragraphe qui établit un lien entre une ordonnance rendue en vertu de l'alinéa b) et la plainte qui a fait l'objet de l'enquête. D'après la plainte, Jawahar Menghani aurait fait l'objet d'un traitement discriminatoire dans le cadre de la prestation d'un service destiné au public. Certes, le Tribunal a décidé que son frère avait fait l'objet de discrimination par suite d'un effet préjudiciable en raison

lowed in New York by the visa officer, no complaint in relation to that discriminatory practice could be dealt with by the Commission, or by the Tribunal, by virtue of paragraph 40(5)(c). Thus, in my view, there is a statutory bar to an order of the sort here issued. In my view there is also a general objection to an award of specific relief to one who is not a complainant under the Act.

Moreover, in my view, the Tribunal erred in its decision when it stated “[g]iven the assessment of the documentation that was made by Mr. Roberge in 1983 and his conclusion that in fact Nandlal and Jawahar were brothers, there is no doubt that had he made that assessment in 1982 when Nandlal’s application was current, Nandlal would have been admitted into this country as a permanent resident.”<sup>32</sup> That statement ignores the fact, though it is otherwise acknowledged in the decision, that Nandlal’s immigration was also subject to passing an appropriate medical examination. It also ignores the process by which permanent residency is acquired by an immigrant coming to Canada. It is not accorded by decision of the visa officer serving abroad who can only issue a visa when he is satisfied that it would not be contrary to the *Immigration Act* or Regulations to grant landing. Only following examination by an immigration officer after arrival in Canada is the holder of a visa granted landing, upon which the immigrant then has the status of a “permanent resident” under the *Immigration Act*.

The right claimed by Jawahar Menghani in relation to which he claimed there was discriminatory practice by which he suffered, was to “sponsor” his brother for permanent residency in Canada. If that right, found by the Tribunal to have been violated, is to be redressed it seems to me that can be most effectively accommodated by consultations between the respondent Commission and the applicant Minister of Employment and Immigration or his successor in title. That consultation, undertaken now in mutual recognition of the finding of the Tribunal that the complainant Jawahar Menghani suffered direct con-

<sup>32</sup> *Supra*, at note 4.

de la pratique de l’agent des visas de New York, mais l’alinéa 40(5)c) ne permettait pas à la Commission, ou au Tribunal, de statuer sur une plainte visant cette pratique discriminatoire. J’estime donc que la loi empêche que soit rendue une ordonnance en ce sens. J’estime également qu’il existe une objection de caractère général à l’octroi de mesures spécifiques en faveur de quelqu’un qui n’est pas plaignant au sens de la Loi.

J’estime de plus que le Tribunal fait erreur lorsque, dans sa décision, il affirme que «[c]ompte tenu de l’évaluation des documents faite par M. Roberge en 1983 et de sa conclusion que Nandlal et Jawahar étaient en réalité frères, il ne fait aucun doute que s’il avait effectué une telle évaluation en 1982 lorsque la demande de Nandlal était en cours, ce dernier aurait été admis au Canada à titre de résident permanent<sup>32</sup>.» Cette affirmation ne tient pas compte du fait que, bien que cela soit reconnu dans la décision, l’immigration de Nandlal dépendait également des résultats d’un examen médical. Elle ne tient pas compte non plus de la procédure que doit suivre une personne immigrant au Canada afin d’obtenir la résidence permanente. La résidence permanente ne dépend pas de la décision d’un agent des visas en poste à l’étranger, qui ne peut qu’émettre un visa lorsqu’il est convaincu que l’octroi du droit d’établissement ne serait pas contraire à la *Loi sur l’immigration* ou à son règlement d’application. Ce n’est qu’après avoir été examiné par un agent de l’immigration, une fois arrivé au Canada, que le détenteur d’un visa se verra accorder le droit d’établissement et c’est cela qui, aux termes de la *Loi sur l’immigration*, donne à l’immigrant le statut de «résident permanent».

Le droit revendiqué par Jawahar Menghani et à l’égard duquel il estime avoir été victime d’un acte discriminatoire, était le droit de «parrainer» son frère pour l’obtention de la résidence permanente au Canada. Si l’on entend réparer l’atteinte qui, ainsi qu’en a décidé la Commission, a été portée à ce droit, j’estime que le moyen le plus efficace de le faire serait par des consultations entre la Commission intimée et le ministre de l’Emploi et de l’Immigration requérant ou son successeur in titre. Étant admis que, ainsi qu’en a décidé le Tribunal, le plaignant Jawahar Menghani a subi les conséquences directes d’un

<sup>32</sup> Précité, note 4.



sequences of a discriminatory practice which frustrated his right to have his brother considered for admission to Canada as a permanent resident, and taking into account means by which that consideration might now be accorded after so many years, can surely lead to a resolution satisfactory to all of the parties.

In these circumstances, and for the reasons outlined, I order that the Tribunal's order directing the requisite authorities to permit permanent residency for Nandlal Menghani be set aside and that the matter be remitted to the Tribunal for reconsideration of an appropriate order pursuant to paragraph 53(2)(b) to make available to Jawahar Menghani the right or opportunity which was found to be denied to him as a result of the discriminatory practice. That reconsideration should be made on the basis of submissions on behalf of the respondent Commission and the applicant Minister of Employment and Immigration or his successor in title, which hopefully will be joint submissions given that the parties concerned will, I am sure, be acting in good faith in seeking a resolution.

### Conclusion

For the reasons outlined, I find that the Tribunal was correct in its finding that it had jurisdiction to deal with the complaint filed by Jawahar Menghani.

I am not persuaded that the finding of the Tribunal that adverse effect discrimination without reasonable accommodation resulted in discrimination contrary to section 5 of the Act, to Jawahar Menghani as well as to his brother Nandlal, was patently unreasonable, or perverse or capricious or made without reference to evidence before the Tribunal.

I find that the Tribunal exceeded its jurisdiction in that aspect of its order which directed the requisite authorities to permit permanent residency for Nandlal Menghani. In that respect only, the order of the Tribunal is set aside and that matter is referred to the Tribunal for reconsideration of appropriate relief to Jawahar Menghani under paragraph 53(2)(b) of the

acte discriminatoire qui a fait obstacle à l'exercice de son droit de voir examiner la candidature de son frère en vue de son admission au Canada en tant que résident permanent, et compte tenu de la manière dont il pourrait être donné suite à cette candidature après autant d'années, ces consultations devraient permettre de trouver une solution convenant à l'ensemble des parties.

Compte tenu de la situation, et pour les motifs que j'ai évoqués, j'ordonne que soit infirmée l'ordonnance du Tribunal enjoignant aux autorités concernées d'accorder la résidence permanente à Nandlal Menghani, et que la question soit renvoyée devant le Tribunal pour qu'il examine à nouveau l'ordonnance qu'il conviendrait de rendre en vertu de l'alinéa 53(2)b afin que soit accordé à Jawahar Menghani le droit ou l'occasion qui, lui avait été refusé du fait d'un acte discriminatoire. Ce nouvel examen de la question devra être fondé sur les arguments présentés par la Commission intimée ainsi que par le ministre de l'Emploi et de l'Immigration requérant, ou son successeur en titre, arguments qui, je l'espère, seront présentés conjointement étant donné que les parties en cause vont, j'en suis sûr, agir avec bonne volonté dans la recherche d'une solution.

### Conclusion

Pour les motifs que j'ai exposés, je dis que c'est à juste titre que le Tribunal a décidé qu'il était compétent pour connaître de la plainte déposée par Jawahar Menghani.

Je ne suis pas convaincu qu'en décidant qu'une discrimination par suite d'un effet préjudiciable, sans effort d'accommodement raisonnable, a fait subir à Jawahar Menghani et à son frère Nandlal une discrimination contraire à l'article 5 de la Loi, le Tribunal ait agi de manière manifestement déraisonnable, abusive ou arbitraire, ou sans tenir compte des éléments dont il disposait.

J'estime que le Tribunal a outrepassé ses compétences dans cette partie de l'ordonnance qui enjoint aux autorités compétentes d'accorder à Nandlal Menghani la résidence permanente. C'est ce volet seulement de l'ordonnance du Tribunal qui est infirmé, l'affaire étant renvoyée devant le Tribunal pour qu'il se penche à nouveau sur la réparation qu'il

CHRA. That reconsideration should be on the basis of submissions, hopefully to be made jointly, by the respondent Commission and by the Minister responsible for Minister of Employment and Immigration. If a resolution on consent of those parties, a settlement of the issue, is not achieved the Tribunal retains its jurisdiction to render an order it considers appropriate, consistent with these reasons.

conviendrait d'accorder, aux termes de l'alinéa 53(2)*b*) de la LCDP, à Jawahar Menghani. Ce nouvel examen devra se fonder sur les arguments présentés par la Commission intimée et par le ministre responsable de l'Emploi et de l'immigration, arguments qui, je l'espère, seront présentés conjointement. Si l'on ne parvient pas à une solution qui convienne aux parties, le Tribunal restera saisi de l'affaire afin de rendre l'ordonnance qui, en accord avec les présents motifs, lui paraîtra convenir.

A-1074-92

A-1074-92

**Her Majesty the Queen** (*Appellant*)**Sa Majesté la Reine** (*appelante*)

v.

c.

**Johnson & Johnson Inc.** (*Respondent*)

a

**Johnson & Johnson Inc.** (*intimée*)*INDEXED AS: JOHNSON & JOHNSON INC. v. CANADA (C.A.)**RÉPERTORIÉ: JOHNSON & JOHNSON INC. c. CANADA (C.A.)*

Court of Appeal, Pratte, Hugessen and Desjardins JJ.A.—Montréal, November 25; Ottawa, December 13, 1993.

b

Cour d'appel, juges Pratte, Hugessen et Desjardins, J.C.A.—Montréal, 25 novembre; Ottawa, 13 décembre 1993.

*Income tax — Income calculation — Appeal from Trial Division decision sales tax refund for period 1975-1981 income to be included in taxpayer's 1983 taxation year — Taxpayer selling health care products exempt from sales tax — Refund of wrongly paid tax issued on January 4, 1982 — 1982 taxation year ending January 3, 1982 — Refund not receivable in 1982 — Timing of essence — No right to receive refund until favourable decision made by MNR acting as quasi-judicial tribunal — Trial Judge wrong in ordering refund to be included in 1983 taxation year — Refund of taxes charged as expenses in year of payment but wrongly paid must be brought into computation of income for years in which paid and charged — Matter referred back to MNR for reconsideration.*

c

*Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Appel d'une décision de la Section de première instance selon laquelle la remise de la taxe de vente payée à l'égard de la période 1975-1981 constitue un revenu à inclure à l'égard de l'année d'imposition 1983 de la contribuable — La contribuable vend des produits de santé exonérés de la taxe de vente — La remise de la taxe de vente payée à tort a été faite le 4 janvier 1982 — L'année d'imposition 1982 se terminait le 3 janvier 1982 — La remise n'était pas une somme à recevoir en 1982 — Les dates sont capitales — Il n'existe aucun droit de recevoir une remise tant qu'une décision favorable n'est pas rendue par le MRN qui exerce les pouvoirs d'un tribunal quasi-judiciaire — Le juge de première instance a ordonné à tort d'inclure le montant de la remise dans le calcul du revenu pour l'année d'imposition 1983 — La remise des taxes imputées comme des dépenses au cours de l'année de leur paiement mais qui n'auraient jamais dû être payées doit être incluse dans le calcul du revenu pour les années où ces taxes ont été payées ou imputées — L'affaire est renvoyée au MRN pour nouvel examen.*

d

e

f

*Customs and excise — Excise Tax Act — Federal sales tax paid during period 1975-1981 on sanitary napkins found exempt from tax — Taxpayer entitled to claim refund under Excise Tax Act, s. 44 — No right to receive refund until favourable decision made by Minister acting as quasi-judicial tribunal — Issues of timing for income tax purposes.*

g

*Douanes et accise — Loi sur la taxe d'accise — Taxe de vente fédérale payée pendant la période 1975-1981 sur des serviettes hygiéniques jugées non assujetties à la taxe — Le contribuable a le droit de demander une remise en application de l'art. 44 de la Loi sur la taxe d'accise — Il n'existe aucun droit de recevoir une remise à moins que le ministre, dans l'exercice des pouvoirs d'un tribunal quasi-judiciaire, ne rende une décision favorable — Questions relatives aux dates applicables pour les fins de l'impôt.*

This was an appeal from a decision by Cullen J. that the refund of federal sales tax wrongly paid by the taxpayer constituted income for the purposes of the *Income Tax Act* and that such refund should have been included in its 1983 taxation year. The taxpayer is a manufacturer and distributor of health care products, including sanitary napkins. From April 1975 to August 1981, it paid sales tax on sanitary napkins which were subsequently declared by the Tariff Board to be exempt from that tax. A cheque for the entire amount of the sales tax refund was issued to the taxpayer on January 4, 1982. Since the taxpayer's 1982 taxation year ended on January 3, 1982, the Trial Judge ruled that the refund should not have been treated by the Minister as a receivable in that year. This appeal raised two distinct issues: 1) whether the sales tax refund was receivable by the taxpayer in its 1982 taxation year and 2) whether the

h

i

j

Il s'agissait de l'appel de la décision du juge Cullen selon laquelle la remise de taxes de vente fédérales qui ne devaient pas être payées par la contribuable constituait un revenu aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et qu'elle devait être incluse à l'égard de son année d'imposition 1983. La contribuable fabrique et distribue des produits de santé, notamment des serviettes hygiéniques. Du mois d'avril 1975 au mois d'août 1981, elle a payé la taxe de vente à l'égard de serviettes hygiéniques que la Commission du tarif a subséquemment déclarées non assujetties à la taxe. Un chèque couvrant la totalité du montant de la remise a été émis à la contribuable le 4 janvier 1982. Comme l'année d'imposition de la contribuable se terminait le 3 janvier, le juge de première instance a conclu que le ministre n'aurait pas dû traiter la remise comme une créance cette année-là. Le présent appel soulève deux ques-

taxpayer was required to include such refund in computing its business income.

*Held*, the appeal should be dismissed.

1) Under section 44 of the *Excise Tax Act*, there is no right to receive a tax refund, and hence no "receivable", until a favourable decision has been made by the Minister. In reaching that decision, the Minister acts as a quasi-judicial tribunal whose decisions are not merely declaratory but determinative of rights. Where, as in the present case, the Minister did not act personally but through his subordinate officials, he could not be said to have made his decision until he has given some public and irrevocable indication thereof. The decision creates rights and starts time running and it is as much in the public interest as in that of those immediately concerned that there be a basic minimum of certainty as to when it is made and what it is. There was no ministerial decision on the taxpayer's refund claim prior to January 4, 1982. The Trial Judge correctly ruled that, since that date was after the end of the taxpayer's 1982 taxation year, the refund should not have been treated by the Minister as a receivable in that year. However, he was wrong in holding that "the refund amount should have been included in the plaintiff's 1983 taxation year". That statement had no place in the formal judgment of the Court which did not have the taxpayer's 1983 taxation year before it.

2) The refund of sums paid and claimed as expenses incurred in the taxpayer's business was derived from that business and must be taken into account in the computation of the income therefrom. If the refund was received in the year in which the sales tax was wrongly paid, it would have to be taken into account in that year. Subsection 9(1) of the *Income Tax Act* makes it plain that, in the computation of income, expenses must be deducted from receipts and that both receipts and expenses must be related to a specific year. As a general rule, both receipts and expenses are brought into the calculation of income in the year in which they are received or incurred. Where, however, a business receives a payment, not as compensation for the goods or services which it provides but rather as a reimbursement for an expenditure which was not due and should never have been paid, the situation is different. In such case, it is not the year of receipt which is relevant for the determination of profit, but the year of the expenditure which is now found to have been no expenditure at all. The whole concept of a tax based upon an annual calculation of profit has inherent in it the requirement that it may become necessary to reopen accounts and to recalculate income for prior years in the light of subsequent events. Subsection 152(4) of the *Income tax Act* specifically recognizes the Minister's right to reassess, even in the absence of fraud or misrepresentation. The refund of taxes, which have been charged as expenses in the year of payment but which should never have

tions distinctes, savoir: (1) si la remise de la taxe de vente était une somme à recevoir par la contribuable pendant son année d'imposition 1982 et (2) si la contribuable devait inclure cette remise dans le calcul du revenu tiré de son entreprise.

*a Arrêt*: l'appel doit être rejeté.

1) En vertu de l'article 44 de la *Loi sur la taxe d'accise*, il n'existe aucun droit de recevoir une remise et, partant, une «créance» tant qu'une décision favorable n'a pas été rendue par le ministre. Pour parvenir à cette décision, le ministre exerce les pouvoirs d'un tribunal quasi-judiciaire dont les décisions n'ont pas simplement un caractère déclaratoire, mais sont décisives à l'égard des droits. Lorsque le ministre n'agit pas personnellement, mais par l'intermédiaire de ses fonctionnaires subalternes, comme en l'espèce, on ne peut affirmer qu'il a rendu sa décision tant qu'il ne l'a pas fait connaître de façon publique et irrévocable. Cette décision crée des droits et marque le point de départ d'un délai, et il y va autant de l'intérêt du public que de celui des personnes directement concernées d'avoir un minimum de certitude au sujet de la date à laquelle la décision est rendue et de son contenu. La décision ministérielle concernant la demande de remise de la contribuable n'a pas été rendue avant le 4 janvier 1982. Le juge de première instance a conclu à bon droit que, comme cette date est postérieure à celle de la fin de l'année d'imposition 1982 de la contribuable, le ministre n'aurait pas dû traiter la remise comme une créance cette année-là. Il a eu tort, toutefois, de statuer que «cette somme aurait dû être incluse dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition 1983». Cette affirmation n'avait tout simplement pas sa place dans le jugement formel de la Cour, qui n'avait pas à se prononcer sur l'année d'imposition 1983 de la contribuable.

2) La remise des sommes payées et indiquées comme des dépenses faites dans le cadre de l'entreprise de la contribuable provient de cette entreprise et doit être incluse dans le calcul du revenu qu'elle en tire. Si la remise a été reçue l'année où la taxe de vente a été indûment payée, il faut en tenir compte cette année-là. Il appert du texte du paragraphe 9(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* que, dans le calcul du revenu, les dépenses doivent être déduites des rentrées, et que tant les rentrées que les dépenses doivent se rapporter à une année donnée. En règle générale, les rentrées et les dépenses sont incluses dans le calcul du revenu au cours de l'année où elles sont reçues ou engagées. La situation est différente, cependant, lorsqu'une entreprise reçoit un paiement, non pas comme rétribution au titre des marchandises ou des services qu'elle fournit, mais plutôt comme remboursement d'une dépense qu'elle n'avait pas à payer et n'aurait jamais dû payer. Dans un tel cas, ce n'est pas l'année de la réception qui est pertinente pour calculer le bénéfice, mais l'année où a été faite la dépense qui n'en est plus une. Le fait qu'il puisse devenir nécessaire de rouvrir des comptes et de calculer de nouveau le revenu se rapportant à des années antérieures à la lumière de faits subséquents est une exigence inhérente au concept d'un impôt fondé sur le calcul annuel du bénéfice. Le paragraphe 152(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* reconnaît expressément que le ministre a le droit d'établir de nouvelles cotisations même en l'absence de fraude ou présentation erronée des faits. La

been paid at all, must be brought into the computation of income for the years in which they were paid and charged, that is from October 1977 to August 1981. Only a relatively small part of that period is covered by the 1982 assessment which is in issue. The precise amount will have to be determined by the Minister on a reconsideration.

remise des taxes qui ont été imputées comme des dépenses au cours de l'année de leur paiement mais qui n'auraient jamais dû être payées doit être incluse dans le calcul du revenu pour les années où ces taxes ont été payées et imputées, c'est-à-dire pour la période allant d'octobre 1977 à août 1981. Seule une partie assez courte de cette période est visée par la cotisation de 1982 faisant l'objet du présent litige. Le montant exact devra être déterminé par le ministre dans le cadre d'un nouvel examen.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Excise Tax Act*, R.S.C. 1970, c. E-13, s. 44(1) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 68, s. 45), (7) (as am. *idem*, s. 15).

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

*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 2 (as am. by S.C. 1985, c. 45, s. 1), 9(1), 152(4).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### DISTINGUISHED:

*Mohawk Oil Co. v. Canada*, [1992] 2 F.C. 485; [1992] 1 C.T.C. 195; (1992), 92 DTC 6135; 140 N.R. 225 (C.A.); *British Mexican Petroleum Co Ltd v Jackson (Inspector of Taxes)* (1932), 16 T.C. 570 (H.L.); *Sinclair (H.R.) & Son Pty. Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation* (1966), 10 A.I.T.R. 3 (H.C.); *Hillsboro National Bank v. Commissioner*, 460 U.S. 370 (1983 S.C.).

##### CONSIDERED:

*English Dairies Ltd v Phillips (Inspector of Taxes)* (1927), 11 T.C. 597 (K.B. Div.).

##### REFERRED TO:

*Johnson & Johnson Ltd. and Deputy M.N.R. (Customs and Excise) and Kimberly-Clark of Canada Ltd.* (1980), 2 C.E.R. 278; 7 T.B.R. 164 (T.B.); *Holden (Isaac) & Sons Ltd v IRC* (1924), 12 T.C. 768 (K.B. Div.).

APPEAL from a Trial Division decision ((1992), 55 F.T.R. 255 (F.C.T.D.)) that the refund of sales tax wrongly paid constitutes income for purposes of the *Income Tax Act* and that such refund should have been included in the taxpayer's 1983 taxation year. Appeal dismissed, formal judgment varied by deleting order that refund be included in taxpayer's 1983 taxation year. Reassessment vacated and matter referred back to Minister for reconsideration.

#### b LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 2 (mod. par S.C. 1985, ch. 45, art. 1), 9(1), 152(4).

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

*Loi sur la taxe d'accise*, S.R.C. 1970, ch. E-13, art. 44(1) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 68, art. 45), (7) (mod. *idem*, art. 15).

#### d JURISPRUDENCE

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Mohawk Oil Co. c. Canada*, [1992] 2 C.F. 485; [1992] 1 C.T.C. 195; (1992), 92 DTC 6135; 140 N.R. 225 (C.A.); *British Mexican Petroleum Co Ltd v Jackson (Inspector of Taxes)* (1932), 16 T.C. 570 (H.L.); *Sinclair (H.R.) & Son Pty. Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation* (1966), 10 A.I.T.R. 3 (H.C.); *Hillsboro National Bank v. Commissioner*, 460 U.S. 370 (1983 S.C.).

##### DÉCISION EXAMINÉE:

*English Dairies Ltd v Phillips (Inspector of Taxes)* (1927), 11 T.C. 597 (K.B. Div.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Johnson & Johnson Ltd. and Deputy M.N.R. (Customs and Excise) and Kimberly-Clark of Canada Ltd.* (1980), 2 C.E.R. 278; 7 T.B.R. 164 (C.T.); *Holden (Isaac) & Sons Ltd v IRC* (1924), 12 T.C. 768 (K.B. Div.).

APPEL d'une décision de la Section de première instance ((1992), 55 F.T.R. 255 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) établissant que la remise de taxes de vente payées à tort constitue un revenu aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et qu'elle aurait dû être incluse à l'égard de l'année d'imposition 1983 de la contribuable. L'appel est rejeté, et le jugement formel est corrigé par la suppression de l'ordonnance enjoignant l'inclusion de la remise dans le calcul du revenu de la contribuable pour l'année d'imposition 1983. La nouvelle cotisation est annulée et l'affaire est renvoyée au ministre pour nouvel examen.

## COUNSEL:

*Paul E. Plourde, Q.C. and Josée Tremblay* for appellant.

*Richard W. Pound, Q.C. and Pierre Martel* for respondent.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.

*Stikeman, Elliott, Montréal*, for respondent.

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

HUGESSEN J.A.:

Introduction

In tax law, timing is everything. This case raises two quite separate timing issues, the first as to when a refund of overpaid taxes becomes receivable, the second as to when such refund should be taken into account for income tax purposes.

The Facts

The respondent is a manufacturer and distributor of health care products, including in particular sanitary napkins for feminine hygiene. From at least April 1975 to August 1981 the respondent paid federal sales tax on sanitary napkins pursuant to the Minister's interpretation of the provisions of the *Excise Tax Act*.<sup>1</sup> Those payments were shown as expenses in respondent's annual returns and reduced its taxable income for each of the years in question. The respondent, however, took the position that sanitary napkins were exempt from sales tax under Schedule III of the Act and made an application to the Tariff Board under section 59 of the Act. That application was successful and by its decision dated October 15, 1980 [(1980), 2 C.E.R. 278], the Tariff Board declared sanitary napkins to be not subject to sales tax. An appeal to this Court from that decision was dismissed on September 21, 1981.

<sup>1</sup> R.S.C. 1970, c. E-13.

## AVOCATS:

*Paul E. Plourde, c.r. et Josée Tremblay* pour l'appelante.

*Richard W. Pound, c.r. et Pierre Martel* pour l'intimée.

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelante.

*Stikeman, Elliott, Montréal*, pour l'intimée.

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

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.:

Introduction

En droit fiscal, tout dépend du moment. La présente espèce soulève à cet égard deux questions bien distinctes, la première étant celle de savoir quand une remise de taxes payées en trop devient une créance, la seconde étant celle de savoir quand cette remise doit être prise en considération aux fins de l'impôt sur le revenu.

Les faits

L'intimée fabrique et distribue des produits de santé, notamment des serviettes hygiéniques. Du mois d'avril 1975 au moins jusqu'au mois d'août 1981, l'intimée a payé la taxe de vente fédérale sur les serviettes hygiéniques conformément à l'interprétation du ministre des dispositions de la *Loi sur la taxe d'accise*<sup>1</sup>. Ces paiements ont été indiqués comme des dépenses dans les déclarations annuelles de l'intimée et ont réduit son revenu imposable au cours de chacune des années en cause. L'intimée a cependant adopté le point de vue selon lequel les serviettes hygiéniques étaient exonérées de la taxe de vente en vertu de l'annexe III de la Loi et elle a présenté une demande à la Commission du tarif conformément à l'article 59 de la Loi. La Commission a fait droit à cette demande et, par sa décision en date du 15 octobre 1980 [(1980), 2 C.E.R. 278], a déclaré que les serviettes hygiéniques n'étaient pas assujetties à la taxe de vente. L'appel interjeté contre cette décision

<sup>1</sup> S.R.C. 1970, ch. E-13.

The Minister having decided not to seek to appeal the matter further, the respondent applied in November 1981 for a refund of the taxes paid in respect of the period April 1975 to August 1981. What happened next is set out in an agreed statement of facts filed in the Trial Division [(1992), 55 F.T.R. 255, at pages 257-258] (references to “plaintiff” are to the present respondent, and to “defendant” to the present appellant):

9. The audit of the said refund claims was performed by Gilles Maheu (Maheu). Maheu was assigned to the plaintiff’s refund claim file on or about December 1, 1981. At all relevant times for purposes of the present action, Maheu was a senior auditor in the Customs and Excise Division of the Department of National Revenue (the Department). The responsible Minister of the Crown in respect of the administration and enforcement of the *Excise Tax Act* is the Minister of National Revenue.

10. As senior auditor in the Department, Maheu reported to a Supervisor. Maheu’s supervisor at all relevant times for purposes of this action was N.A. Veillette (Veillette).

11. The chain of command within the Department was that Veillette reported to the Department’s District Manager (C. Lamouteux [*sic*]), who in turn, reported to the Regional Chief—Audit (A. Rizk), who reported to the Regional Director (P.V. Bartolini), who reported to the Assistant Deputy Minister (L.R. Huneault).

12. Maheu completed his audit of the plaintiff’s refund claims on or about December 16, 1981. He forwarded his report and recommendation to his Supervisor (Veillette), who reviewed it and indicated his approval of the report and recommendation by initialling the report on or about December 23, 1981. A copy of the refund claims evidencing the procedure and the working papers of Maheu are attached hereto as Appendix 4. The amount in issue in this action consists of the aggregate of two refund claims (bearing, respectively Departmental identification numbers 008034 and 009214) in the amounts ultimately approved, of \$4,525,689.61 and \$1,716,671.14, making a total of \$6,242,360.75.

13. By letter dated December 24, 1981, Maheu wrote to the plaintiff with respect to the refund claims. The letter may have been mailed on December 24, 1981, but it is possible that it was mailed only on December 27, 1981. It was, in any event, not received by the plaintiff until January 4, 1982. A copy of Maheu’s letter is attached hereto as Appendix 5.

devant la présente Cour a été rejeté le 21 septembre 1981.

Comme le ministre a décidé de ne pas interjeter appel de cette dernière décision, l’intimée a présenté, en novembre 1981, une demande de remise des taxes payées au cours de la période comprise entre le mois d’avril 1975 et le mois d’août 1981. La suite des événements est relatée dans un exposé conjoint des faits déposé à la Section de première instance [(1992), 55 F.T.R. 255, aux pages 257 et 258] (dans lequel le terme «demanderesse» désigne l’intimée en l’espèce et le terme «défenderesse» désigne l’appelante en l’espèce):

[TRADUCTION] 9. La vérification des demandes de remise susmentionnées a été faite par Gilles Maheu (M. Maheu). M. Maheu a été chargé de vérifier la demande de remise de la demanderesse le 1<sup>er</sup> décembre 1981, ou vers cette date. À toutes les époques en cause, M. Maheu agissait à titre de premier vérificateur du ministère du Revenu national (le ministère), Douanes et Accise. Le ministre du Revenu national est chargé de l’administration et de l’application de la *Loi sur la taxe d’accise*.

10. En sa qualité de premier vérificateur du ministère, M. Maheu relevait d’un superviseur. À toutes les époques en cause, le superviseur de M. Maheu était N.A. Veillette (M. Veillette).

11. La voie hiérarchique au ministère était la suivante: M. Veillette relevait du gestionnaire de district du ministère (C. Lamoureux) qui, lui, relevait du chef régional—vérification (A. Rizk) qui relevait du directeur régional (P.V. Bartolini) qui relevait du sous-ministre adjoint (L.R. Huneault).

12. M. Maheu a terminé sa vérification des demandes de remise de la demanderesse le 16 décembre 1981, ou vers cette date. Il a transmis son rapport et ses recommandations à son superviseur (M. Veillette). Celui-ci les a examinés et approuvés comme en fait foi le paraphe qu’il a apposé sur le rapport le 23 décembre 1981, ou vers cette date. Une copie des demandes de remise faisant preuve de la procédure suivie et les documents de travail de M. Maheu sont joints aux présentes comme annexe 4. Le montant en cause dans la présente action représente la somme des deux remises finalement accordées (celles qui correspondent, respectivement, aux demandes portant les numéros d’identification du ministère 008034 et 009214, c’est-à-dire 4 525 689,61 \$ et 1 716 671,14 \$, soit un total de 6 242 360,75 \$.

13. Dans une lettre en date du 24 décembre 1981, M. Maheu a écrit à la demanderesse au sujet des demandes de remise. La lettre a pu être postée le 24 décembre 1981; cependant, il est possible qu’elle n’ait été postée que le 27 décembre 1981. De toute façon, la demanderesse ne l’a reçue que le 4 janvier 1982. Une copie de la lettre de M. Maheu est jointe aux présentes comme annexe 5.

14. It has not be[en] possible for the defendant to locate the file concerning the plaintiff's refund claim. The defendant believes the file may have been destroyed in accordance with the usual policy applicable within the Department in respect of old file[s].

15. It appears likely that, once the auditor's report had been approved by the auditor's Supervisor, the refund claim would have been forwarded, along with a Y-7 production report (which has not been located) to the secretary of District Manager of the Department, who would have transferred the claim and the report to the Regional Office, where a payment list (Departmental form E56-1) would be prepared in order for the Department of Supply and Services to issue the appropriate refund cheque. The approval procedure is also subject to the corroboration of the Refunds Manager at the time the E56-1 cheque requisition list is signed. The parties agree that, were Maheu to be called as a witness in these proceedings, Maheu would testify that the description of the process referred to above reflects what actually happened in respect of the refund in issue.

16. A requisition for a refund cheque payable in respect of the plaintiff's application for refund of the federal sales taxes in respect of the sanitary napkins was made, in accordance with the above-noted procedures, on January 4, 1982. The reference, in the documents attached hereto as Appendix 4, on the last line thereof, to 42069 is a reference to the number of the Departmental cheque requisition list (form E56-1) prepared on January 4, 1982. A cheque, signed (mechanically) by the Deputy Receiver General of Canada, was issued on January 4, 1982. The amount of the cheque was \$6,242,360.75.

The respondent's 1982 taxation year ended on January 3, 1982. The Minister takes the position that the entire amount of the sales tax refund was receivable and taxable as income in the 1982 taxation year. The respondent asserts that the amount only became receivable in its 1983 taxation year (which ended January 2, 1983) and that in any event it is not taxable as income. The matter came to the Trial Division, and is now before us, as an appeal by the respondent (plaintiff) against the assessment by the Minister (defendant) in respect of the 1982 taxation year.

### The Issues

Both here and in the Trial Division the parties were in agreement that the issues raised by these facts are, first to know whether the sales tax refund was receivable by respondent in its 1982 taxation year and second, whether such refund was required to be included in computing income from the respondent's business.

14. La défenderesse n'a pas pu retrouver le dossier relatif à la demande de remise de la demanderesse. La défenderesse croit qu'il a pu être détruit conformément à la politique habituelle du ministère en matière d'anciens dossiers.

15. Après que le rapport du vérificateur eut été approuvé par le superviseur de celui-ci, la demande de remise, accompagnée d'un rapport de production Y-7 (que l'on n'a pas trouvé), a probablement été transmise au secrétaire du gestionnaire de district du ministère; ce dernier aurait ensuite transmis la demande et le rapport au bureau régional qui se serait chargé d'établir une autorisation de paiement (formulaire du ministère E56-1) pour que le ministère des Approvisionnements et Services émette le chèque de remise approprié. La procédure d'approbation exige également le concours du gestionnaire des remises au moment de la signature du formulaire E56-1, la liste des chèques demandés. Les parties conviennent que si M. Maheu devait être cité à comparaître comme témoin à l'instance, il confirmerait que la remise en cause a été effectuée conformément à la procédure susmentionnée.

16. Le 4 janvier 1982, conformément à la procédure susmentionnée, l'émission d'un chèque a été demandée pour donner suite à la demande de remise, de la demanderesse, de la taxe de vente fédérale sur les serviettes hygiéniques. À la dernière ligne des documents joints aux présentes comme annexe 4, «42069» renvoie au numéro qui figurait sur la liste de chèques demandés par le ministère (formulaire E56-1) établie le 4 janvier 1982. Un chèque de 6 242 360,75 \$ a été émis le 4 janvier 1982. Ce chèque portait la signature (imprimée mécaniquement) du Sous-receveur général du Canada.

L'année d'imposition 1982 de l'intimée a pris fin le 3 janvier 1982. Le ministre adopte le point de vue selon lequel le montant intégral de la remise de la taxe de vente était une créance et était imposable comme revenu au cours de l'année d'imposition 1982. L'intimée soutient que ce montant est devenu une créance seulement au cours de son année d'imposition 1983 (qui a pris fin le 2 janvier 1983) et que, de toute façon, il n'est pas imposable comme revenu. La Section de première instance a entendu l'affaire, dont la présente Cour est maintenant saisie, appel ayant été interjeté par l'intimée (la demanderesse) contre la cotisation établie par le ministre (la défenderesse) à l'égard de l'année d'imposition 1982.

### Les questions en litige

Tant devant la présente Cour que devant la Section de première instance, les parties sont convenues que les questions soulevées par les faits sont celles de savoir, premièrement, si la remise de la taxe de vente était une somme à recevoir par l'intimée au cours de son année d'imposition 1982 et, deuxièmement, s'il



The Trial Judge restated the second question as “whether the refund constitutes income for the purposes of the Act” (at page 261) but that, in my view, was an over-simplification which resulted in there being some confusion in the conclusion that he reached. I shall expand on this in due course.

#### Issue 1: Was the refund receivable in 1982?

The respondent’s right to receive payment of the amounts of sales tax which it had wrongly been obliged to pay in the period April 1975 to August 1981 was governed by section 44 [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 68, ss. 15, 45] of the *Excise Tax Act*, the relevant provisions of which read as follows:

44. (1) A deduction from, or refund of, any to the taxes imposed by this Act may be granted

- (a) where an overpayment has been made by the taxpayer;
- (b) where a refund or adjustment has been made to the taxpayer by a licensed air carrier under Part II for the taxes collected or paid on any transportation of a person by air that has not been provided or only partially provided by the air carrier or that has been collected in error by the air carrier;

(c) where the tax was paid in error;

(d) where the original sale or importation was subject to tax, but exemption is provided on subsequent sale by this Act;

(e) where goods are exported, under regulations prescribed by the Minister;

(f) where, due to changes in statutory rates of tax or for other reasons, stamps are returned for exchange; or

(g) where the original receipt of marketable pipeline gas of natural gas liquids was subject to tax under Part IV.1, but exemption is provided on subsequent use by that Part.

(7) No refund of or deduction from any of the taxes imposed by this Act shall be granted, and no payment of an amount equal to tax paid shall be made, under this section as a result of

- (a) a declaration under section 59,
- (b) an order or judgment of the Federal Court or any other court of competent jurisdiction, or

fallait inclure cette remise dans le calcul du revenu tiré de l’entreprise de l’intimée. Reformulant la seconde question, le juge de première instance s’est demandé «si la remise constitu[ait] un revenu aux fins de la Loi» (à la page 261), mais il s’agit là, à mon sens, d’une simplification excessive qui a eu pour résultat de créer de la confusion dans la conclusion à laquelle il est arrivé. Je m’étendrai là-dessus en temps utile.

#### Première question en litige: la remise était-elle une créance en 1982?

Le droit de l’intimée de recevoir le paiement des montants de la taxe de vente qu’elle avait été injustement tenue de payer au cours de la période comprise entre le mois d’avril 1975 et le mois d’août 1981 était régi par l’article 44 [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 68, art. 15, 45] de la *Loi sur la taxe d’accise*, dont les dispositions pertinentes étaient ainsi libellées:

44. (1) Il peut être accordé une déduction ou remise de toute taxe imposée par la présente loi

- a) lorsque le contribuable a effectué un paiement en trop;
- b) lorsqu’un remboursement ou un redressement a été accordé au contribuable par un transporteur aérien titulaire d’un permis en vertu de la Partie II pour les taxes perçues ou payées sur tout transport aérien d’une personne qui n’a pas été ou n’a été que partiellement effectué par le transporteur aérien ou pour les taxes perçues par erreur par le transporteur aérien;

c) lorsque la taxe a été payée par erreur;

d) lorsque la vente ou l’importation originaire était assujettie à la taxe, mais que la présente loi prévoit une exemption sur la vente subséquente;

e) lorsque les marchandises sont exportées sous le régime de règlements prescrits par le Ministre;

f) lorsque, par suite de changements apportés aux taux de taxe statutaires ou pour d’autres raisons, les timbres sont renvoyés pour échange; ou

g) lorsque la première réception du gaz commercialisable acheminé par pipeline, ou des liquides extraits du gaz naturel, a été assujettie à la taxe aux termes de la Partie IV.1, mais que cette même Partie prévoit une exemption sur l’utilisation subséquente.

(7) Nulle remise ou déduction des taxes imposées par la présente loi ne sera accordée, et nul paiement d’un montant égal à la taxe payée ne sera effectué en vertu du présent article par suite

- a) d’une déclaration visée à l’article 59,
- b) d’une ordonnance ou d’un jugement de la Cour fédérale ou d’un autre tribunal compétent, ou

(c) a decision of the Minister or other duly authorized officer respecting the interpretation or application of this Act,

in respect of taxes paid prior to such declaration, order, judgment or decision unless application in writing therefor is made to the Minister by the person entitled to the refund, deduction or amount within twelve months after the later of the time the taxes became payable or the time the refund, deduction or amount first became payable under this section or the regulations.

(7.1) Subject to subsection (7), no refund of moneys paid or overpaid in error, whether by reason of mistake of fact or law or otherwise, and taken into account as taxes imposed by this Act shall be granted under this section unless application in writing therefor is made to the Minister by the person entitled to the refund within four years after the time the moneys were paid or overpaid.

(7.2) An application under subsection (6), (7) or (7.1) shall be made in such form and in such manner as the Minister may prescribe.

(7.3) Where the Minister rejects in whole or in part an application under subsection (6), (7) or (7.1) for a refund, deduction or amount, the application ceases to have effect, for the purposes of determining whether the refund, or deduction may be granted or the amount may be paid, ninety days after notice of the rejection is sent to the applicant, unless, within that ninety day period, an application in respect of the refund, deduction or amount is made to the Tariff Board under section 59 or to the Federal Court under section 28 of the *Federal Court Act*.

(7.4) Where the Minister approves an application under subsection (6), (7) or (7.1) for a refund, deduction or amount, the application ceases to have effect, for the purposes of determining whether the refund or deduction may be granted or the amount may be paid, ninety days after payment of the refund, deduction or amount is sent to the applicant, unless, within that ninety day period, an application in respect of the refund, deduction or amount is made to the Tariff Board under section 59 or to the Federal Court under section 28 of the *Federal Court Act*.

As can be seen this statutory provision imposes strict time limits on a claimant, both forward, from the time of the Tariff Board decision or Court judgment giving rise to the right to seek the refund (subsection (7)), and backward from the time of the application to a maximum of four years (subsection (7.1)). The decision-making power is conferred specifically on the Minister and is made subject to judicial review (subsections (7.3) and (7.4)).

c) d'une décision du Ministre ou d'un fonctionnaire dûment autorisé portant sur l'interprétation ou l'application de la présente loi,

à l'égard des taxes payées antérieurement à la déclaration, au jugement, à l'ordonnance ou à la décision, à moins que la personne ayant droit à la remise, à la déduction ou au montant, n'en fasse la demande par écrit au Ministre dans les douze mois, soit de la date à laquelle les taxes sont devenues exigibles, soit de la date à laquelle la remise, la déduction ou le montant sont devenus exigibles en vertu du présent article ou des règlements, la date la plus récente étant à retenir.

(7.1) Sous réserve du paragraphe (7), il ne sera accordé en vertu du présent article, aucune remise des deniers payés ou payés en trop par erreur, que ce soit en raison d'une erreur de fait ou de droit ou autrement, et dont il a été tenu compte à titre de taxes imposées par la présente loi, à moins que la personne y ayant droit n'en fasse la demande par écrit au Ministre dans les quatre ans qui suivent la date à laquelle les deniers ont été payés ou payés en trop.

(7.2) La demande visée aux paragraphes (6), (7) ou (7.1) se fait en la forme et de la manière prescrites par le Ministre.

(7.3) Lorsque le Ministre rejette en tout ou en partie la demande visée aux paragraphes (6), (7) ou (7.1), cette dernière cesse d'avoir effet aux fins de décider si la remise ou la déduction peut être accordée ou le montant payé, quatre-vingt-dix jours après que l'avis du rejet a été envoyé au demandeur, à moins que pendant ce délai une demande portant sur la remise, la déduction ou le montant ne soit présentée à la Commission du tarif conformément à l'article 59 ou à la Cour fédérale conformément à l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

(7.4) Lorsque le Ministre approuve la demande visée aux paragraphes (6), (7) ou (7.1), cette dernière cesse d'avoir effet aux fins de décider si la remise ou la déduction peut être accordée ou le montant payé, quatre-vingt-dix jours après que la remise, la déduction ou le paiement du montant a été envoyé au demandeur, à moins que pendant ce délai une demande portant sur la remise, la déduction ou le montant ne soit présentée à la Commission du tarif conformément à l'article 59 ou à la Cour fédérale conformément à l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Comme on peut le voir, cette disposition législative impose au demandeur des délais stricts, aussi bien vers l'avant, à partir de la date de la décision de la Commission du tarif ou du jugement d'un tribunal qui donne le droit de demander la remise (paragraphe (7)), que vers l'arrière, à partir de la date de la demande pour un maximum de quatre ans (paragraphe (7.1)). Le pouvoir décisionnel est expressément accordé au ministre et son exercice peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire (paragraphes (7.3) et (7.4)).

In my view, it is apparent from the scheme of the section that there is no right to receive a refund, and hence no "receivable", until a favourable decision has been made by the Minister. In reaching that decision the Minister is required to make findings of fact, reviewable on application to the Tariff Board, and to determine questions of law, reviewable on a section 28 [*Federal court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8)] application to this Court. In short, the Minister acts classically as a quasi-judicial tribunal whose decisions are not merely declaratory but determinative of rights.

On the agreed facts of the present case it is equally clear that the Minister actually did act in this way. A part of the respondent's claim in respect of the period October 1977 to August 1981 was increased by approximately \$72,000 because of the Minister's findings in respect of certain quantity discounts (Appeal Book, at pages 90, 94 and 98). Another part of the claim was disallowed on the basis of the Minister's finding that certain of the goods covered (tampons) were not in fact the same as the goods dealt with in the Tariff Board declaration (Appeal Book, at page 99). And yet another part of the claim, totalling just under \$3.5 million, was rejected because it was the Minister's view that it related to a period prior to November 1977 and was therefore statute-barred. (Appeal Book, at page 98.) In my view, none of these facets of the Minister's decision can be described as purely administrative or mechanical and each required a determination of relevant facts and the application of a body of law to them.

It is clear, of course, in the present case that the Minister did not act personally and it is not suggested that he is required to. Where, however, in the exercise of quasi-judicial powers which are determinative of rights, the Minister acts through his subordinate officials, he cannot be said to have made his decision (which the statute does not give him any power to review or revise of his own motion) until he has

À mon avis, il ressort clairement de l'économie de cet article qu'il n'existe pas de droit de recevoir une remise et, partant, pas de «créance» tant qu'une décision favorable n'a pas été rendue par le ministre. Pour parvenir à cette décision, le ministre doit tirer des conclusions de fait, qui peuvent faire l'objet d'un contrôle sur présentation d'une demande à la Commission du tarif, et trancher des questions de droit, qui peuvent faire l'objet d'un contrôle sur présentation, à la présente Cour, d'une demande fondée sur l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8)]. En bref, le ministre exerce classiquement les pouvoirs d'un tribunal quasi-judiciaire dont les décisions n'ont pas simplement un caractère déclaratoire, mais sont décisives à l'égard des droits.

D'après les faits convenus de l'espèce, il est tout aussi clair que le ministre a effectivement exercé ces pouvoirs. Une partie de la demande de l'intimée se rapportant à la période comprise entre le mois d'octobre 1977 et le mois d'août 1981 a été majorée d'environ 72 000 \$ en raison des conclusions du ministre au sujet de certaines remises quantitatives (dossier d'appel, aux pages 90, 94 et 98). Une autre partie de la demande a été rejetée après que le ministre eut conclu que certaines marchandises (des tampons) n'étaient pas, dans les faits, la même chose que les marchandises visées par la déclaration de la Commission du tarif (dossier d'appel, à la page 99). Encore une autre partie de la demande, totalisant un peu moins de 3,5 millions de dollars, a été rejetée parce que le ministre était d'avis qu'elle se rapportait à une période antérieure au mois de novembre 1977 et était par conséquent prescrite (dossier d'appel, à la page 98). Selon moi, aucun de ces aspects de la décision du ministre ne peut être considéré comme purement administratif ou mécanique, et chacun l'obligeait à se prononcer sur les faits pertinents et à leur appliquer un ensemble de règles de droit.

Il ne fait évidemment aucun doute dans la présente espèce que le ministre n'a pas exercé ces pouvoirs personnellement, et il n'est pas donné à entendre qu'il doit le faire. Cependant, lorsque, dans le cadre de l'exercice de pouvoirs quasi-judiciaires qui sont décisifs à l'égard des droits, le ministre agit par l'intermédiaire de ses fonctionnaires subalternes, on ne peut affirmer qu'il a rendu sa décision (que la loi ne

given some public and irrevocable indication thereof. The decision creates rights and starts time running and it is as much in the public interest as in that of those immediately concerned that there be a basic minimum of certainty as to when it is made and what it is. A decision *in pectore* would be an abomination in law.

On the agreed facts in the present case it is clear to me that there was no ministerial decision on the respondent's refund claim prior to January 4, 1982. The letter written by Mr. Maheu dated December 24, 1981 (paragraph 13, *supra*) does not purport to be a ministerial decision and is manifestly not irrevocable. It is written in the first person and can bind no one but its author. It was not, in any event, received by respondent until January 4, 1982.

Paragraph 15 of the agreed statement of facts demonstrates that the auditor's report, prepared by Maheu and approved by his supervisor, could equally not qualify as a decision. The report did not become definitive until it was "transferred" to the Regional Office and a "payment list" (form E56-1) made and signed with the "corroboration" of the Refunds Manager and the issuance of a refund cheque. Paragraph 16 makes it plain that none of these steps happened prior to January 4, 1982. In my view, therefore, that is the earliest date at which it can be said that the Minister, through his subordinates, had taken a public and irrevocable step indicating the nature and extent of his decision to give effect to the respondent's claim for a refund. Since that date was after the end of the respondent's 1982 taxation year the refund should not have been treated by the Minister as a receivable in that year. The Trial Judge correctly so found.

The foregoing is in theory enough to dispose of the appeal to this Court. There are three reasons, however, which make it desirable that we should deal with the second issue which has been raised. In the first place, the matter may go further. Secondly, although the Trial Judge was only seized of an appeal

lui permet pas de reconsidérer ni de réviser de son propre chef) tant qu'il ne l'a pas fait connaître de façon publique et irrévocable. Cette décision crée des droits et marque le point de départ d'un délai, et il y va autant de l'intérêt du public que de celui des personnes directement concernées d'avoir un minimum de certitude au sujet de la date à laquelle la décision est rendue et de son contenu. Une décision *in pectore* serait une abomination en droit.

D'après les faits convenus de l'espèce, il me paraît indéniable qu'une décision ministérielle n'a pas été rendue avant le 4 janvier 1982 sur la demande de remise de l'intimée. La lettre en date du 24 décembre 1981 écrite par M. Maheu (paragraphe 13, précité) n'a pas le caractère d'une décision ministérielle et n'est manifestement pas irrévocable. Elle est rédigée à la première personne et ne peut lier personne sauf son auteur. De toute façon, l'intimée ne l'a pas reçue avant le 4 janvier 1982.

Le paragraphe 15 de l'exposé conjoint des faits démontre que le rapport du vérificateur, préparé par M. Maheu et approuvé par son superviseur, ne peut pas lui non plus être qualifié de décision. Le rapport n'est pas devenu définitif avant qu'il ne soit «transmis» au bureau régional, qu'une «autorisation de paiement» (formulaire E56-1) ne soit établie et signée avec le «concours» du gestionnaire des remises, et qu'un chèque de remise ne soit émis. Il ressort clairement du paragraphe 16 qu'aucune de ces mesures n'a été prise avant le 4 janvier 1982. Je suis donc d'avis que c'est la date la plus ancienne à laquelle le ministre, par l'intermédiaire de ses subalternes, a fait connaître de façon publique et irrévocable la nature et l'étendue de sa décision de donner suite à la demande de remise de l'intimée. Comme cette date est postérieure à celle de la fin de l'année d'imposition 1982 de l'intimée, le ministre n'aurait pas dû traiter la remise comme une créance cette année-là. Le juge de première instance a statué à bon droit là-dessus.

Les remarques qui précèdent suffisent, en théorie, à statuer sur l'appel interjeté devant la présente Cour. Il y a cependant trois raisons pour lesquelles il est souhaitable d'examiner la seconde question qui a été soulevée. D'abord, l'affaire pourrait aller plus loin. Ensuite, même si le juge de première instance a uni-

in respect of the respondent's 1982 taxation year his formal judgment referring the matter back to the Minister quite improperly contains a direction that "the refund amount should have been included in the plaintiff's 1983 taxation year" (Appeal Book, Appendix I, at page 1). That statement, while it may constitute a reason for the Trial Judge having concluded as he did, simply has no place in the formal judgment of the Court which did not have the respondent's 1983 taxation year before it. It is also, in my opinion, wrong. Finally, as will appear, I am of the view that the Judge's finding on the first issue is not dispositive of the assessment for the 1982 taxation year.

I turn accordingly to the second issue.

Issue 2: Was the refund required to be included in the computation of respondent's business income?

As indicated earlier, this issue seems to have been understood by the Trial Judge, perhaps abetted by some of the submissions of counsel, as whether the receipt of the refund "was" or "constituted" income from the respondent's business.

In normal circumstances it is usually an acceptable form of legal shorthand to refer to a receipt or a receivable as being income. To do so, however, tends to mask the reality that under the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63] what is taxed is not simply income but rather income "for a taxation year". Subsections 2(1) and 2(2) [as am. by S.C. 1985, c. 45, s. 1] read:

2. (1) An income tax shall be paid as hereinafter required upon the taxable income for each taxation year of every person resident in Canada at any time in the year.

(2) The taxable income of a taxpayer for a taxation year is his income for the year plus the additions and minus the deductions permitted by Division C. [Emphasis added.]

"Income" is itself an undefined, and perhaps undefinable, concept. Respondent's counsel

quement été saisi d'un appel à l'égard de l'année d'imposition 1982 de l'intimée, le jugement formel par lequel il a renvoyé l'affaire au ministre comporte à tort la directive selon laquelle [TRADUCTION] «cette somme aurait dû être incluse dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition 1983» (dossier d'appel, annexe I, à la page 1). Cette affirmation, bien qu'elle puisse constituer une raison pour laquelle le juge de première instance a statué ainsi qu'il l'a fait, n'a tout simplement pas sa place dans le jugement formel de la Cour, qui n'avait pas à se prononcer sur l'année d'imposition 1983 de l'intimée. Du reste, cette affirmation est erronée selon moi. Enfin, comme on le verra, je suis d'avis que la conclusion du juge sur la première question en litige ne règle pas le sort de la cotisation établie pour l'année d'imposition 1982.

J'en viens donc à la seconde question en litige.

Deuxième question en litige: la remise devait-elle être incluse dans le calcul du revenu tiré de l'entreprise de l'intimée?

Comme je l'ai déjà mentionné, cette question semble avoir été comprise par le juge de première instance, qui a peut-être été encouragé par certains arguments des avocats, comme étant celle de savoir si la remise encaissée «était» ou «constituait» un revenu tiré de l'entreprise de l'intimée.

Dans des circonstances normales, c'est habituellement une formule abrégée acceptable en droit pour désigner une rentrée ou une créance. Cependant, on tend ainsi à masquer la réalité selon laquelle ce qui est imposé en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63], ce n'est pas simplement un revenu, mais bien un revenu «pour une année d'imposition». Les paragraphes 2(1) et 2(2) [mod. par S.C. 1985, ch. 45, art. 1] sont ainsi libellés:

2. (1) Un impôt sur le revenu doit être payé, ainsi qu'il est prévu ci-après, pour chaque année d'imposition, sur le revenu imposable de toute personne résidant au Canada à une date quelconque dans l'année.

(2) Le revenu imposable d'un contribuable pour une année d'imposition est son revenu pour l'année plus les ajouts prévus à la section C et moins les déductions permises par cette même section. [C'est moi qui souligne.]

Le «revenu» est lui-même un concept non défini, et peut-être indéfinissable. Les avocats de l'intimée

expended considerable time and energy both here and below in attempting to argue that the refund payments did not have the “character of income” and did not come from any “source” recognized by the Act. The Trial Judge rejected that argument [at page 262]:

I agree that in a very strict sense the refund may not be tied to the plaintiff's business of manufacturing and distributing of health care products, in that it was not derived from the manufacture of the goods. However, it was linked to plaintiff's income earning process as it was income that came from the plaintiff's business. It is clear that the price at which the plaintiff sold its products included the federal sales tax and that the plaintiff credited to the calculation of gross income the amount passed on to its customers. Further, from a practical business point of view I do not think that it can be disputed that the plaintiff reduced its profit in each year by claiming deductions in respect of sales tax paid and when the amount was refunded it was included as a receivable and the plaintiff made an adjustment to its retained earnings. Retained earnings are basically accumulated profits of the business.

In my view, the Trial Judge was right. Indeed I would go further and assert that even in “a very strict sense” the refund of sums paid and claimed as expenses incurred in the respondent's business is derived from that business and must be taken into account in the computation of the income therefrom. If the refund had been received in the year in which the sales tax had been wrongly paid, there is simply no room for doubt that it must be taken into account in that year. A change in the timing does not change the “character” of the payment.

It is at this point, however, that the oversimplification to which I referred earlier can be seen to be misleading. The income from a business is not merely its receipts or receivables. Subsection 9(1) reads:

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. [Emphasis added.]

The underlined words make it plain that in the computation of income expenses must be deducted from receipts and that both receipts and expenses must be related to a specific year.

ont consacré beaucoup de temps et d'énergie, tant devant la présente Cour que devant la Section de première instance, à tenter de faire valoir que la remise ne «participait pas du revenu» et ne provenait pas d'une «source» reconnue par la Loi. Le juge de première instance a rejeté cet argument en ces termes [à la page 262]:

J'admets que dans un sens très strict, la remise n'est peut-être pas liée à l'entreprise de la demanderesse, c'est-à-dire la fabrication et la distribution de produits de santé, dans la mesure où elle ne provenait pas de la fabrication des marchandises. Cependant, elle était liée aux activités lucratives de la demanderesse, puisqu'il s'agissait d'un revenu tiré de son entreprise. Il est clair que le prix auquel la demanderesse vendait ses produits comprenait la taxe de vente fédérale et qu'elle créditait le montant qu'elle faisait assumer à sa clientèle dans le calcul de son revenu brut. En outre, d'un point de vue commercial et pratique, je crois que la demanderesse a indéniablement réduit son bénéfice à chaque année en se prévalant de déductions à l'égard de la taxe de vente payée; en outre, lorsque le montant a été remis, il a été comptabilisé comme une créance et la demanderesse a rajusté ses bénéfices non répartis. Les bénéfices non répartis représentent essentiellement les bénéfices accumulés de l'entreprise.

À mon avis, le juge de première instance avait raison. J'irais même jusqu'à dire que même «dans un sens très strict», la remise de sommes payées et indiquées comme des dépenses faites dans le cadre de l'entreprise de l'intimée provient de cette entreprise et doit être incluse dans le calcul du revenu qu'elle en tire. Si la remise avait été reçue l'année où la taxe de vente a été indûment payée, cela ne fait aucun doute qu'on doit en tenir compte cette année-là. Un changement dans les dates ne change pas la «nature» du paiement.

C'est à ce stade-ci, toutefois, que la simplification excessive à laquelle j'ai fait allusion précédemment peut être vue comme trompeuse. Le revenu tiré d'une entreprise n'est pas formé simplement des rentrées ou des créances de l'entreprise. Le paragraphe 9(1) est ainsi libellé:

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. [C'est moi qui souligne.]

Les mots soulignés montrent clairement que, dans le calcul du revenu, les dépenses doivent être déduites des rentrées, et que tant les rentrées que les dépenses doivent se rapporter à une année donnée.

Normally, of course, and as a general rule, both receipts and expenses are brought into the calculation of income in the year in which they are received or incurred. Where, however, a business receives a payment, not as compensation for the goods or services which it provides but rather as a reimbursement for an expenditure which was not due and should never have been paid, the situation is different. In effect what has happened is that what was formerly thought to have been an expenditure is now recognized to be so no longer. Accordingly, it is not the year of receipt which is relevant for the determination of profit, but the year of the expenditure which is now found to have been no expenditure at all.

I emphasize here that we are not talking of the recovery of expenses in the ordinary business sense of attempting to recoup what one has laid out by what one can get in. Rather, it is the reversal of what was thought to have been an expenditure due to the recognition, forced or voluntary, by the original payee that he should never have had the money in the first place. This is what distinguishes the present case from the decision of this Court, much relied on by the appellant, in *Mohawk Oil Co. v. Canada*.<sup>2</sup> That case simply decided, amongst other things, that that part of compensation for damages for breach of contract which included both lost profits and expenditures thrown away was to be included in the computation of a business' taxable income. The question of timing was not addressed at all, but if it had been I do not think the Court would have had any difficulty in concluding that the year of receipt was the relevant year for computation purposes. Expenditures thrown away and then recouped as damages do not lose their original character. It is otherwise with expenditures which are refunded because they were wrongly paid in the first place.

The whole concept of a tax based upon an annual calculation of profit has inherent in it the requirement that it may become necessary to reopen accounts and to recalculate income for prior years in the light of subsequent events. Subsection 152(4) specifically recognizes (and recognized during the years here in issue) the Minister's right to reassess, even in the

En temps normal, évidemment, et en règle générale, les rentrées et les dépenses sont incluses dans le calcul du revenu au cours de l'année où elles sont reçues ou engagées. La situation est différente, cependant, lorsqu'une entreprise reçoit un paiement, non pas comme rétribution au titre des marchandises ou des services qu'elle fournit, mais plutôt comme remboursement d'une dépense qu'elle n'avait pas à payer et n'aurait jamais dû payer. Ce qui est arrivé en fait, c'est que ce qui avait été pris pour une dépense n'est maintenant plus considéré comme tel. Par conséquent, ce n'est pas l'année de la réception qui est pertinente pour calculer le bénéfice, mais l'année où a été faite la dépense qui n'en est plus une.

Je souligne le fait qu'il n'est pas question en l'espèce du recouvrement de dépenses dans le sens commercial habituel, c'est-à-dire tenter de compenser ce qui est déboursé par ce qui peut être reçu. Il s'agit plutôt d'un revirement au sujet d'une prétendue dépense, attribuable à la reconnaissance, forcée ou volontaire, par le bénéficiaire du fait qu'il n'aurait jamais dû recevoir la somme d'argent en premier lieu. C'est ce qui distingue la présente espèce de la décision rendue par la présente Cour, sur laquelle l'appelante s'est beaucoup appuyée, dans l'affaire *Mohawk Oil Co. c. Canada*.<sup>2</sup> On a simplement statué dans cette affaire, entre autres, que la partie de l'indemnité payée à titre de dommages-intérêts pour rupture de contrat qui comprenait les bénéfices perdus et les dépenses faites inutilement devait être incluse dans le calcul du revenu imposable d'une entreprise. La Cour ne s'est pas penchée sur la question du moment, mais si elle l'avait fait, je pense qu'elle n'aurait pas eu de mal à conclure que l'année de la réception était l'année pertinente aux fins de calcul. Les dépenses faites inutilement puis recouvrées à titre de dommages-intérêts ne perdent pas leur nature originale. Il en va tout autrement des dépenses qui sont remises parce qu'elles ont été indûment payées.

Le fait qu'il puisse devenir nécessaire de rouvrir des comptes et de calculer de nouveau le revenu se rapportant à des années antérieures à la lumière de faits subséquents est une exigence inhérente au concept d'un impôt fondé sur le calcul annuel du bénéfice. Le paragraphe 152(4) reconnaît expressément (et reconnaissait au cours des années en cause en l'es-

<sup>2</sup> [1992] 2 F.C. 485 (C.A.).

<sup>2</sup> [1992] 2 C.F. 485 (C.A.).

absence of fraud or misrepresentation.<sup>3</sup> It may not be entirely coincidental that the four year period stipulated in this text would have permitted a reassessment in respect of any refunds not statute-barred by the provisions of section 44 of the *Excise Tax Act*.

It may be, of course, that the Minister is now out of time to reassess the respondent in respect of those taxation years for which he, the same Minister, granted sales tax refunds on January 4, 1982; it is certain, however,<sup>4</sup> that he could have done so at the time the refunds were granted, and his failure to do so timely can surely not affect the result of the present appeal.

In short, it is my view that the refund of taxes, which have been charged as expenses in the year of payment but which should never have been paid at all, must be brought into the computation of income for the years in which they were paid and charged.

<sup>3</sup> At the relevant time subsection 152(4) read:  
152. . . .

(4) The Minister may at any time assess tax, interest or penalties under this Part or notify in writing any person by whom a return of income for a taxation year has been filed that no tax is payable for the taxation year, and may

(a) at any time, if the taxpayer or person filing the return

(i) has made any misrepresentation that is attributable to neglect, carelessness or wilful default or has committed any fraud in filing the return or in supplying any information under this Act, or

(ii) has filed with the Minister a waiver in prescribed form within 4 years from the day of mailing of a notice of an original assessment or of a notification that no tax is payable for a taxation year, and

(b) within 4 years from the day referred to in subparagraph (a)(ii), in any other case,

reassess or make additional assessments, or assess tax, interest or penalties under this Part, as the circumstances require.

<sup>4</sup> We know that respondent's 1977 taxation year ended December 31, 1977; it is simply impossible that the Minister could in practice have mailed an original notice of assessment for 1977 prior to January 4, 1978.

pèce) que le ministre a le droit d'établir de nouvelles cotisations, même en l'absence de fraude ou de présentation erronée des faits<sup>3</sup>. Il se peut que ce ne soit pas une pure coïncidence que le délai de quatre ans prévu dans cette disposition eût permis d'établir de nouvelles cotisations à l'égard des remises qui n'étaient pas prescrites par les dispositions de l'article 44 de la *Loi sur la taxe d'accise*.

Il se peut bien, évidemment, que le ministre soit maintenant forcé de fixer de nouveau l'impôt de l'intimée à l'égard des années d'imposition pour lesquelles ce même ministre a accordé les remises de la taxe de vente le 4 janvier 1982; il ne fait aucun doute, cependant<sup>4</sup>, qu'il aurait pu le faire à l'époque où les remises ont été accordées, et son défaut d'agir en temps utile ne peut certainement pas modifier l'issue du présent appel.

En bref, je suis d'avis que la remise des taxes qui ont été imputées comme des dépenses au cours de l'année de leur paiement mais qui n'auraient jamais dû être payées doit être incluse dans le calcul du revenu pour les années où ces taxes ont été payées et

<sup>3</sup> À l'époque pertinente, le paragraphe 152(4) disposait:  
152. . . .

(4) Le Ministre peut, à une date quelconque, fixer des impôts, intérêts ou pénalités en vertu de la présente Partie, ou donner avis par écrit, à toute personne qui a produit une déclaration de revenu pour une année d'imposition, qu'aucun impôt n'est payable pour l'année d'imposition, et peut,

a) à une date quelconque, si le contribuable ou la personne produisant la déclaration

(i) a fait une présentation erronée des faits, par négligence, inattention ou omission volontaire, ou a commis quelque fraude en produisant la déclaration ou fournissant quelque renseignement sous le régime de la présente loi, ou

(ii) a adressé au Ministre une renonciation, en la forme prescrite, dans un délai de 4 ans à compter du jour de l'expédition par la poste d'un avis de première cotisation ou d'une notification portant qu'aucun impôt n'est payable pour une année d'imposition, et

b) dans un délai de 4 ans à compter du jour mentionné au sous-alinéa a)(ii) en tout autre cas,

procéder à de nouvelles cotisations ou en établir de supplémentaires, ou fixer des impôts, intérêts ou pénalités en vertu de la présente Partie, selon que les circonstances l'exigent.

<sup>4</sup> Nous savons que l'année d'imposition 1977 de l'intimée a pris fin le 31 décembre 1977; il est absolument impossible que le ministre ait pu, en pratique, poster un premier avis de cotisation pour l'année 1977 avant le 4 janvier 1978.



On the facts of the present case, those are the respondent's taxation years covered by the period October 1977 to August 1981. Only a relatively small part of that period, however, is covered by the 1982 assessment which is in issue here. The precise amount will have to be determined by the Minister on a reconsideration.

This view is consonant not only with the scheme of the Act but also with relevant case law.

In the English case of *English Dairies Ltd v Phillips (Inspector of Taxes)*<sup>5</sup> the taxpayer had been forced by government authority to pay a levy on the price of its milk as a condition of its license; the levy was subsequently judicially determined to have been illegal and was refunded three years after it had originally been paid.<sup>6</sup> Rowlatt J. held that the accounts for the earlier year should be reopened so as to reduce the expenses originally charged and thereby increase the profits for that year. A like result was reached in rather similar circumstances in *Holden (Isaac) & Sons Ltd v IRC*.<sup>7</sup> Both cases were cited with apparent approval by the House of Lords in *British Mexican Petroleum Co Ltd v Jackson (Inspector of Taxes)*<sup>8</sup> and the fact that a different result was reached in that case is simply illustrative of the distinction between a refund of moneys illegally extracted and a release of a debt properly incurred; the latter is, in my view, analogous to the recovery of expenses or the payment of compensation to which I have already referred in discussing the decision in *Mohawk Oil, supra*.

Counsel for the Minister sought to rely on the Australian case of *Sinclair (H.R.) & Son Pty. Ltd. v Federal Commissioner of Taxation*<sup>9</sup> and the American

<sup>5</sup> (1927), 11 T.C. 597 (K.B. Div.).

<sup>6</sup> It is one of the ironies of tax law that circumstances cause parties to change sides in an argument; in *English Dairies, supra*, contrary to the situation in the present case, it was the taxpayer who argued for the inclusion of the refund in the year of receipt and the fisc who argued for the reopening of the accounts of the earlier years. There is indeed no equity in a tax.

<sup>7</sup> (1924), 12 T.C. 768 (K.B. Div.).

<sup>8</sup> (1932), 16 T.C. 570 (H.L.).

<sup>9</sup> (1966), 10 A.I.T.R. 3 (H.C.).

imputées. D'après les faits de l'espèce, il s'agit des années d'imposition de l'intimée comprises entre le mois d'octobre 1977 et le mois d'août 1981. Cependant, seule une partie assez courte de cette période est visée par la cotisation de 1982 qui fait l'objet du présent litige. Le montant exact devra être déterminé par le ministre dans le cadre d'un nouvel examen.

Ce point de vue est conforme non seulement à l'économie de la Loi, mais aussi à la jurisprudence pertinente.

Dans l'affaire anglaise *English Dairies Ltd v Phillips (Inspector of Taxes)*<sup>5</sup>, les autorités gouvernementales avaient obligé le contribuable à payer un impôt sur le prix de son lait comme condition de sa licence; il a par la suite été judiciairement établi que le prélèvement avait été fait illégalement, et l'impôt a été remis trois ans après avoir été payé<sup>6</sup>. Le juge Rowlatt a statué que les comptes de l'année antérieure devaient être rouverts de manière à réduire les dépenses qui avaient été imputées et, ainsi, augmenter les bénéfiques faits cette année-là. On est parvenu à un résultat semblable dans des circonstances assez similaires dans l'affaire *Holden (Isaac) & Sons Ltd v IRC*<sup>7</sup>. La Chambre des lords a invoqué ces deux causes en paraissant les approuver dans l'affaire *British Mexican Petroleum Co Ltd v Jackson (Inspector of Taxes)*<sup>8</sup>, et le fait qu'elle soit parvenue à un résultat différent illustre tout simplement la différence qui existe entre la remise de montants perçus illégalement et la libération d'une dette régulièrement contractée; ce dernier cas est, à mon avis, analogue au remboursement de dépenses ou au paiement d'une indemnité auquel j'ai fait allusion plus haut lorsque j'ai traité l'affaire *Mohawk Oil*, précitée.

L'avocat du ministre a tenté de s'appuyer sur l'affaire australienne *Sinclair (H.R.) & Son Pty. Ltd. v Federal Commissioner of Taxation*<sup>9</sup> et l'affaire améri-

<sup>5</sup> (1927), 11 T.C. 597 (K.B. Div.).

<sup>6</sup> Par une ironie du droit fiscal, ce sont les circonstances qui amènent les parties à changer de camp dans une argumentation; dans l'affaire *English Dairies*, précitée, contrairement aux faits de l'espèce, c'est le contribuable qui plaide pour l'inclusion de la remise dans l'année de la réception et le fisc qui plaide pour la réouverture des comptes des années antérieures. Il n'y a vraiment pas d'équité dans un impôt.

<sup>7</sup> (1924), 12 T.C. 768 (K.B. Div.).

<sup>8</sup> (1932), 16 T.C. 570 (H.L.).

<sup>9</sup> (1966), 10 A.I.T.R. 3 (H.C.).

case of *Hillsboro National Bank v. Commissioner*.<sup>10</sup> Both cases reveal, however, that the statutory schemes there being considered made no provision for reassessment in the absence of fraud or similar circumstances. In *Sinclair & Son, supra*, Taylor J., referring apparently to the English cases just cited, said [at page 4]:

However, it was contended that it would be more appropriate to treat the payment to the appellant as a diminution of its business outgoings in the earlier years rather than as assessable income for the year in question. Problems bearing some similarity to that which arises in this case have not infrequently been dealt with in this manner in England and, no doubt, it would in many cases be more equitable to reopen the earlier assessments and make the appropriate adjustments. But in England, where the relevant legislation permits this course, the matter seems to have been treated not so much as a question of business accounting as an appropriate method of adjusting the taxpayer's liability to tax. However, there is no power to adopt this course in Australia except in circumstances which do not present themselves in this case, and I do not think the English cases by any means require the conclusion that, under the provisions of the Australian Act, the refund in this case was not assessable income of the appellant in the year of its receipt. [Emphasis added.]

Likewise, in *Hillsboro National Bank, supra*, O'Connor J. said [at pages 377-379]:

The Government in each case relies solely on the tax benefit rule—a judicially developed principle that allays some of the inflexibilities of the annual accounting system. An annual accounting system is a practical necessity if the federal income tax is to produce revenue ascertainable and payable at regular intervals. *Burnet v. Sanford & Brooks Co.*, 282 U. S. 359, 365 (1931). Nevertheless, strict adherence to an annual accounting system would create transactional inequities. Often an apparently completed transaction will reopen unexpectedly in a subsequent tax year, rendering the initial reporting improper. For instance, if a taxpayer held a note that became apparently uncollectible early in the taxable year, but the debtor made an unexpected financial recovery before the close of the year and paid the debt, the transaction would have no tax consequences for the taxpayer, for the repayment of the principal would be recovery of capital. If, however, the debtor's financial recovery and the resulting repayment took place after the close of the taxable year, the taxpayer would have a deduction for the apparently bad debt in the first year under § 166(a) of the Code, 26 U.S.C. § 166(a). Without the tax benefit rule, the repayment in the second year, representing a return of capital,

<sup>10</sup> 460 U.S. 370 (1983 S.C.).

caine *Hillsboro National Bank v. Commissioner*<sup>10</sup>. Il ressort toutefois de ces deux affaires que les systèmes législatifs qui y étaient examinés ne prévoyaient pas l'établissement de nouvelles cotisations en l'absence de fraude ou de circonstances similaires. Dans l'affaire *Sinclair & Son*, précitée, le juge Taylor, qui se référerait apparemment aux affaires anglaises qui viennent juste d'être invoquées, s'est exprimé en ces termes [à la page 4]:

[TRADUCTION] On a toutefois prétendu qu'il serait plus approprié de traiter le paiement reçu par l'appelante non pas comme un revenu imposable au cours de l'année en cause, mais comme une diminution de ses dépenses d'entreprise au cours des années antérieures. Il n'est pas rare qu'on ait réglé des problèmes similaires à celui que soulève le présent litige de cette manière en Angleterre et, sans doute, il serait dans bien des cas plus équitable de rouvrir les cotisations antérieures et d'effectuer les rajustements appropriés. En Angleterre, où les dispositions législatives pertinentes permettent de recourir à cette solution, la question semble avoir été traitée moins comme une question de comptabilité d'entreprise que comme une méthode appropriée de rajustement de l'impôt à payer par le contribuable. Toutefois, il n'existe aucun pouvoir de recourir à cette solution en Australie, sauf dans des circonstances qui ne se présentent pas en l'espèce et, à mon avis, ces affaires anglaises n'exigent aucunement que je conclue que, en vertu des dispositions de la Loi australienne, la remise en l'espèce n'était pas un revenu imposable de l'appelante au cours de l'année de sa réception. [C'est moi qui souligne.]

De même, dans l'affaire *Hillsboro National Bank*, précitée, le juge O'Connor a déclaré [aux pages 377 à 379]:

[TRADUCTION] Le gouvernement dans chaque affaire s'appuie uniquement sur la règle de l'avantage fiscal—principe dégagé par les tribunaux qui atténue quelques-unes des inflexibilités du système comptable annuel. Un système comptable annuel est une nécessité pratique si l'on veut que l'impôt fédéral sur le revenu génère des recettes identifiables et payables à intervalles réguliers. *Burnet v. Sanford & Brooks Co.*, 282 U.S. 359, 365 (1931). Néanmoins, le fait de s'en tenir strictement à un système comptable annuel créerait des injustices dans les opérations. Souvent, une opération apparemment terminée sera inopinément rouverte au cours d'une année d'imposition subséquente, rendant la déclaration initiale inexacte. Par exemple, si un contribuable détenait un billet apparemment devenu irrécouvrable au début d'une année d'imposition, mais que le débiteur redressait soudainement sa situation financière avant la fin de l'année et remboursait la créance, l'opération n'aurait aucune incidence fiscale sur le contribuable car le remboursement du principal serait un recouvrement de capital. Toutefois, si le redressement du débiteur et le remboursement de la créance se produisaient après la fin de l'année d'imposition, le contribuable se prévaudrait de la déduction de la soi-disant

<sup>10</sup> 460 U.S. 370 (1983 S.C.).

would not be taxable. The second transaction, then, although economically identical to the first, could, because of the differences in accounting, yield drastically different tax consequences. The Government, by allowing a deduction that it could not have known to be improper at the time, would be foreclosed from recouping any of the tax saved because of the improper deduction. Recognizing and seeking to avoid the possible distortions of income, the courts have long required the taxpayer to recognize the repayment in the second year as income. [Emphasis added.]

In my view, the existence of the provisions of the *Income Tax Act* allowing the Minister to reopen the accounts of prior years and to reassess them serve to distinguish his position from that of his counterparts in Australia and the United States. It is, I think, both unnecessary and undesirable for the courts of this country to judicially legislate an equivalent of the tax benefit rule and I would not do so.

### Conclusion

From what precedes it follows that I would dismiss the Crown's appeal. As earlier indicated, however, the Trial Judge, in his formal judgment ordered that the refund should be included in the respondent's 1983 taxation year. That was, as I have attempted to demonstrate, wrong. Accordingly, I would correct the judgment appealed from so as to read:

The appeal is allowed. The reassessment is vacated and the matter is referred back to the Minister for reconsideration and reassessment on the basis that the refund of sales taxes received January 4, 1982 should not be taken into account in the plaintiff's 1982 taxation year, save insofar as it relates to sales taxes paid in that year.

The respondent is entitled to its costs to be taxed.

PRATTE J.A.: I agree.

DESJARDINS J.A.: I concur.

mauvaise créance au cours de la première année en application de l'alinéa 166a) du Code, 26 U.S.C. alinéa 166a) [sic]. Sans la règle de l'avantage fiscal, le remboursement effectué au cours de la deuxième année, qui constituerait un remboursement de capital, ne serait pas imposable. Bien qu'économiquement identique à la première, la deuxième opération pourrait alors, en raison de différences au chapitre de la comptabilité, entraîner des conséquences fiscales fort différentes. Le gouvernement, qui aurait admis une déduction qu'il ne pouvait savoir inexacte à ce moment-là, serait dans l'impossibilité de récupérer l'impôt évité du fait de la déduction inexacte. Conscients des distorsions possibles du revenu et soucieux de les éviter, les tribunaux obligent depuis longtemps le contribuable à considérer le remboursement obtenu au cours de la deuxième année comme un revenu. [C'est moi qui souligne.]

À mon avis, l'existence des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui autorisent le ministre à rouvrir les comptes des années antérieures et à établir de nouvelles cotisations permet de distinguer sa position de celle de ses homologues australien et américain. Il n'est, selon moi, ni utile ni souhaitable que les tribunaux de ce pays adoptent judiciairement un équivalent de la règle de l'avantage fiscal, et je m'abstiendrais de le faire.

### Conclusion

Compte tenu de ce qui précède, je rejeterais l'appel de Sa Majesté. Comme je l'ai indiqué plus haut, toutefois, le juge de première instance a ordonné dans son jugement formel que la remise soit incluse dans le calcul du revenu de l'intimée pour l'année d'imposition 1983. C'était, comme j'ai tenté de le démontrer, une erreur. En conséquence, je corrigerais le jugement porté en appel afin qu'il dispose:

L'appel est accueilli. La nouvelle cotisation est annulée et l'affaire est renvoyée au ministre pour qu'il procède à un nouvel examen et à une nouvelle cotisation en tenant compte du fait que la remise de la taxe de vente reçue le 4 janvier 1982 ne devrait pas être incluse dans le calcul du revenu de la demanderesse au cours de l'année d'imposition 1982, sauf dans la mesure où elle se rapporte à la taxe de vente payée cette année-là.

L'intimée a droit à ses dépens taxés.

LE JUGE PRATTE, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

Her Majesty the Queen (*Plaintiff*) T-2281-92  
 v. Sa Majesté la Reine (*demanderesse*) T-2281-92  
 Melville Neuman (*Defendant*)  
 a Melville Neuman (*défendeur*)

INDEXED AS: *M.N.R. v. NEUMAN (T.D.)*

RÉPERTORIÉ: *M.R.N. c. NEUMAN (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Rothstein J.—Winnipeg, October 21; b Section de première instance, juge Rothstein—Winnipeg, 21 octobre; Ottawa, 14 décembre 1993.

*Income tax — Income calculation — Dividends — Appeal from Tax Court decision dividends received by defendant's wife should not be attributed to defendant — Defendant incorporating company, making wife sole director to split income from another company — Defendant having sole voting share — Based upon defendant's recommendation, wife directing company to pay dividend — MNR reassessed defendant, pursuant to s. 56(2), by including in his income dividends received by wife — Two qualifications to application of s. 56(2): dividend payments would otherwise have been obtained by reassessed taxpayer; payment "benefit" for which no adequate consideration — S. 56(2) not applicable to dividends generally because first condition not met as, until declared, dividends belonging to company — No distinction between arm's-length and non-arm's length transactions in application of s. 56(2) — Condition precedent to application of s. 56(2) that payee not be subject to tax on amount received when reassessed taxpayer had no entitlement to payment not satisfied. — ITA containing no general scheme to prevent income splitting.*

*Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Dividendes — Appel de la décision par laquelle la Cour de l'impôt a statué que les dividendes versés à l'épouse du défendeur ne devaient pas être attribués à ce dernier — Le défendeur a constitué une société, et a élu son épouse comme seule administratrice, en vue de fractionner le revenu d'une autre société — Le défendeur détenait la seule action assortie d'un droit de vote — Suivant la recommandation du défendeur, l'épouse de ce dernier a fait verser des dividendes par la société — Conformément à l'art. 56(2), le MRN a établi une nouvelle cotisation à l'égard du défendeur, en incluant dans son revenu les dividendes versés à son épouse — Deux conditions d'application de l'art. 56(2): les dividendes auraient été versés au contribuable à l'égard duquel une nouvelle cotisation est établie; le versement est un «avantage» pour lequel il n'y a eu aucune contrepartie suffisante — L'art. 56(2) ne s'applique pas aux dividendes en général car la première condition n'a pas été remplie puisque, tant qu'ils ne sont pas déclarés, les dividendes appartiennent à la société — Aucune distinction entre les opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance dans l'application de l'art. 56(2) — La condition d'application de l'art. 56(2), à savoir que le bénéficiaire n'est pas assujéti à l'impôt à l'égard du montant reçu lorsque le contribuable à l'égard duquel est établie une nouvelle cotisation n'avait aucun droit au versement, n'est pas remplie — Rien dans le régime de la Loi n'interdit le fractionnement du revenu.*

This was an appeal from a Tax Court decision that dividends received by the defendant's wife in 1982 should not be attributed to the defendant. In 1981 the defendant incorporated and became the first director of Melru Ventures Inc., established as a tax planning vehicle to split any income received from another company in which he owned shares, with his wife, and to let any increase in his equity in the other company accrue to his wife. The defendant received one common voting share and Class "G" shares in exchange for an equal number of shares in the other company. He thus rolled over his interest in the other company to Melru. His wife paid for 99 Class "F" non-voting shares of Melru with her own money, but neither made any other contribution to the company nor assumed any risk. The defendant, the sole voting shareholder, resigned as director and elected his wife as the sole director of the corporation. Melru received \$20,000 in dividends during 1982. Based on the defendant's recommendation, and pursuant to discretionary dividend provisions in the articles of incorporation, his wife declared and had Melru pay to her \$14,800 in dividends on her

Il s'agissait d'un appel de la décision par laquelle la Cour de l'impôt avait conclu que les dividendes versés à l'épouse du défendeur en 1982 ne devaient pas être attribués à ce dernier. En 1981, le défendeur a constitué Melru Ventures Inc., dont il est devenu le premier administrateur, à des fins de planification fiscale, en vue de partager avec son épouse tout revenu tiré d'une autre société dans laquelle il détenait des actions et de laisser toute augmentation de son avoir dans cette dernière échoir à son épouse. Le défendeur a reçu une action ordinaire assortie du droit de vote et des actions de catégorie «G» en contrepartie du même nombre d'actions de l'autre société. Il a donc transféré à Melru les autres intérêts qu'il détenait dans l'autre société. Son épouse a acheté 99 actions sans droit de vote de catégorie «F» de Melru avec son propre argent, mais n'a pas fait d'autre contribution à la société et n'a assumé aucun risque. Le défendeur, qui était le seul actionnaire détenant un droit de vote, s'est démis de ses fonctions d'administrateur et a élu son épouse comme seule administratrice de la société. En 1982, Melru a touché des dividendes de 20 000 \$.

Class "F" shares and \$5,000 in dividends to the defendant on his Class "G" shares". The defendant immediately borrowed the \$14,800 from his wife, which he had not repaid at the time of her death in 1988. The Minister reassessed the defendant by including in his income the \$14,800 of dividends received by his wife. *Income Tax Act*, subsection 56(2) provides that a payment made pursuant to the direction of a taxpayer to some other person for the benefit of the taxpayer, or as a benefit that the taxpayer desired to have conferred on the other person, shall be included in computing the taxpayer's income to the extent it would be if the payment or transfer had been made to him.

*Held*, the appeal should be dismissed.

There are two qualifications to the application of subsection 56(2): (1) that a dividend payment would otherwise have been obtained by the reassessed taxpayer; and, (2) that the payment is a "benefit" for which there was no adequate consideration. If either qualification is not met, subsection 56(2) does not apply.

The Supreme Court of Canada held in *McClurg v. Canada* that subsection 56(2) does not apply to dividends generally because, until declared, dividends belong to the company, not to another shareholder. Thus the first qualification for the application of subsection 56(2) was not met. The Chief Justice's comments in *McClurg* as to the commercial reality of the transaction were intended as an additional, independent reason consistent with the conclusion he had already reached. Irrespective of the director-shareholder relationship that was dispositive of the issue, the payment to the wife in that case was not a benefit and the second qualification also was not met.

Where, as here, a dividend declaration was an attempt at income splitting, and the payment was a "benefit" and not a payment for adequate consideration, it is necessary to address the threshold question of whether a distinction is to be made between arm's length and non-arm's length transactions in the application of subsection 56(2). The Federal Court of Appeal held in *McClurg* that there was nothing in subsection 56(2) to suggest that it contemplated a distinction between arm's length and non-arm's length transactions. That finding was consistent with the Supreme Court's *dictum* in *Stuart Investments Ltd. v. The Queen* that taxpayers in non-arm's length, as well as in arm's length, relationships could utilize whatever legal means were available to minimize tax obligations. *McClurg* did not change the law from that set out in *Stuart*. Therefore, no distinction should be drawn between an arm's length and a non-arm's length transaction in the application of subsection 56(2). There was no basis for investigating whether a shareholder, in a non-arm's length situation, made a contribution to a company

Suivant la recommandation du défendeur, et conformément aux dispositions concernant le dividende discrétionnaire figurant dans les statuts de la société, l'épouse du défendeur a déclaré 14 800 \$ de dividendes, qui lui ont été versés par Melru, sur ses actions de catégorie «F», et 5 000 \$ de dividendes, versés au défendeur, sur les actions de catégorie «G» que celui-ci détenait. Le défendeur a immédiatement emprunté les 14 800 \$ de sa femme, lesquels il n'avait pas remboursés au moment du décès de cette dernière, en 1988. Le ministre a établi une nouvelle cotisation à l'égard du défendeur en incluant dans son revenu les dividendes de 14 800 \$ versés à l'épouse de celui-ci. Le paragraphe 56(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit que tout paiement fait, suivant les instructions d'un contribuable, à toute autre personne au profit du contribuable ou à titre d'avantage que le contribuable désirait voir accorder à l'autre personne, doit être inclus dans le calcul du revenu du contribuable dans la mesure où il le serait si ce paiement ou transfert avait été fait au contribuable.

*Jugement*: l'appel doit être rejeté.

Il y a deux conditions d'application du paragraphe 56(2): (1) le dividende aurait autrement été versé au contribuable à l'égard duquel une nouvelle cotisation est établie, et (2) le versement est un «avantage» pour lequel il n'y a eu aucune contrepartie suffisante. Si l'une ou l'autre condition n'est pas remplie, le paragraphe 56(2) ne s'applique pas.

Dans l'arrêt *McClurg c. Canada*, la Cour suprême du Canada a statué que le paragraphe 56(2) ne s'applique pas aux dividendes en général parce que, tant qu'ils ne sont pas déclarés, les dividendes appartiennent à la société, et non à un autre actionnaire. La première condition d'application du paragraphe 56(2) n'a donc pas été remplie. Les remarques que le juge en chef a faites dans l'arrêt *McClurg* au sujet de la véritable nature commerciale de l'opération étaient destinées à constituer un motif supplémentaire et indépendant, compatible avec la conclusion qu'il avait tirée. Indépendamment de la relation administrateur-actionnaire qui était décisive quant à la question soulevée, le versement effectué à la femme dans cette affaire-là n'était pas un avantage et la seconde condition n'était donc pas remplie elle non plus.

Si, comme en l'espèce, la déclaration du dividende constituait une tentative de fractionner le revenu, et que le versement était un «avantage» et non un paiement pour une contrepartie suffisante, il est nécessaire de répondre à la question préliminaire de savoir si une distinction s'impose entre les opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance dans l'application du paragraphe 56(2). Dans l'arrêt *McClurg*, la Cour d'appel fédérale a statué que rien dans le paragraphe 56(2) ne donnait à penser que cette disposition établissait une distinction entre les opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance. Cette conclusion était compatible avec l'opinion de la Cour suprême dans l'arrêt *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, à savoir que les contribuables ayant ou non un lien de dépendance pouvaient utiliser tout moyen légal possible pour réduire au minimum leurs obligations fiscales. L'arrêt *McClurg* n'a pas eu pour effet de modifier le droit qui avait été énoncé dans l'arrêt *Stuart*. Par conséquent, aucune distinction ne s'imposait entre les opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance dans

such that a dividend payment would not be considered a "benefit" as contemplated by subsection 56(2).

It is a condition precedent to the application of subsection 56(2) that the payee not be subject to tax on the amount she received when the reassessed taxpayer had no entitlement to the payment. The defendant's wife received the payment as a shareholder, not as his wife. There was no allegation that the dividend payment was the result of a sham. All corporate formalities were followed. She was liable to tax on the dividend payment she received. The defendant had no entitlement to the payment made to his wife. The condition precedent was not satisfied.

The *Income Tax Act* contains no general scheme to prevent income splitting. For an income splitting transaction to be successfully challenged by the Minister, it must contravene an applicable section of the Act. Subsection 56(2) was not designed to prevent the type of income splitting engaged in by the defendant's wife and the defendant.

This does not mean that subsection 56(2) could never be applied in the context of a director-shareholder relationship and the declaration of dividends. It could well apply if a transaction giving rise to payment of dividends was a sham, in which case the appearance of the director-shareholder relationship would be different from the actual relationship between the parties. It could also apply where the declaration of a dividend to one class of shares was properly attributable to other classes of shares as well, or where the intended recipient of a declared dividend redirected the dividend to another person. Apart from these narrow exceptions, subsection 56(2) is not the appropriate provision for the Minister to invoke to challenge income splitting in the context of the director-shareholder relationship and the declaration of dividends.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Business Corporations Act*, R.S.S. 1978, c. B-10.  
*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 56(2) (as am. by S.C. 1987, c. 46, s. 15), 86 (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 50; 1980-81-82-83, c. 48, s. 46).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*McClurg v. Canada*, [1990] 3 S.C.R. 1020; (1990), 76 D.L.R. (4th) 217; [1991] 2 W.W.R. 244; [1991] 1 C.T.C. 169; 91 DTC 5001; 119 N.R. 101; *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; [1984] CTC 294; (1984), 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *Canada v. McClurg*, [1988] 2 F.C. 356; [1988] 1 C.T.C. 75; (1987), 18 F.T.R. 80; 88 DTC 6047; 84 N.R. 214 (C.A.); affg [1986] 1

l'application du paragraphe 56(2). Il n'y avait pas de raison de se demander si, dans une situation où il existe un lien de dépendance, l'actionnaire avait fourni un apport à une société au point qu'un versement de dividendes ne serait pas considéré comme un «avantage» aux termes du paragraphe 56(2).

<sup>a</sup> Selon une condition d'application du paragraphe 56(2), le bénéficiaire n'est pas assujéti à l'impôt à l'égard du montant qu'il a reçu lorsque le contribuable à l'égard duquel est établie une nouvelle cotisation n'avait aucun droit au versement. L'épouse du défendeur a reçu le versement à titre d'actionnaire et non d'épouse. On n'a pas allégué que le versement du dividende était le fruit d'un trompe-l'œil. Toutes les formalités propres aux sociétés ont été suivies. L'épouse du défendeur était assujétiée à l'impôt à l'égard des dividendes qu'elle avait reçus. Le défendeur n'avait aucun droit au versement effectué à sa femme. La condition d'application n'a pas été remplie.

<sup>c</sup> Rien dans le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans son ensemble n'interdit le fractionnement du revenu. Pour qu'une opération ayant pour résultat de fractionner le revenu soit contestée avec succès par le ministre, elle doit contrevenir à une disposition applicable de la Loi. Le paragraphe 56(2) <sup>d</sup> n'était pas destiné à empêcher le genre de fractionnement du revenu effectué par le défendeur et son épouse.

Cela ne veut pas dire que le paragraphe 56(2) ne pourrait jamais s'appliquer dans le contexte d'une relation administrateur-actionnaire et d'une déclaration de dividendes. Il pourrait <sup>e</sup> bien s'appliquer si une opération entraînant le versement de dividendes était une frime, auquel cas l'apparence de la relation administrateur-actionnaire serait différente de la véritable relation unissant les parties. Il pourrait également s'appliquer dans les cas où la déclaration d'un dividende d'une catégorie d'actions est à bon droit attribuable à d'autres catégories d'actions, ou dans les cas où le bénéficiaire visé par une déclaration de dividendes remettrait le dividende à une autre personne. À part ces exceptions restreintes, le paragraphe 56(2) n'est pas la disposition que le ministre doit invoquer pour contester un fractionnement du revenu dans le contexte d'une relation administrateur-actionnaire et d'une déclaration de dividendes.

<sup>g</sup>

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Business Corporations Act*, R.S.S. 1978, ch. B-10.  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 56(2) (mod. par L.C. 1987, ch. 46, art. 15), 86 (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 50; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 46).

#### JURISPRUDENCE

##### <sup>i</sup> DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*McClurg c. Canada*, [1990] 3 R.C.S. 1020; (1990), 76 D.L.R. (4th) 217; [1991] 2 W.W.R. 244; [1991] 1 C.T.C. 169; 91 DTC 5001; 119 N.R. 101; *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; [1984] CTC 294; (1984), 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *Canada c. McClurg*, [1988] 2 C.F. 356; [1988] 1 C.T.C. 75; (1987), 18 F.T.R. 80; 88 DTC 6047; 84 N.R. 214 (C.A.); conf. [1986] 1

C.T.C. 355; [1986], 86 DTC 6128; 2 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); *Winter v. Canada*, [1991] 1 F.C. 585 (C.A.); *Smith, D.N. v. The Queen* (1993), 93 DTC 5351 (F.C.A.); *Snook v. London & West Riding Investments, Ltd.*, [1967] 1 All E.R. 518 (C.A.).

## CONSIDERED:

*Champ (W) v. The Queen*, [1983] CTC 1; (1982), 83 DTC 5029 (F.C.T.D.).

## REFERRED TO:

*Miller, Alex v. Minister of National Revenue*, [1962] Ex. C.R. 400; [1962] C.T.C. 199; (1962), 62 DTC 1139.

## AUTHORS CITED

Gower, L. C. B. *Gower's Principles of Modern Company Law*, 4th ed. London: Stevens & Sons, 1979.  
 Krishna, Vern and J. Anthony VanDuzer, "Corporate Share Capital Structures and Income Splitting: *McClurg v. Canada*" (1992-93), 21 *Can. Bus. L.J.* 335.  
 Welling, Bruce. *Corporate Law in Canada: The Governing Principles*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1991.

APPEAL from the Tax Court decision (*Neuman (M.) v. M.N.R.*, [1992] 2 C.T.C. 2074; (1992), 92 DTC 1652) that dividends received by the defendant's wife in 1982 should not be attributed to the defendant. Appeal dismissed.

## COUNSEL:

*Robert W. McMechan* and *Robert M. Gosman* for plaintiff.  
*Ralph D. Neuman* for defendant.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for plaintiff.  
*Taylor, McCaffrey*, Winnipeg, for defendant.

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

ROTHSTEIN J.: This case comes to this Court by way of appeal from the Tax Court of Canada [[1992] 2 C.T.C. 2074]. By decision dated May 19, 1992, Sarchuk T.C.C.J. found in favour of the defendant and the plaintiff appeals that decision.

The issue in this case is whether \$14,800 in dividends received by the defendant's wife in 1982 should be attributed to the defendant by virtue of subsection 56(2) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-

C.T.C. 355; [1986], 86 DTC 6128; 2 F.T.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Winter c. Canada*, [1991] 1 C.F. 585 (C.A.); *Smith, D.N. c. La Reine* (1993), 93 DTC 5351 (C.A.F.); *Snook v. London & West Riding Investments, Ltd.*, [1967] 1 All E.R. 518 (C.A.).

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Champ (W) c. La Reine*, [1983] CTC 1; (1982), 83 DTC 5029 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISION CITÉE:

*Miller, Alex v. Minister of National Revenue*, [1962] R.C.É. 400; [1962] C.T.C. 199; (1962), 62 DTC 1139.

## DOCTRINE

Gower, L. C. B. *Gower's Principles of Modern Company Law*, 4th ed. London: Stevens & Sons, 1979.  
 Krishna, Vern and J. Anthony VanDuzer, «Corporate Share Capital Structures and Income Splitting: *McClurg v. Canada*» (1992-93), 21 *Can. Bus. L.J.* 335.  
 Welling, Bruce. *Corporate Law in Canada: The Governing Principles*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1991.

APPEL de la décision de la Cour de l'impôt (*Neuman (M.) c. M.N.R.*, [1992] 2 C.T.C. 2074; (1992), 92 DTC 1652) selon laquelle les dividendes versés à l'épouse du défendeur en 1982 ne doivent pas être attribués au défendeur. Appel rejeté.

## AVOCATS:

*Robert W. McMechan* et *Robert M. Gosman* pour la demanderesse.  
*Ralph D. Neuman* pour le défendeur.

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour la demanderesse.  
*Taylor, McCaffrey*, Winnipeg, pour le défendeur.

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

LE JUGE ROTHSTEIN: La présente affaire est soumise à la Cour par voie d'appel à l'encontre d'une décision par laquelle le juge Sarchuk de la Cour canadienne de l'impôt a, le 19 mai 1992, conclu en faveur du défendeur [[1992] 2 C.T.C. 2074]. La demanderesse interjette appel de cette décision.

Il s'agit en l'espèce de déterminer si les dividendes de 14 800 \$ versés à l'épouse du défendeur en 1982 devraient être attribués à ce dernier en application du paragraphe 56(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*,

72, c. 63, as amended. In 1982, subsection 56(2) stated:<sup>1</sup>

56. . . .

(2) A payment or transfer of property made pursuant to the direction of, or with the concurrence of, a taxpayer to some other person for the benefit of the taxpayer or as a benefit that the taxpayer desired to have conferred on the other person shall be included in computing the taxpayer's income to the extent that it would be if the payment or transfer had been made to him.

The defendant is a lawyer and was, at the relevant time, a member of the Winnipeg law firm of Newman, MacLean. He, along with his partners, owned the shares of Newmac Services (1973) Ltd. Newmac had a management contract with Newman, MacLean and owned some commercial property in downtown Winnipeg.

On April 29, 1981, the defendant incorporated and became the first director of Melru Ventures Inc., established by him as a tax planning vehicle specifically to split any income received from Newmac with his wife Ruby Neuman and to freeze his equity in Newmac and let the increase accrue to her.<sup>2</sup> The defendant subscribed for and received one common voting share and 1,285.714 Class "G" shares in Melru in exchange for the same number of shares of Newmac. He thus rolled over his interest in Newmac to Melru. Ruby Neuman, who was not involved in Newmac, subscribed for and received 99 Class "F" non-voting shares of Melru, paying for them with \$99 of her own money.

At the first annual shareholders' meeting of Melru on August 12, 1982, the defendant, who was Melru's sole voting shareholder, resigned as a director of Melru and elected his wife as the sole director of the corporation. One of the motivating reasons for doing so was to distance himself from the decision-making of Melru and therefore to have a better argument should income splitting arrangements be disallowed by the Minister of National Revenue.

<sup>1</sup> S. 56(2) was amended by S.C. 1987, c. 46, s. 15(4), to exclude payments under certain pension plans.

<sup>2</sup> Estate freezing is contemplated by s. 86 [as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 50; 1980-81-82-83, c. 48, s. 46(1)] of the *Income Tax Act*.

S.C. 1970-71-72, ch. 63, modifiée. En 1982, le paragraphe 56(2) était ainsi libellé<sup>1</sup>:

56. . . .

(2) Tout paiement ou transfert de biens fait, suivant les instructions ou avec l'accord d'un contribuable, à toute autre personne au profit du contribuable ou à titre d'avantage que le contribuable désirait voir accorder à l'autre personne, doit être inclus dans le calcul du revenu du contribuable dans la mesure où il le serait si ce paiement ou transfert avait été fait au contribuable.

Le défendeur est avocat et, à l'époque concernée, il était associé au sein du cabinet d'avocats Newman, MacLean, à Winnipeg. Lui et ses associés détenaient les actions de Newmac Services (1973) Ltd., qui avait conclu un contrat de gestion avec Newman, MacLean, et qui possédait des biens à usage commercial au centre-ville de Winnipeg.

Le 29 avril 1981, le défendeur a constitué en personne morale Melru Ventures Inc., dont il est devenu le premier administrateur, à des fins de planification fiscale, particulièrement en vue de partager entre lui et son épouse Ruby Neuman tout revenu tiré de Newmac et de geler son avoir dans cette dernière, laissant toute augmentation échoir à son épouse<sup>2</sup>. Le défendeur a souscrit et reçu une action ordinaire assortie du droit de vote et 1 285,714 actions de catégories «G» de Melru, en contrepartie du même nombre d'actions de Newmac. Il a donc transféré ses intérêts dans Newmac à Melru. Ruby Neuman, qui n'était pas intéressée dans Newmac, a souscrit et reçu 99 actions sans droit de vote de catégorie «F» de Melru, pour lesquelles elle a versé 99 \$ de son propre argent.

Lors de la première assemblée annuelle des actionnaires de Melru tenue le 12 août 1982, le défendeur, alors seul actionnaire de Melru détenant un droit de vote, s'est démis de ses fonctions d'administrateur de Melru et a élu son épouse comme seule administratrice de la société. Il cherchait ainsi notamment à se distancier du processus décisionnel de Melru et à avoir par conséquent un meilleur argument si le ministre du Revenu national rejetait les dispositions qu'il avait prises pour fractionner son revenu.

<sup>1</sup> L'art. 56(2) a été modifié par S.C. 1987, ch. 46, art. 15(4), afin d'exclure les versements effectués dans le cadre de certains régimes de retraite.

<sup>2</sup> Le gel successoral est visé à l'art. 86 [mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 50; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 46(1)] de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.



During the calendar year 1982, Melru received \$20,000 in dividends from Newmac. The defendant said that he gave his wife expert advice as to what dividends Melru should declare, advice which she took. Based on the defendant's recommendation, Ruby Neuman, a sole director of Melru, declared and had Melru pay to her \$14,800<sup>3</sup> in dividends on her Class "F" shares and declared and had Melru pay to the defendant \$5,000 in dividends on his Class "G" shares. The \$14,800 received by Ruby Neuman was immediately borrowed by the defendant on the strength of a demand note with interest payable only if demanded. Ruby Neuman died on October 2, 1988. The demand for repayment was never exercised.

By notice of reassessment dated October 1, 1984, the Minister reassessed the defendant by including in his income the \$14,800 of dividends received by Ruby Neuman from Melru.

Counsel for the plaintiff argues that the dividend payment to Ruby Neuman was an attempt at tax avoidance (income splitting) and not the product of a business arrangement made for adequate consideration. He submits that *McClurg v. Canada*, [1990] 3 S.C.R. 1020, stands for the proposition that subsection 56(2) of the *Income Tax Act* applies to dividends paid pursuant to the power of directors to make discretionary dividend payments when a non-arm's length shareholder has made no contribution to the company. In this case, plaintiff's counsel says that Ruby Neuman, who, as the defendant's wife, was in a non-arm's length relationship with him, made no contribution to Melru. Therefore, subsection 56(2) should properly be applicable so as to have the dividends paid to her included in the income of the defendant for tax purposes.

<sup>3</sup> There was some doubt between the parties as to the exact amount of dividends paid to Mrs. Neuman. In some of the material before me the figure used was \$14,652. At the trial, counsel agreed that the amount should be \$14,800.

Au cours de l'année civile 1982, Newmac a versé à Melru des dividendes de 20 000 \$. Le défendeur a indiqué qu'il avait offert à son épouse ses conseils à titre d'expert quant à la déclaration de dividendes que Melru devrait effectuer, conseils qu'elle a suivis. Suivant la recommandation du défendeur, Ruby Neuman, unique administratrice de Melru, a déclaré 14 800 \$<sup>3</sup> de dividendes, qui lui ont été versés par Melru sur ses actions de catégories «F», et 5 000 \$ de dividendes, versés par Melru au défendeur sur ses actions de catégories «G». La somme de 14 800 \$ versée à Ruby Neuman a immédiatement été empruntée par le défendeur qui a garanti cet emprunt par un billet à demande, dont l'intérêt était remboursable sur demande seulement. Ruby Neuman est décédée le 2 octobre 1988 sans qu'aucune demande de remboursement n'ait été faite.

Dans un avis de nouvelle cotisation du 1<sup>er</sup> octobre 1984, le ministre a établi une nouvelle cotisation à l'égard du défendeur en incluant dans le calcul de son revenu les dividendes de 14 800 \$ versés par Melru à Ruby Neuman.

L'avocat de la demanderesse soutient que le versement de dividendes à Ruby Neuman constituait une tentative d'évitement fiscal (fractionnement du revenu) et non le fruit d'une entente commerciale conclue pour une contrepartie suffisante. Il soutient que l'arrêt *McClurg c. Canada*, [1990] 3 R.C.S. 1020, appuie la proposition portant que le paragraphe 56(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* s'applique aux dividendes versés conformément au pouvoir des administrateurs de verser des dividendes discrétionnaires lorsqu'un actionnaire lié n'a fourni aucun apport à la société. Dans la présente affaire, l'avocat de la demanderesse soutient que Ruby Neuman, qui du fait qu'elle était l'épouse du défendeur avait un lien dépendance avec lui, n'a fourni aucun apport à Melru. Par conséquent, le paragraphe 56(2) devrait à bon droit s'appliquer de façon à ce que les dividendes qui ont été versés à l'épouse soient inclus dans le revenu du défendeur aux fins de l'impôt.

<sup>3</sup> Les parties n'étaient pas certaines du montant exact des dividendes versés à Mme Neuman. Dans certains documents produits devant moi, le chiffre mentionné était 14 652 \$. Au procès, les avocats ont convenu que la somme devrait être 14 800 \$.

Defendant's counsel says that Ruby Neuman made the decision to declare the dividends on her own and not pursuant to the direction of, or with the concurrence of, the defendant. Moreover, defendant's counsel invokes *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, in support of the proposition that a taxpayer may arrange his or her affairs in such a way as to minimize his or her tax consequences. He submits that Melru was incorporated for tax planning and income splitting purposes but cites *Stubart* to support the argument that a transaction may be entered into solely for tax purposes and that an independent business purpose need not be demonstrated. Defendant's counsel also relies on *McClurg*, (*supra*), for the proposition that dividends, generally, do not fall within the scope of subsection 56(2) of the *Income Tax Act*.

The evidence in this case leads me to the following conclusions of, and observations on, the facts:

(1) Melru was incorporated for tax planning and income splitting purposes. It had no other independent business purpose.

(2) The dividends declared by Ruby Neuman on her own Class "F" shares and the defendant's Class "G" shares were declared pursuant to discretionary dividend provisions in the Articles of Incorporation of Melru.<sup>4</sup> The dividends of \$14,800 on her Class "F" shares and \$5,000 on the defendant's Class "G" shares were arbitrary numbers having regard only to the fact that Melru had earnings by way of dividends from Newmac of \$20,000 available for distribution.

<sup>4</sup> The Articles of Incorporation expressly conferred a discretion on the directors as to the amount of dividends to be paid on Class "G" shares. Class "F" shares were entitled to dividends only after payment of dividends declared on Class "G" shares. Dividends on Class "F" shares were pursuant to a rather complex formula but in essence the amount available for dividends on Class "F" shares had also been left to the discretion of the directors because the dividends on Class "G" shares, which were in the discretion of the directors, had to be paid first.

L'avocat du défendeur soutient que Ruby Neuman a pris la décision de déclarer des dividendes elle-même, et non suivant les instructions ou avec l'accord du défendeur. En outre, l'avocat du défendeur invoque l'arrêt *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, à l'appui de la prétention suivant laquelle le contribuable peut prendre des dispositions de façon à réduire au minimum les incidences sur le plan fiscal. Il soutient que Melru a été constituée en personne morale à des fins de planification fiscale et de fractionnement du revenu, mais il cite l'arrêt *Stubart* pour appuyer l'argument portant qu'une opération peut être effectuée à des fins purement fiscales et qu'il n'est pas nécessaire d'établir l'existence d'un objectif commercial indépendant. L'avocat du défendeur invoque également l'arrêt *McClurg*, précité, pour soutenir qu'en général, les dividendes ne sont pas visés par le paragraphe 56(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

La preuve dans la présente affaire m'amène à faire les conclusions et les observations suivantes quant aux faits:

(1) Melru a été constituée en personne morale à des fins de planification fiscale et de fractionnement du revenu. Elle n'avait aucun autre objectif commercial indépendant.

(2) La déclaration de dividendes par Ruby Neuman sur ses propres actions de catégorie «F» et sur les actions de catégorie «G» du défendeur était conforme aux dispositions relatives aux dividendes discrétionnaires énoncées dans les statuts constitutifs de Melru<sup>4</sup>. Les dividendes de 14 800 \$ sur ses actions de catégorie «F» et de 5 000 \$ sur les actions de catégorie «G» du défendeur étaient des montants arbitraires qui tenaient uniquement compte du fait que Melru

<sup>4</sup> Les statuts constitutifs conféraient expressément aux administrateurs un pouvoir discrétionnaire à l'égard du montant des dividendes à verser sur les actions de catégorie «G». Les détenteurs d'actions de catégorie «F» n'avaient le droit de recevoir de dividendes qu'après le versement de dividendes déclarés sur les actions de catégories «G». Les dividendes sur les actions de catégorie «F» étaient déclarés selon une formule plutôt complexe, mais, essentiellement, le montant des dividendes sur les actions de catégorie «F» était également laissé à la discrétion des administrateurs puisque les dividendes sur les actions de catégorie «G», qui relevaient du pouvoir discrétionnaire des administrateurs, devaient être versés en premier.

But the allocation of \$14,800 to the Class “F” shares and \$5,000 to the Class “G” shares was arbitrary.

(3) Ruby Neuman made no contribution to Melru, nor did she assume any risks for the company.

(4) In declaring the dividends, was Ruby Neuman acting “pursuant to the direction of, or with the concurrence of,” the defendant, as those terms are used in subsection 56(2) of the *Income Tax Act*? The defendant’s evidence was that when his wife was elected director of Melru, he explained to her the duties of director, that directors manage the corporation, that they have a duty to the corporation, and that they make the decisions. The defendant said that he made recommendations to his wife which she accepted but that the decision as to the declaration of dividends was hers.

Counsel for the plaintiff points out that this is a family corporation in which the shareholders are husband and wife. Further, the husband in this case held the sole voting share and could remove his wife as a director if she did not declare dividends in accordance with his wishes.

As a corporate director, Ruby Neuman was a fiduciary and as such, owed a duty to act in the best interests of the corporation. Her fiduciary obligation as a director was to the corporation and not to the shareholders (see B. Welling, *Corporate Law in Canada: The Governing Principles* (2nd ed.), at pages 381 and 442). Part of the fiduciary obligation of a director is the necessity to exercise independent and unfettered judgment. This doctrine has been variously stated (see for example L.C.B. Gower, *Gower’s Principles of Modern Company Law* (4th ed.), at page 582).

It seems to me that a finding that Ruby Neuman was acting pursuant to the direction of, or with the concurrence of, the defendant would imply, notwithstanding the defendant’s evidence, that in the husband and wife context, there is a presumption that the director (wife in this case) is breaching her fiduciary obligation owed to the corporation by acting pursuant

avait tiré de Newmac des revenus sous forme de dividendes de 20 000 \$, qui pouvaient être distribués. En revanche, la répartition de 14 800 \$ aux actions de catégorie «F» et de 5 000 \$ aux actions de catégories

<sup>a</sup> «G» était arbitraire.

(3) Ruby Neuman n’a fourni aucun apport à Melru, ni assumé de risques pour le compte de la société.

<sup>b</sup> (4) En déclarant les dividendes, Ruby Neuman agissait-elle «suivant les instructions ou avec l’accord» du défendeur, au sens du paragraphe 56(2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*? Le défendeur a témoigné que, lorsque son épouse a été élue administratrice de Melru, il lui a expliqué en quoi consistaient ses devoirs, à savoir gérer la société, respecter son obligation envers celle-ci et prendre les décisions. Le défendeur a indiqué qu’il avait fait à son épouse des recommandations qu’elle a suivies, et que la décision de déclarer des dividendes était toutefois celle de son épouse.

<sup>c</sup> L’avocat de la demanderesse souligne qu’il s’agit d’une société familiale dont les actionnaires sont l’époux et l’épouse. Par ailleurs, l’époux dans la présente affaire détenait l’unique action assortie d’un droit de vote et pouvait démettre son épouse de ses fonctions d’administratrice si elle ne déclarait pas des dividendes conformément à ses souhaits.

<sup>d</sup> À titre d’administratrice d’une société, Ruby Neuman était représentante fiduciaire, et par conséquent tenue d’agir au mieux des intérêts de la société. Elle devait son obligation fiduciaire d’administratrice à la société et non aux actionnaires (voir B. Welling, *Corporate Law in Canada: The Governing Principles* (2<sup>e</sup> éd.), aux pages 381 et 442). L’obligation fiduciaire de l’administrateur consiste notamment à exercer un jugement indépendant et libre. Cette théorie a été énoncée à maintes reprises (voir par exemple L.C.B. Gower, *Gower’s Principles of Modern Company Law* (4<sup>e</sup> éd.), à la page 582).

<sup>e</sup> Il me semble que la conclusion que Ruby Neuman agissait suivant les instructions ou avec l’accord du défendeur impliquerait, nonobstant le témoignage du défendeur, que dans le cas d’un époux et de son épouse, il existe une présomption que l’administrateur (l’épouse en l’espèce) viole l’obligation fiduciaire à laquelle il est tenu envers la société en agis-

to the direction of her spouse and not acting independently.

I think it is obvious that in many cases of large and small corporations, directors take the advice or recommendations of management or professional advisers when making decisions as to the declaration of dividends. By accepting such advice or recommendations, are such directors acting pursuant to the direction of, or with the concurrence of, those who provided the recommendations or advice, thereby placing them in breach of their fiduciary obligations owed to their corporations? I think not. Similarly, I do not see why a director, who accepts a recommendation as to the declaration of dividends from his or her spouse, should be presumed, in the absence of evidence to the contrary, to be acting pursuant to the direction of, or with the concurrence of, his or her spouse.

As to the issue of the defendant holding the sole voting share and being able to remove Ruby Neuman as director, a finding that, for this reason, she was acting pursuant to his direction or with his concurrence, would blur the distinction between the corporation and the voting shareholder. I have not been provided with authority to the effect that when specific shareholders control the election to the board of directors, that the directors are presumed to act pursuant to the direction of, or with the concurrence of, the controlling shareholders in declaring dividends.

For these reasons, I would be reluctant to presume that Ruby Neuman was acting pursuant to the direction of, or with the concurrence of, the defendant when she, as director, declared dividends on behalf of Melru. A finding that Ruby Neuman was not acting pursuant to the direction of, or with the concurrence of, the defendant would be determinative in this case. However, because this issue was not addressed in depth by counsel, I do not propose to decide the case on this issue and my comments should be considered as *obiter* only. Without deciding this issue therefore, I proceed with an analysis of *McClurg*, (*supra*), and its application to the case at bar.

Similar facts to those in the case at bar were present in *McClurg*, (*supra*), with one material exception

sant suivant les instructions de son conjoint et non de façon indépendante.

À mon sens, il est évident qu'il arrive fréquemment au sein de petites et de grandes sociétés que les administrateurs sollicitent les conseils ou les recommandations de conseillers en gestion ou de conseillers professionnels lorsqu'ils prennent des décisions relatives à la déclaration de dividendes. S'ils suivent ces conseils ou recommandations, ces administrateurs agissent-ils suivant les instructions ou avec l'accord des conseillers, violant ainsi leur obligation fiduciaire envers leur société? Je ne crois pas. De même, je ne vois aucune raison de présumer, en l'absence d'une preuve contraire, que l'administrateur qui suit la recommandation de son conjoint relativement à la déclaration de dividendes agit suivant les instructions ou avec l'accord de ce dernier.

S'il fallait conclure, du fait que le défendeur détient l'unique action assortie d'un droit de vote et peut démettre Ruby Neuman de ses fonctions d'administratrice, que cette dernière agissait suivant les instructions ou avec l'accord du défendeur, la distinction entre la société et l'actionnaire ayant un droit de vote serait estompée. On ne m'a soumis aucune jurisprudence portant que, si des actionnaires particuliers dirigent l'élection du conseil d'administration, les administrateurs sont présumés agir suivant les instructions et avec l'accord de ces actionnaires majoritaires lorsqu'ils déclarent des dividendes.

Pour ces motifs, j'hésiterais à présumer que Ruby Neuman agissait suivant les instructions ou avec l'accord du défendeur lorsqu'à titre d'administratrice, elle a déclaré des dividendes pour le compte de Melru. La conclusion que Ruby Neuman n'agissait pas suivant les instructions ou avec l'accord du défendeur serait déterminante en l'espèce. Toutefois, puisque cette question n'a pas été débattue en profondeur par les avocats, je ne souhaite pas trancher l'affaire sur cette question, et mes commentaires devraient être considérés comme purement incidents. Sans trancher cette question donc, j'analyserai l'arrêt *McClurg*, précité, et son application à la présente affaire.

L'arrêt *McClurg*, précité, mettait en cause des faits semblables à ceux de la présente affaire, à une seule

being that Ruby Neuman made no contribution to Melru while Mrs. McClurg did make a contribution to the company from which she received dividends. In fact, the processing of this case had been delayed by agreement of counsel to allow *McClurg* to first proceed through the courts. The determination of law applicable to the case at bar requires a consideration of the findings of the Supreme Court in *McClurg*.

In *McClurg*, Wilma McClurg, the wife of the reassessed taxpayer Jim McClurg, had received dividends from a trucking company, Northland Trucks (1978) Ltd., owned by the McClurgs and one other family. The Minister unsuccessfully attempted to invoke subsection 56(2) to tax Jim McClurg as if he had received a portion of the dividends paid to Wilma McClurg.

The decision of the majority of the Supreme Court of Canada dealt with two issues, one corporate and the other tax related. The corporate issue was the question of the validity of a discretionary dividend clause in the Articles of Incorporation of Northland. The tax issue was whether subsection 56(2) applied to dividends generally or to dividends in that case specifically.

As to the corporate issue, the Minister argued that as both Wilma and Jim McClurg held common shares of the company, albeit of different classes, there was a common law presumption of equality of treatment of those shares. Under such presumption, as Jim McClurg had 400 Class "A" common shares and Wilma McClurg had 100 Class "B" common shares, a \$10,000 dividend to Wilma McClurg should have been attributable, \$8,000 to Jim McClurg and \$2,000 to Wilma McClurg.

Dickson C.J. found that the Articles of Incorporation of Northland gave the directors unfettered discretion as to the allocation of dividends among classes of shares and was a valid derogation from the common law presumption of equality of distribution of dividends. Moreover, nothing in the Saskatchewan

exception importante près que Ruby Neuman n'a fourni aucun apport à Melru, alors que Mme McClurg a véritablement fourni un apport à la société qui lui a versé des dividendes. En fait, le traitement de la présente affaire a été retardé sur le consentement des avocats afin que l'affaire *McClurg* soit d'abord entendue devant les tribunaux. La détermination du droit applicable à la présente affaire nécessite l'examen des conclusions tirées par la Cour suprême dans l'arrêt *McClurg*.

Wilma McClurg, l'épouse du contribuable à l'égard duquel une nouvelle cotisation avait été établie, Jim McClurg, a reçu des dividendes d'une compagnie de camionnage, Northland Trucks (1978) Ltd., dont les McClurg et une autre famille étaient propriétaires. Le ministre a sans succès tenté d'invoquer le paragraphe 56(2) pour imposer Jim McClurg comme s'il avait reçu une partie des dividendes versés à Wilma McClurg.

La décision de la Cour suprême du Canada à la majorité portait sur deux questions, l'une relative aux sociétés et l'autre à la fiscalité. La première visait la validité d'une clause de dividendes discrétionnaires énoncée dans les statuts constitutifs de Northland. La seconde était de savoir si le paragraphe 56(2) s'appliquait aux dividendes en général ou aux dividendes dans cette affaire en particulier.

En ce qui concerne la question relative aux sociétés, le ministre a soutenu que, puisque Wilma et Jim McClurg détenaient tous deux des actions ordinaires de la compagnie, bien que de catégories différentes, il existait en common law une présomption d'égalité de traitement à l'égard de ces actions. Conformément à cette présomption, et puisque Jim McClurg détenait 400 actions ordinaires de catégorie «A» et que Wilma McClurg détenait 100 actions ordinaires de catégorie «B», les dividendes de 10 000 \$ versés à Wilma McClurg auraient dû être attribués ainsi: 8 000 \$ à Jim McClurg et 2 000 \$ à Wilma McClurg.

Le juge en chef Dickson a conclu que les statuts constitutifs de Northland conféraient aux administrateurs une discrétion illimitée quant à la répartition des dividendes entre les différentes catégories d'actions et constituaient une dérogation valide à la présomption d'égalité reconnue en common law relativement

*Business Corporations Act*, R.S.S. 1978, c. B-10, as amended, precluded a discretionary dividend clause in the Articles of the corporation.

La Forest J., writing for the minority in the Supreme Court, was of the view that a discretionary dividend clause was invalid at common law because of the principle that directors are not permitted to favour one class of shareholders at the expense of others.

The law as it stands as a result of *McClurg*, (*supra*), is that discretionary dividend clauses in Articles of Incorporation are valid (presumably unless precluded by statute) and rebut the common law presumption of equality of treatment among shareholder classes.

In the case at bar therefore, the declaration of dividends by Ruby Neuman as director of Melru, pursuant to the discretionary dividend provisions in the Articles of Melru, was a valid and effective allocation of dividends between her Class "F" shares and the defendant's Class "G" shares.

As to the tax issue, Dickson C.J., for the majority of the Supreme Court, discussed the object and purpose of subsection 56(2) which he derived from prior judgments, specifically the *dicta* of Thurlow J. (as he then was) in *Miller, Alex v. Minister of National Revenue*, [1962] Ex. C.R. 400 and Strayer J. in *McClurg*, [1986] 1 C.T.C. 355 (F.C.T.D.). Dickson C.J. stated, at page 1051:

The subsection obviously is designed to prevent avoidance by the taxpayer, through the direction to a third party, of receipts which he or she otherwise would have obtained . . . the section reasonably cannot have been intended to cover benefits conferred for adequate consideration in the context of a legitimate business relationship.

It appears to me that these two qualifications to the application of subsection 56(2)—that a dividend payment would otherwise have been obtained by the reassessed taxpayer and that the payment is a "benefit" for which there was no adequate consideration, are central to Dickson C.J.'s analysis of the commer-

à la distribution des dividendes. Par ailleurs, rien dans la *Business Corporations Act* de la Saskatchewan, R.S.S. 1978, ch. B-10, modifiée, n'interdisait l'existence d'une clause de dividende discrétionnaire dans les statuts constitutifs d'une société.

S'exprimant au nom de la minorité de la Cour suprême, le juge La Forest s'est dit d'avis que la clause de dividende discrétionnaire était invalide en common law en raison du principe suivant lequel les administrateurs ne sont pas autorisés à favoriser une catégorie d'actionnaires au dépens des autres.

Par suite de l'arrêt *McClurg*, précité, le droit actuel reconnaît que la clause de dividende discrétionnaire énoncée dans les statuts constitutifs est valide (à moins, on le présume, qu'elle soit interdite par la loi), et réfute la présomption d'égalité de traitement reconnue en common law entre les catégories d'actionnaires.

Dans la présente affaire, la déclaration de dividendes par Ruby Neuman à titre d'administratrice de Melru et conformément aux clauses de dividende discrétionnaire énoncées dans les statuts constitutifs de Melru constituait par conséquent une répartition valide des dividendes entre ses actions de catégories «F» et celles de catégorie «G» du défendeur.

Quant à la question fiscale, le juge en chef Dickson a, au nom de la majorité de la Cour suprême, analysé l'objet et le but du paragraphe 56(2), qu'il a puisés dans des jugements antérieurs, particulièrement dans l'opinion du juge Thurlow (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Miller, Alex v. Minister of National Revenue*, [1962] R.C.É. 400 et du juge Strayer dans l'arrêt *McClurg*, [1986] 1 C.T.C. 355 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). À la page 1051, le juge en chef Dickson a indiqué ceci:

Ce paragraphe vise manifestement à empêcher le contribuable d'éviter le paiement de l'impôt en versant à un tiers les recettes qu'il aurait autrement touchées . . . on ne peut raisonnablement croire que le législateur a voulu que cette disposition s'applique aux avantages conférés moyennant une contrepartie suffisante dans le cadre d'une relation d'affaires légitime.

Il m'apparaît que ces deux conditions d'application du paragraphe 56(2)—le dividende aurait autrement été versé au contribuable à l'égard duquel une nouvelle cotisation est établie et le versement est un avantage pour lequel il n'y a eu aucune contrepartie suffisante—sont primordiales à l'analyse du juge en

cial reality and practical nature of the transaction in *McClurg*. In my view each qualification is independent of the other. Thus, if a taxpayer can demonstrate that either qualification is not met, subsection 56(2) would not apply.

The initial finding of Dickson C.J. with respect to the tax issue was that subsection 56(2) did not apply to dividends generally. At page 1052 he stated:

While it is always open to the Courts to “pierce the corporate veil” in order to prevent parties from benefiting from increasingly complex and intricate tax avoidance techniques, in my view a dividend payment does not fall within the scope of s. 56(2).

He continued:

The purpose of s. 56(2) is to ensure that payments which otherwise would have been received by the taxpayer are not diverted to a third party as an anti-avoidance technique. This purpose is not frustrated because, in the corporate law context, until a dividend is declared, the profits belong to a corporation as a juridical person: *Welling, supra*, at pp. 609-10. Had a dividend not been declared and paid to a third party, it would not otherwise have been received by the taxpayer. Rather, the amount simply would have been retained as earnings by the company. Consequently, as a general rule, a dividend payment cannot reasonably be considered a benefit diverted from a taxpayer to a third party within the contemplation of s. 56(2).

Later, on the next page, rejecting the notion that, but for the payment of a dividend to a third party, a director-shareholder would be the recipient of the payment, he stated:

... but for the declaration (and allocation), the dividend would remain part of the retained earnings of the company. That cannot legitimately be considered as within the parameters of the legislative intent of s. 56(2). If this Court were to find otherwise, corporate directors potentially could be found liable for the tax consequences of any declaration of dividends made to a third party. I agree with both Urie J. and Strayer J. in the courts below that this would be an unrealistic interpretation of the subsection consistent with neither its object nor its spirit. It would violate fundamental principles of corporate law and the realities of commercial practice and would “overshoot” the legislative purpose of the section.

Part of the rationale of the Chief Justice was that subsection 56(2) applied to payments that otherwise would have belonged to the reassessed taxpayer. In

chef Dickson de la réalité commerciale et de la nature pratique de l’opération en cause dans l’arrêt *McClurg*. À mon avis, chaque condition est indépendante de l’autre. Par conséquent, si un contribuable peut démontrer que l’une ou l’autre condition n’est pas remplie, le paragraphe 56(2) ne s’appliquera pas.

Le juge en chef Dickson a d’abord conclu, relativement à la question fiscale, que le paragraphe 56(2) ne s’applique pas aux dividendes en général. À la page 1052, il dit:

Bien qu’il soit toujours loisible aux tribunaux de «percer le voile corporatif» afin d’empêcher les parties de profiter de techniques d’évitement fiscal de plus en plus complexes, je suis d’avis que le versement d’un dividende n’est pas visé par le par. 56(2).

Et il poursuit:

Ce dernier a pour objet d’assurer que les paiements qui auraient autrement été reçus par le contribuable ne soient pas détournés au profit d’un tiers comme technique d’évitement fiscal. Cet objet n’est pas contrecarré parce que, dans le contexte du droit des sociétés, les profits appartiennent à la société en sa qualité de personne juridique tant qu’un dividende n’est pas déclaré: *Welling*, précité, aux pp. 609 et 610. Si aucun dividende n’avait été déclaré ni versé à un tiers, il n’aurait pas non plus été touché par le contribuable. Ce montant aurait plutôt simplement fait partie des bénéfices non distribués de la société. Par conséquent, en règle générale, le versement d’un dividende ne peut raisonnablement être considéré comme un avantage détourné par un contribuable en faveur d’un tiers au sens du par. 56(2).

Plus loin à la page suivante, rejetant la notion que, sans le versement d’un dividende à un tiers, l’administrateur-actionnaire toucherait le versement, il a indiqué:

... le dividende continuerait à faire partie des bénéfices non distribués de la société, si ce n’était de la déclaration du dividende (et de sa répartition). On ne peut légitimement considérer que telle était l’intention du législateur au par. 56(2). Si notre Cour devait conclure le contraire, les administrateurs des sociétés pourraient vraisemblablement être tenus responsables des incidences fiscales de toute déclaration de dividendes faite à un tiers. À l’instar des juges Urie et Strayer des tribunaux d’instance inférieure, je conviens qu’il s’agirait alors d’une interprétation irréaliste ne respectant ni l’objet, ni l’esprit de ce paragraphe. Cela violerait les principes fondamentaux du droit des sociétés ainsi que les réalités des pratiques commerciales, et cela irait au-delà de l’intention du législateur.

Le raisonnement du juge en chef était en partie que le paragraphe 56(2) s’applique aux versements qui autrement auraient appartenu au contribuable à

the context of dividends however, if they were not paid to a shareholder, they would remain part of the retained earnings of the company. They would not automatically belong to another shareholder. The words “[i]t would violate fundamental principles of corporate law” make it abundantly clear that the Chief Justice was emphatic that subsection 56(2) did not apply to dividends.

This finding disposed of the tax issue in *McClurg* since the payment to Wilma McClurg was not a receipt which Jim McClurg would have otherwise obtained. If the payment had not been made to Wilma McClurg, the dividends would have remained as retained earnings in Northland. Thus the first qualification for the application of subsection 56(2) noted by Dickson C.J. was not met.

Dickson C.J., however, then looked at what he termed “the commercial reality of this particular transaction”.<sup>5</sup> At pages 1053-1054 he agreed with the finding of Strayer J. in the Federal Court, Trial Division that Wilma McClurg made a real contribution to the establishment of Northland Trucks and took an active part in the operation of the business. He found that dividend payments to her represented a legitimate *quid pro quo* and were not simply an attempt to avoid taxes.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Earlier in his reasons the Chief Justice concluded that the economic and commercial reality test had been satisfied, in part, by his finding that discretionary dividend clauses were valid and that there was no suggestion that the payment of dividends to Wilma McClurg was a sham (at p. 1050).

<sup>6</sup> La Forest J. writing for the minority, found the contribution made by a shareholder to be irrelevant to the application of s. 56(2). At p. 1073 he observed:

With respect, this fact [justification of the dividend payment because of the efforts made by Wilma McClurg on behalf of the company] is irrelevant to the issue before us. To relate dividend receipts to the amount of effort expended by the recipient on behalf of the payor corporation is to misconstrue the nature of a dividend. As discussed earlier, a dividend is received by virtue of ownership of the capital stock of a corporation. It is a fundamental principle of corporate law that a dividend is a return on capital which

(Continued on next page)

l'égard duquel une nouvelle cotisation a été établie. Dans le cas de dividendes toutefois, ils continueraient à faire partie des bénéficiaires non distribués de la compagnie s'ils n'étaient pas versés à un actionnaire. Ils n'appartiendraient pas automatiquement à un autre actionnaire. La phrase «[c]ela violerait les principes fondamentaux du droit des sociétés» fait clairement ressortir que le juge en chef croyait fermement que le paragraphe 56(2) ne vise pas les dividendes.

Cette conclusion a tranché la question fiscale dans l'arrêt *McClurg* puisque Jim McClurg n'aurait pas autrement touché le versement effectué à Wilma McClurg. En effet, si le versement n'avait pas été effectué à cette dernière, les dividendes auraient continué à faire partie des bénéficiaires non distribués de Northland. La première condition d'application du paragraphe 56(2) énoncée par le juge en chef Dickson n'a donc pas été remplie.

Le juge en chef Dickson s'est toutefois ensuite penché sur ce qu'il a appelé «la véritable nature commerciale de cette opération particulière»<sup>5</sup>. Aux pages 1053 et 1054, il a souscrit à la conclusion du juge Strayer de la Section de première instance de la Cour fédérale que Wilma McClurg a fourni un apport réel à la mise sur pied de Northland Trucks et a joué un rôle actif dans l'exploitation de l'entreprise. Il a conclu que les dividendes qui lui avaient été versés représentaient une contrepartie légitime et non simplement une tentative d'éviter le paiement d'impôts<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Plus tôt dans ses motifs, le juge en chef a conclu qu'il avait été en partie satisfait au critère de la réalité économique étant donné sa conclusion que les clauses de dividende discrétionnaire sont valides et qu'il n'y a eu aucune allégation que le versement de dividendes à Wilma McClurg était feint (à la p. 1050).

<sup>6</sup> S'exprimant au nom de la minorité, le juge La Forest a conclu que l'apport de l'actionnaire n'était pas pertinent pour les fins de l'application de l'art. 56(2). À la page 1073, il a indiqué:

En toute déférence, ce fait [la justification du versement de dividendes en raison des efforts que Wilma McClurg a déployés pour le compte de la compagnie] n'est pas pertinent pour les fins du litige dont nous sommes saisis. C'est mal interpréter la nature d'un dividende que de lier le versement d'un dividende à la somme des efforts déployés par le bénéficiaire pour le compte de la société payante. Comme nous l'avons dit auparavant, le versement d'un dividende résulte de la propriété du capital-actions d'une société. Selon

(Suite à la page suivante)



The question is, what meaning is to be given to the observations of the Chief Justice regarding the commercial reality of the circumstances in *McClurg*? This question is particularly relevant to the case at bar because, contrasted with Wilma McClurg, Ruby Neuman made no contribution to Melru and the declaration of dividends to her on her class “F” shares was solely to her as shareholder of Melru for the purpose of income splitting.

In my opinion, the comments of the Chief Justice, at page 1053 as to the commercial reality of the transaction in *McClurg* addressed the second qualification for the application of subsection 56(2)—whether or not a “benefit” as contemplated by the subsection was conferred on Wilma McClurg. These comments were intended as an additional independent reason consistent with the conclusion he had already reached; that subsection 56(2) generally did not apply in the context of the director-shareholder relationship and that this was dispositive of the issue. Moreover, I doubt that he intended his comments about the commercial reality of the transaction to be determinative of the issue. I come to these conclusions for the following reasons:

(1) The Chief Justice stated, at page 1053:

... its [s. 56(2)] application also would be contrary to the commercial reality of this particular transaction. [Underlining mine.]

His use of the word “also” suggests to me that his conclusion that subsection 56(2) did not apply to the declaration of dividends generally was sufficient to determine the issue in the case.

(2) The Chief Justice stated that he agreed with Desjardins J.A. (writing a minority opinion in the Federal Court of Appeal reported as *Canada v. McClurg*, [1988] 2 F.C. 356, at page 370) that “dividends come as a return on his or her investment”. However, he added that, in that case, they “represented a legitimate *quid pro quo* and were not simply

(Continued from previous page)

attaches to a share, and is in no way dependent on the conduct of a particular shareholder.

La question est la suivante: quel sens doit-on attribuer aux commentaires du juge en chef concernant la véritable nature commerciale de la situation dans l’arrêt *McClurg*? Cette question est particulièrement pertinente relativement à la présente affaire puisque, contrairement à Wilma McClurg, Ruby Neuman n’a fourni aucun apport à Melru, et les dividendes lui ont été versés sur ses actions de catégories «F» à titre d’actionnaire de Melru seulement, à des fins de fractionnement du revenu.

À mon avis, les commentaires du juge en chef à la page 1053 sur la véritable nature commerciale de l’opération en question dans l’arrêt *McClurg* ont réglé le sort de la seconde condition d’application du paragraphe 56(2)—à savoir si un «avantage», au sens du paragraphe, a été conféré à Wilma McClurg. Ces commentaires étaient destinés à constituer un motif supplémentaire et indépendant, compatible avec la conclusion qu’il avait déjà tirée, à savoir que le paragraphe 56(2) ne s’applique généralement pas dans le contexte d’une relation administrateur-actionnaire et que cela est décisif quant à la question en litige. De plus, je doute qu’il ait souhaité que ses commentaires sur la véritable nature commerciale de l’opération résolvent la question, et ce, pour les motifs suivants:

(1) Le juge en chef a dit ceci à la page 1053:

... son application [le par. 56(2)] serait également contraire à la véritable nature commerciale de cette opération particulière. [C’est moi qui souligne.]

Son utilisation du mot «également» me donne à penser que sa conclusion que le paragraphe 56(2) ne s’applique pas à la déclaration de dividendes de façon générale suffisait à trancher la question soulevée dans l’affaire.

(2) Le juge en chef a indiqué qu’il convenait avec le juge Desjardins (exprimant l’opinion minoritaire de la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Canada c. McClurg*, [1988] 2 C.F. 356, à la page 370) que «les dividendes représentent le rapport d’un investissement». Il a toutefois ajouté que, dans ce cas, ils «représentaient une contrepartie légitime et non sim-

(Suite de la page précédente)

un principe fondamental du droit des sociétés, un dividende est le rapport du capital qui se rattache à une action et ne dépend d’aucune façon de la conduite d’un actionnaire donné.

an attempt to avoid the payment of taxes" (at page 1054). In my view, the reference to "*quid pro quo*" is related to the qualification that for subsection 56(2) to be applicable, a payment made must be a "benefit" and not a payment for adequate consideration. It appears to me that the Chief Justice was saying that although he acknowledged that dividends were paid for no other reason than as a return on investment in shares of a company, and that the director-shareholder relationship was dispositive of the issue, even if dividends were contemplated by subsection 56(2), there was clearly no "benefit" as required by that subsection in the *McClurg* case as there was adequate consideration for the payment to Mrs. McClurg. Thus, the second qualification for application of subsection 56(2) had not been met.

(3) The Chief Justice acknowledged that Wilma McClurg's efforts in the operation of Northland Trucks were "not dispositive of the issue raised in this appeal" (at page 1054).

In my view, the comments of the Chief Justice in *McClurg*, relating to the commercial reality of the transaction, were intended to demonstrate that, irrespective of the director-shareholder relationship that he had already determined was dispositive of the issue, the payment to Wilma McClurg was not a "benefit" under subsection 56(2). Thus, neither of the two independent qualifications that are essential for the application of subsection 56(2) were present in *McClurg*.

I now come to the passage in the reasons of Dickson C.J. relied upon by the Minister found, at page 1054.

In my opinion, if a distinction is to be drawn in the application of s. 56(2) between arm's length and non-arm's length transactions, it should be made between the exercise of a discretionary power to distribute dividends when the non-arm's length shareholder has made no contribution to the company (in which case s. 56(2) may be applicable), and those cases in which a legitimate contribution has been made. In the case of the latter, of which this appeal is an example, I do not think it can be said that there was no legitimate purpose to the dividend distribution.

plement une tentative d'éviter le paiement de l'impôt» (à la page 1054). À mon avis, le renvoi à «contrepartie» est lié à la condition portant que le paragraphe 56(2) n'est applicable que si le versement effectué est un «avantage» et non le versement d'une contrepartie suffisante. Il me semble que le juge en chef indiquait que, bien qu'il reconnaisse que les dividendes ont été versés uniquement à titre de rapport d'un investissement dans les actions de la compagnie et que la relation administrateur-actionnaire était décisive quant à la question, et même si les dividendes étaient visés par le paragraphe 56(2), il n'y avait manifestement pas d'«avantage» dans l'arrêt *McClurg*, comme le requiert ce paragraphe, puisqu'il existait une contrepartie suffisante pour le paiement effectué à Mme McClurg. Il n'a donc pas été satisfait à la seconde condition d'application du paragraphe 56(2).

(3) Le juge en chef a reconnu que les efforts déployés par Wilma McClurg dans l'exploitation de Northland Trucks n'étaient «pas décisifs quant à la question soulevée dans le présent pourvoi» (à la page 1054).

À mon avis, les commentaires du juge en chef dans l'arrêt *McClurg* sur la véritable nature commerciale de l'opération visaient à démontrer qu'indépendamment de la relation administrateur-actionnaire qui, comme il l'avait déjà conclu, était décisive quant à la question soulevée, le versement effectué à Wilma McClurg n'était pas un avantage au sens du paragraphe 56(2). Par conséquent, aucune des deux conditions indépendantes et essentielles d'application du paragraphe 56(2) n'étaient présentes dans l'arrêt *McClurg*.

Je me penche maintenant sur l'extrait des motifs du juge en chef Dickson, à la page 1054, que le ministre a invoqués:

À mon avis, si une distinction s'impose dans l'application du par. 56(2) entre les opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance, il faut la faire entre l'exercice du pouvoir discrétionnaire de répartir les dividendes lorsque l'actionnaire ayant un lien de dépendance n'a fourni aucun apport à la société (auquel cas le par. 56(2) peut s'appliquer) et les cas où un rapport légitime a été fourni. Dans ce dernier cas, dont le présent pourvoi constitue un exemple, je ne crois pas que l'on puisse affirmer que le partage des dividendes ne visait pas un objectif légitime.

I must admit to having some difficulty reconciling this passage with the preceding words of the Chief Justice that to consider dividends within subsection 56(2) “would violate fundamental principles of corporate law and the realities of commercial practice and would ‘overshoot’ the legislative purpose of the section” [at page 1053]. In any event, the passage raises three questions for decision. The first is whether, in the application of subsection 56(2), a distinction is to be made between arm’s length and non-arm’s length transactions. The second is, within the scope of non-arm’s length situations, where a dividend has been declared pursuant to a discretionary dividend clause, whether or not the shareholder has made a contribution to the company. The third is whether, if no contribution has been made by the shareholder, subsection 56(2) is applicable.

Looked at in this way, it is quite clear that the threshold question, whether a distinction is to be made between arm’s length and non-arm’s length transactions in the application of subsection 56(2), has not been answered by the Supreme Court of Canada. Without answering that question, the Chief Justice had no difficulty concluding that on the facts in *McClurg*, Wilma McClurg did make a contribution to the company. I interpret the words of the Chief Justice as meaning that even if a distinction was to be drawn between arm’s length and non-arm’s length transactions in the application of subsection 56(2) (which issue he was not deciding), the facts of *McClurg* were such that there was no “benefit” and subsection 56(2) would not be applicable on that ground, even if the Minister could invoke subsection 56(2) to attack dividend payments in non-arm’s length situations.

However, where, as in the case at bar, the evidence is that a dividend declaration was an attempt at income splitting, and that the payment to Ruby Neuman was a “benefit” and not a payment for adequate consideration, in the *McClurg* sense, it is necessary to address the threshold question of whether a distinction is to be drawn between arm’s length and non-arm’s length transactions in the application of subsection 56(2). While this specific question was not answered by the Supreme Court of Canada in

Je dois admettre que j’éprouve une certaine difficulté à concilier ce passage avec les propos antérieurs du juge en chef portant que la conclusion que les dividendes sont visés par le paragraphe 56(2) «violeraient les principes fondamentaux du droit des sociétés ainsi que les réalités des pratiques commerciales, et cela irait au-delà de l’intention du législateur» [à la page 1053]. Quoi qu’il en soit, le passage soulève trois questions. La première est de savoir si, dans l’application du paragraphe 56(2), une distinction s’impose entre les opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance. La seconde est la suivante: dans les situations où il existe un lien de dépendance, et où un dividende a été déclaré conformément à une clause de dividende discrétionnaire, l’actionnaire a-t-il fourni un apport à la société? Et enfin, si aucun apport n’a été fourni par l’actionnaire, le paragraphe 56(2) s’applique-t-il?

Vue de cet angle, la question préliminaire de savoir si, dans l’application du paragraphe 56(2), une distinction s’impose entre les opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance n’a manifestement pas été tranchée par la Cour suprême du Canada. Sans répondre à la question, le juge en chef n’a pas hésité à conclure dans l’arrêt *McClurg* que, compte tenu des faits, Wilma McClurg a effectivement fourni un apport à la société. À mon avis, les propos du juge en chef signifient que, même si, dans l’application du paragraphe 56(2), une distinction était établie entre les opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance (à laquelle question il n’a pas répondu), les faits de l’affaire étaient tels qu’il n’y avait pas d’«avantage», et que le paragraphe 56(2) ne pouvait s’appliquer pour ce motif, même si le ministre pouvait l’invoquer pour contester le versement de dividendes dans les cas où il existe un lien de dépendance.

Toutefois, si, comme en l’espèce, la preuve établit que la déclaration d’un dividende constituait une tentative de fractionner le revenu, et que le versement effectué à Ruby Neuman était un «avantage» et non un paiement pour une contrepartie suffisante, dans le sens où on l’entend dans l’arrêt *McClurg*, il est nécessaire de répondre à la question préliminaire de savoir si une distinction s’impose entre les opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance dans l’application du paragraphe 56(2). Si la Cour suprême du

*McClurg*, it has been answered by the Federal Court of Appeal in the judgment of Urie J.A. in *Canada v. McClurg*, [1988] 2 F.C. 356. In his reasons, Dickson C.J. did not disturb this finding of the Federal Court of Appeal. The determination by the Federal Court of Appeal as to whether a distinction is to be drawn between arm's length and non-arm's length transactions in the application of subsection 56(2) is, of course, binding on the Trial Division of this Court.

In his reasons in the Federal Court of Appeal, Urie J.A. found there was nothing in subsection 56(2) to suggest that it contemplated a distinction between arm's length and non-arm's length transactions. At pages 363-364 he stated:

It is noteworthy, furthermore, that the subsection, if it is to apply to corporate situations, makes no distinction between arm's length and non-arm's length transfers.

If it had been intended by the legislators that it might apply to directors of small, closely held family corporations only, apt language could have been employed to achieve the desired result. But to utilize the general language of subsection 56(2) to achieve the result desired by the taxing authorities, as exemplified in this case, is not, in my view, justifiable.

In more general terms, the Supreme Court has looked at the issue of whether the *Income Tax Act* contemplates a distinction between arm's length and non-arm's length transactions in the well-known case of *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, (*supra*). In that case Estey J. rejected such a distinction. That case decided that taxpayers in non-arm's length relationships, as well as in arm's length relationships, could utilize whatever legal means were available to minimize tax obligations. At pages 570-572 he stated:

In light of this general background, a further subsidiary question must be considered: Is the transaction affected as to tax consequences where the vendor and purchaser are not at arm's length? There are, of course, many pragmatic and philosophical answers. In considering this issue, one must take cognizance of the many examples in the Act and its application by the Department which belie the distinction. For example, interspousal loans, which effectively allow income splitting with the consequential tax reduction, are approved under the present Act. See Interpretation Bulletin No IT-258R2, Department of National Revenue. There are other examples, including the transfer of invested surpluses by a corporation from bonds to stocks where the corporation moves from deficit to profit on its

Canada n'a pas résolu cette question dans l'arrêt *McClurg*, la Cour d'appel fédérale y a répondu par la plume du juge Urie dans l'arrêt *Canada c. McClurg*, [1988] 2 C.F. 356. Dans ses motifs, le juge en chef Dickson n'a pas modifié cette conclusion de la Cour d'appel fédérale. La décision de cette dernière sur la question de savoir si une distinction s'impose entre les opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance dans l'application du paragraphe 56(2) lie bien entendu la Section de première instance de cette Cour.

Au nom de la Cour d'appel fédérale, le juge Urie a conclu que rien dans le paragraphe 56(2) ne donne à penser qu'il établit une distinction entre les opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance. Aux pages 363 et 364, il a écrit:

Il est à noter, de plus, que le paragraphe en question, s'il devait s'appliquer à une société, ne fait aucune distinction entre des transferts effectués avec ou sans lien de dépendance.

Si le législateur avait voulu qu'elle ne s'applique qu'aux administrateurs de petites sociétés familiales fermées, il aurait pu trouver les mots adéquats pour obtenir le résultat souhaité. Mais à mon avis il n'est pas justifiable d'employer le libellé général du paragraphe 56(2) pour arriver au résultat recherché par le fisc, comme c'est le cas en l'espèce.

En des termes plus généraux, la Cour suprême s'est demandée, dans l'arrêt bien connu *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, précité, si la *Loi de l'impôt sur le revenu* établit une distinction entre les opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance. Dans cet arrêt, le juge Estey a rejeté une telle distinction. Et on a conclu que les contribuables ayant ou non un lien de dépendance pouvaient utiliser tout moyen légal possible pour réduire au minimum leurs obligations fiscales. Aux pages 570 à 572, il écrit:

Dans ce contexte, il faut analyser une autre question subsidiaire: les effets fiscaux de l'opération sont-ils modifiés si le vendeur et l'acquéreur sont liés? Il y a, cela va de soi, plusieurs réponses en pratique et en principe. Pour analyser cette question, il faut prendre connaissance des nombreux exemples contenus dans la Loi et de l'application que le Ministère en fait et qui nient la distinction. Par exemple, la présente loi approuve les prêts entre époux qui permettent le fractionnement réel des revenus et la réduction de l'impôt qui s'ensuit. Voir le bulletin d'interprétation IT-258R2 du ministère du Revenu national. Il y a d'autres exemples, notamment la transformation de surplus investis par une société d'obligations en actions lorsque les opérations commerciales de la société passent d'une situation

commercial operations. In neither of these examples is there any *bona fide* business purpose for the transfer or exchange of assets, both being done exclusively or avowedly to reduce or eliminate taxation.

Other sections of the *Income Tax Act* enable a corporation or its shareholders to reduce income upon the distribution of accumulated surplus, as for example under s. 85 of the old Act. By conforming with the terms of the statute, this income, which, when otherwise withdrawn by the shareholders would be taxable at full personal rates, can be transferred to the shareholders at reduced rates, even "artificially" reduced tax rates when one considers the artifice prescribed by Parliament in these sections.

There are many other examples in the Act of tax reduction devices, most of which, by axiom, are founded upon non-arm's length relationships. The taxpayer may acquire the marital deduction *in toto* for the entire calendar year by marrying on December 31 instead of January 1 in the following year. If the choice is made solely for tax reasons, surely the taxpayer's entitlement is not thereby placed in jeopardy. The same applies to persons who deliberately avail themselves of registered home ownership savings plans whether or not the taxpayer does so because of the tax deduction or because of a long-term, *bona fide* intent to establish a fund to be used to purchase a home; and to businesses combining by way of joint venture rather than by minority shareholding in a project. Motive would nowhere appear to be a precondition of eligibility. The same applies to the decision of a taxpayer to incorporate or to carry on business in partnership with a corporation. Whether or not these choices are made solely on the basis of tax advantage, whenever the *Income Tax Act* prescribes different tax rates for different forms of business, the taxpayer must surely be free to choose whichever mode fits his plans.

I think the finding of Urie J.A. in *McClurg*, that subsection 56(2) makes no distinction between arm's length and non-arm's length transactions, is consistent with the *dictum* of Estey J. in *Stubart*.

In deciding *McClurg*, the Chief Justice did not overlook *Stubart* because he made reference to it himself in setting forth his framework for his analysis in that case (at pages 1049-1050). *Stubart* dealt directly with the issue of tax avoidance and found that *per se*, tax avoidance in the non-arm's length context was not offensive or abusive so as to be judicially curtailed. I do not think the observations of the Chief Justice in *McClurg* were intended, by implication, to change the law from what a unanimous

déficitaire à une situation profitable. Ni dans l'un ni dans l'autre de ces exemples, il n'existe d'objet commercial véritable au transfert ou à la transformation de l'actif, les deux opérations étant faites exclusivement ou manifestement pour réduire ou éliminer l'impôt.

<sup>a</sup> D'autres articles de la *Loi de l'impôt sur le revenu* permettent à une société ou à ses actionnaires de réduire l'impôt lors de la distribution de surplus accumulés, par exemple l'art. 85 de l'ancienne loi. En se conformant au texte de loi, ce revenu que l'actionnaire retirerait autrement et qui serait imposable au taux maximum de l'impôt personnel, peut être versé aux actionnaires à des taux réduits, même à des taux réduits «factuellement» si l'on considère l'artifice prescrit par le législateur dans ces articles.

<sup>b</sup> La Loi comporte bien d'autres exemples de mécanismes de réduction de l'impôt, dont la plupart, par définition, se fondent sur des rapports entre des personnes liées. Le contribuable peut se prévaloir de la totalité de l'exemption de personne mariée pour toute l'année civile en se mariant le 31 décembre plutôt que le 1<sup>er</sup> janvier de l'année suivante. Si le choix est fait uniquement pour des motifs fiscaux, le droit du contribuable n'en est pas pour autant mis en péril. La même chose s'applique aux personnes qui se prévalent des régimes enregistrés d'épargne-logement, que le contribuable le fasse à cause de la réduction d'impôt ou à cause d'une intention véritable et permanente d'accumuler des sommes en vue d'acquérir une propriété. Prenons également l'exemple d'entreprises qui se lancent dans un projet par voie de coparticipation plutôt que par voie de participation minoritaire. La motivation n'apparaît nulle part comme une condition préalable à l'admissibilité. La même chose s'applique à la décision d'un contribuable de se constituer en société commerciale ou d'exploiter une entreprise en association avec une société commerciale. Que ces choix soient faits uniquement en fonction de l'avantage fiscal ou non, chaque fois que la *Loi de l'impôt sur le revenu* prescrit des taux d'imposition différents pour différentes formes d'entreprises, le contribuable est certainement libre de choisir le mode d'opération qui convient le mieux à ses plans.

<sup>c</sup> À mon sens, la conclusion du juge Urie J.C.A. dans l'arrêt *McClurg*, portant que le paragraphe 56(2) n'établit aucune distinction entre les opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance, est compatible avec l'opinion du juge Estey dans l'arrêt *Stubart*.

<sup>d</sup> En se prononçant dans l'arrêt *McClurg*, le juge en chef n'a pas négligé l'arrêt *Stubart* puisqu'il en a fait mention lui-même en posant le cadre de son analyse dans cette affaire (aux pages 1049 et 1050). Dans l'arrêt *Stubart*, qui portait directement sur la question de l'évitement fiscal, on a conclu qu'en soi, l'évitement fiscal dans un contexte où il existe un lien de dépendance était ni offensant ni abusif au point de devoir être restreint par les tribunaux. Je ne crois pas que, par ses commentaires, le juge en chef ait, dans

Supreme Court had set out in *Stubart*. Had it been his intention to do so, it is reasonable to assume that he would have used clear and direct language.<sup>7</sup>

Based on the decisions of the Federal Court of Appeal in *McClurg* and the Supreme Court in *Stubart*, I must conclude that the threshold question, whether a distinction is to be drawn between an arm's length and a non-arm's length transaction in the application of subsection 56(2), must be answered in the negative. Having come to this conclusion, there is no basis upon which to embark upon an investigation of whether or not a shareholder, in a non-arm's length situation, made a contribution to a company such that a dividend payment would not be considered a "benefit" as contemplated by subsection 56(2).

Although it is not essential for my decision in this case, I would add that counsel for the plaintiff was good enough to draw to my attention a condition precedent to the application of subsection 56(2) established by the Federal Court of Appeal in *Winter v. Canada*, [1991] 1 F.C. 585, page 594. That condition precedent is that when a reassessed taxpayer himself or herself has no entitlement to the payment made to the recipient, the validity of the assessment under subsection 56(2) of the Act is subject to the condition that the recipient of the benefit not be subject to tax on the benefit received. This principle was applied in *Smith, D.N. v. The Queen* (1993), 93 DTC 5351 (F.C.A.).

Counsel for the plaintiff argued that this condition was not referred to by the Chief Justice in *McClurg*, but I do not think this invalidates the principle, especially since the decision in *Winter* was issued on November 20, 1990, after the argument in *McClurg* in the Supreme Court but only one month before the

<sup>7</sup> Of course, my observations as to the law enunciated in *Stubart* are subject to subsequent amendments to the *Income Tax Act* such as revised attribution rules and a general anti-avoidance rule. As the facts in the case at bar relate to the calendar year 1982, such subsequent amendments, the effect of which I make no comment, would have no relevance here.

l'arrêt *McClurg*, cherché implicitement à modifier le droit que la Cour suprême avait unanimement énoncé dans l'arrêt *Stubart*. S'il en avait eu l'intention, il est raisonnable de présumer qu'il aurait utilisé des termes clairs et non équivoques<sup>7</sup>.

Compte tenu des décisions de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *McClurg* et de la Cour suprême dans l'arrêt *Stubart*, je dois conclure que la question préliminaire de savoir si une distinction s'impose entre les opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance dans l'application du paragraphe 56(2) doit être répondue par la négative. Compte tenu de ma conclusion, il n'y a pas de raison de se demander si, dans une situation où il existe un lien de dépendance, l'actionnaire a fourni un apport à une société à tel point qu'un versement de dividendes ne serait pas considéré comme un «avantage» aux termes du paragraphe 56(2).

Bien que ce ne soit pas essentiel à ma décision en l'espèce, j'ajouterais que l'avocat de la demanderesse a eu l'amabilité d'attirer mon attention sur une condition d'application du paragraphe 56(2) que la Cour d'appel fédérale a énoncée dans l'arrêt *Winter c. Canada*, [1991] 1 C.F. 585, à la page 594. Selon cette condition, lorsque le contribuable à l'égard duquel est établie une nouvelle cotisation n'a lui-même aucun droit au versement effectué au bénéficiaire, la validité de la cotisation dans le cadre du paragraphe 56(2) de la Loi est assujettie à la condition que le bénéficiaire de l'avantage n'ait pas été assujéti à l'impôt à l'égard de l'avantage reçu. Ce principe a été appliqué dans l'arrêt *Smith D.N. c. La Reine* (1993), 93 DTC 5251 (C.A.F.).

L'avocat de la demanderesse soutient que cette condition n'a pas été mentionnée par le juge en chef dans l'arrêt *McClurg*, mais je ne crois pas que le principe s'en trouve invalidé, particulièrement puisque l'arrêt *Winter* a été rendu le 20 novembre 1990, après que la Cour suprême eut entendu les plaidoiries dans

<sup>7</sup> Il va de soi que mes commentaires sur le droit énoncé dans l'arrêt *Stubart* sont sujets aux modifications apportées subséquentement à la *Loi de l'impôt sur le revenu* telles que les règles révisées relatives à l'attribution et la règle générale d'évitement fiscal. Comme les faits en l'espèce portent sur l'année civile 1982, ces modifications subséquentes, sur les effets desquels je ne fais aucun commentaire, n'auraient aucune pertinence en l'espèce.

Supreme Court issued its decision in *McClurg* on December 20, 1990.

Plaintiff's counsel also argued that Ruby Neuman was not subject to tax on her dividend payment as it was not as shareholder, but as wife, that she was paid. This type of distinction was made by Marceau J.A. in *Winter*, (*supra*). However, in my view, in the case at bar, the payment received by Ruby Neuman was indeed received by her as shareholder and not as wife. There was no allegation that the dividend payment was the result of a sham. According to the evidence before me, all corporate formalities were followed. Ruby Neuman was liable for tax on the dividend payment she received. The defendant had no entitlement to the payment made to Ruby Neuman. Following *Winter* and *Smith*, (*supra*), the condition precedent for the application of subsection 56(2), that the payee not be subject to tax on the amount she received when the reassessed taxpayer had no entitlement to the payment made to her, has not been satisfied in the case at bar.

It may also be appropriate for me to observe that nothing in the scheme of the *Income Tax Act* as a whole suggests an overall intention to prevent income splitting. In a paper by Vern Krishna and J. Anthony VanDuzer, "Corporate Share Capital Structures and Income Splitting: *McClurg v. Canada*" (1992-93), 21 *The Canadian Business Law Journal* 335,<sup>8</sup> the learned authors state, at page 367:

The Canadian income tax system is structured on the premise that each taxpayer, including corporations, is a separate tax entity and, apart from specific provisions such as s. 56(2) which prevent the diversion of income, there is no general scheme to prevent income splitting. To be sure, both s. 56(2) and s. 74.1 do reflect an underlying philosophy that a taxpayer should not be able to divert income to another taxpayer for the purposes of reducing his or her marginal rate of tax. Those provisions are, however, extremely technical and specific in their ambit and do not reflect any general overall philosophy that can be ascribed to the Act "read as a whole".

<sup>8</sup> I found this paper instructive in assisting me in understanding the corporate and tax implications of the *McClurg* decision.

l'affaire *McClurg*, mais seulement un mois avant qu'elle rende sa décision, le 20 décembre 1990.

L'avocat de la demanderesse soutient également que Ruby Neuman n'était pas assujettie à l'impôt à l'égard du versement de son dividende puisque ce n'est pas à titre d'actionnaire, mais d'épouse, qu'elle a touché le paiement. Cette forme de distinction a été établie par le juge Marceau, J.C.A., dans l'arrêt *Winter*, précité. À mon avis toutefois, en l'espèce, Ruby Neuman a de fait reçu le versement à titre d'actionnaire et non d'épouse. On n'a pas allégué que le versement du dividende était le fruit d'un trompe-l'œil. Selon la preuve produite devant moi, toutes les formalités propres aux sociétés ont été suivies. Ruby Neuman était assujettie à l'impôt à l'égard des dividendes qu'elle a reçus. Le défendeur n'avait aucun droit au versement effectué à Ruby Neuman. Suivant les arrêts *Winter* et *Smith*, précités, il n'a pas été satisfait en l'espèce à la condition d'application du paragraphe 56(2), portant que la bénéficiaire du paiement ne doit pas être assujettie à l'impôt à l'égard du montant qu'elle a reçu si le contribuable à l'égard duquel est établie une nouvelle cotisation n'a aucun droit au paiement effectué à la bénéficiaire.

Il convient peut-être également que je remarque que rien dans le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans son ensemble n'indique une intention générale d'interdire le fractionnement du revenu. Dans leur article intitulé «Corporate Share Capital Structures and Income Splitting: *McClurg v. Canada*» (1992-93), 21 *The Canadian Business Law Journal* 335<sup>8</sup>, Vern Krishna et J. Anthony VanDuzer ont écrit, à la page 367:

[TRADUCTION] Le régime fiscal canadien repose sur l'hypothèse que chaque contribuable, dont les sociétés, représente une entité distincte sur le plan fiscal et, à l'exception des dispositions expresses comme le paragraphe 56(2), qui interdit le détournement du revenu, aucun mécanisme général n'empêche le fractionnement du revenu. Certes, le paragraphe 56(2) et l'article 74.1 reflètent tous deux une philosophie sous-jacente portant qu'un contribuable ne devrait pouvoir détourner son revenu vers un autre contribuable pour réduire son taux marginal d'imposition. Ces dispositions sont toutefois extrêmement techniques et spécifiques dans leur portée et elles ne reflètent aucune philosophie générale qui puisse être attribuée à la Loi «lue dans son ensemble».

<sup>8</sup> Cet article m'aide à comprendre les incidences de l'arrêt *McClurg* sur le plan des sociétés et de la fiscalité.

For an income-splitting transaction to be successfully challenged by the Minister it must contravene an applicable section of the *Income Tax Act*. Based on the decision of the Supreme Court in *McClurg*, I have found that subsection 56(2) is not designed to prevent the type of income splitting engaged in by Ruby Neuman and Melville Neuman in the case at bar.

My conclusion does not imply that subsection 56(2) can never be applied in the context of a director-shareholder relationship and the declaration of dividends. If a transaction giving rise to the payment of dividends was a sham within the definition of that term as set out by Diplock L.J. in *Snook v. London & West Riding Investments, Ltd.*, [1967] 1 All E.R. 518 (C.A.), at page 528:

... which are intended by them to give to third parties or to the court the appearance of creating between the parties legal rights and obligations different from the actual legal rights and obligations (if any) which the parties intend to create.

I think subsection 56(2) could well apply. In such circumstances, the appearance of the director-shareholder relationship would be different from the actual relationship between the parties. In the case at bar, counsel for the plaintiff expressly stipulated that there was no allegation or suggestion by the Minister that the transaction pursuant to which Ruby Neuman received her dividends was a sham.

Subsection 56(2) could also apply in circumstances in which the declaration of a dividend to one class of shares was properly attributable to other classes of shares as well. Subsection 56(2) was applied in *Champ (W) v. The Queen*, [1983] CTC 1 (F.C.T.D.) in which a dividend payment to one class of shares was, according to the Articles, attributable also to another class of shares. In that case, subsection 56(2) was invoked to attribute dividends to both classes of shares in accordance with the requirements of the Articles. In the case at bar, dividends were declared pursuant to a valid discretionary dividend clause in the Articles and the presumption as to equality of treatment of shares was rebutted.

Pour qu'une opération ayant pour résultat de fractionner le revenu soit contestée avec succès par le ministre, elle doit contrevenir à un article applicable de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Compte tenu de l'arrêt *McClurg*, rendu par la Cour suprême, je conclus que le paragraphe 56(2) n'est pas destiné à empêcher le genre de fractionnement du revenu effectué par Ruby Neuman et Melville Neuman dans la présente affaire.

Ma conclusion n'implique pas que le paragraphe 56(2) ne peut jamais s'appliquer dans le contexte d'une relation administrateur-actionnaire et d'une déclaration de dividendes. Si une opération entraînant le versement de dividendes était une frime, au sens de la définition qu'en a donnée le lord juge Diplock dans l'arrêt *Snook v. London & West Riding Investments, Ltd.*, [1967] 1 All E.R. 518 (C.A.), à la page 528, soit:

[TRADUCTION] ... dans l'intention de faire croire à des tiers ou à la cour qu'ils créent entre les parties des obligations et droits légaux différents des obligations et droits légaux réels (s'il en est) que les parties ont l'intention de créer.

J'estime que le paragraphe 56(2) pourrait très bien s'appliquer. Dans de telles circonstances, l'apparence de la relation administrateur-actionnaire serait différente de la véritable relation qui unit les parties. Dans la présente affaire, l'avocat de la demanderesse a expressément mentionné que le ministre n'alléguait pas ni ne donnait à entendre que l'opération grâce à laquelle Ruby Neuman a reçu des dividendes était un trompe-l'œil.

Le paragraphe 56(2) pourrait également s'appliquer dans les cas où la déclaration d'un dividende sur une catégorie d'actions est à bon droit attribuable à une catégorie différente d'actions également. Le paragraphe 56(2) a été appliqué dans l'arrêt *Champ (W) c. La Reine*, [1983] CTC 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), où le versement d'un dividende à une catégorie d'actions était, selon les statuts constitutifs, attribuable également à une seconde catégorie d'actions. Dans cette affaire, on a invoqué le paragraphe 56(2) pour attribuer les dividendes aux deux catégories d'actions conformément aux exigences énoncées dans les statuts. En l'espèce, les dividendes ont été déclarés conformément à une clause de dividende discrétionnaire valide énoncée dans les statuts constitutif, et la présomption d'égalité de traitement entre les actions a été réfutée.



Subsection 56(2) might also apply to a case in which the intended recipient of a declared dividend redirected the dividend to another person. This did not occur in the case at bar.

Apart from these narrow types of exceptions, subsection 56(2) is not, in my opinion, the appropriate provision for the Minister to invoke to challenge income splitting in the context of the director-shareholder relationship and the declaration of dividends.

The appeal is dismissed with costs.

Le paragraphe 56(2) pourrait également s'appliquer dans une affaire où le bénéficiaire visé par une déclaration de dividendes remettrait le dividende à une autre personne. En l'espèce, il n'en fut rien.

<sup>a</sup> À l'exception de catégories restreintes d'exceptions, le paragraphe 56(2) n'est à mon avis pas la disposition que le ministre doit invoquer pour contester un fractionnement du revenu dans le contexte d'une relation administrateur-actionnaire et d'une déclaration de dividendes.

<sup>b</sup> L'appel est rejeté avec dépens.

T-3000-92

T-3000-92

**Lesley Cluff and Canadian Human Rights Commission (Applicants)**

**Lesley Cluff et Commission canadienne des droits de la personne (requérantes)**

v.

a c.

**Department of Agriculture and Michael Sage (Respondents)**

**Ministère de l'Agriculture et Michael Sage (intimés)**

*INDEXED AS: CLUFF v. CANADA (DEPARTMENT OF AGRICULTURE) (T.D.)*

*RÉPERTORIÉ: CLUFF c. CANADA (MINISTÈRE DE L'AGRICULTURE) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Gibson J.—Ottawa, October 28 and December 21, 1993.

Section de première instance, juge Gibson—Ottawa, 28 octobre et 21 décembre 1993.

*Human rights — Application to review Human Rights Tribunal's decision lacked jurisdiction to hear complaint — Complainant, employed by Department of Agriculture — Organizing conference for Farm Writers' Association with approval, authorization of superiors — Hosting hospitality suite as part of conference duties — Alleging sexual harassment by senior Agriculture employee, contrary to Canadian Human Rights Act, ss. 7, 14 at hospitality suite after 2:00 a.m. — Tribunal focussing on whether Department having authority or control over organization of conference, whether complainant's daily duties required her to organize conference in determining alleged harassment not occurring in course of, or in matter related to, employment — Principal issue question of law — Standard of review correctness — No error in Tribunal's statement of criteria to determine issue — Erred in application of criteria, but Court arriving at same conclusion — Shortly after hospitality suite effectively closed, complainant ceased to be in course of employment or engaged in matters related to employment — Otherwise, intolerable burden on employers of those who travel, attend conferences.*

*Droits de la personne — Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Tribunal des droits de la personne a statué qu'il n'avait pas compétence pour entendre une plainte — La plaignante travaillait pour le ministère de l'Agriculture — Elle a organisé le congrès de la Farm Writers' Association avec l'approbation et l'autorisation de ses supérieurs — Une partie de ses responsabilités dans le cadre du congrès consistait à s'occuper de l'accueil à la suite de réception — La plaignante affirme qu'elle a été victime d'actes de harcèlement sexuel de la part d'un employé de niveau supérieur du ministère de l'Agriculture à la suite de réception après 2 h du matin, en violation des art. 7 et 14 de la Loi canadienne sur les droits de la personne — Le Tribunal s'est concentré sur la question de savoir si le Ministère avait une autorité ou un contrôle sur l'organisation du congrès et sur celle de savoir si les fonctions quotidiennes de la plaignante l'obligeaient à organiser le congrès, pour déterminer si le harcèlement reproché n'était pas survenu dans le cadre de l'emploi ou en matière d'emploi — La principale question litigieuse est une question de droit — La norme d'analyse applicable est fondée sur la justesse de la décision — Le Tribunal n'a pas commis d'erreur dans son exposé des critères à appliquer pour trancher la question en litige — Le Tribunal a commis une erreur dans son application des critères, mais la Cour en arrive à la même conclusion — Peu de temps après que la suite de réception a été effectivement fermée, la plaignante a cessé d'agir dans le cadre de son emploi ou en matière d'emploi — Conclure autrement aurait pour effet d'imposer une responsabilité intolérable aux employeurs des personnes qui se déplacent et qui participent à des congrès.*

This was an application for judicial review of the decision of a Human Rights Tribunal that it lacked jurisdiction because the alleged sexual harassment did not take place in the course of employment and/or in matters related to the employment of the complainant, and therefore *Canadian Human Rights Act*, sections 7 and 14 were not violated. Those sections describe discriminatory practices "in the course of employment" and "in matters related to employment" on a prohibited ground of discrimination i.e. sex. The complainant was a term employee with the Communications Branch, Department of Agriculture. With the approval of her supervisor, she had become active in

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le Tribunal des droits de la personne a statué qu'il n'avait pas compétence au motif que le harcèlement sexuel reproché n'était pas survenu dans le cadre de l'emploi de la plaignante ou en matière d'emploi et que, par conséquent, les articles 7 et 14 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* n'avaient pas été violés. Ces articles définissent certains actes discriminatoires qui sont commis «dans le cadre d'un emploi» ou «en matière d'emploi» et qui sont fondés sur un motif de distinction illicite, à savoir le sexe. La plaignante était une employée nommée pour une période déterminée qui tra-

the Eastern Canada Farm Writers' Association (ECFWA). She was authorized to organize its 1986 annual conference during working hours, provided that work did not interfere with her normal duties, the preparation of radio programmes. The Department paid her registration fee. As part of her organizational duties, the complainant was required to host the hospitality suite. For practical reasons she was to sleep in the bedroom portion of the hospitality suite. The complainant alleges that she was sexually harassed by a senior employee of the Communications Branch of Agriculture Canada after 2:00 a.m. in the suite. The principal issue before the Tribunal was whether the alleged harassment occurred "in the course of employment" or "in matters related to employment". The Tribunal held that an "employee is in the course of employment when, within the period covered by the employment, he or she is carrying out: (1) activities which he or she might normally or reasonably do or be specifically authorised to do while so employed; (2) activities which fairly and reasonably may be said to be incidental to the employment or logically and naturally connected with it; (3) activities in furtherance of duties he or she owes to his or her employer; or (4) activities in furtherance of duties owed to the employer where the latter is exercising or could exercise control over what the employee does." It focussed on whether Agriculture Canada had authority or control over the organization of the conference, and on whether the complainant's daily duties required her to organize and attend this event.

*Held*, the application should be dismissed.

The Tribunal lacked jurisdiction on the specific and unique facts herein.

The principal issue was a question of law involving the interpretation and application of the law to the facts. The standard of review was that of correctness, not reasonability. On that basis, there was no error in the statement of the four criteria to be applied. Although the Court reached the same result as did the Tribunal on these unique facts, the Tribunal erred in the application of those criteria to the facts before it, and thus erred in law. The complainant's activities in relation to the Conference were normal or reasonable adjunct activities from which the Department and the complainant could both benefit. That Agriculture Canada neither controlled nor influenced the ECFWA was of no consequence. The work undertaken by the complainant may fairly and reasonably be said to be incidental to the complainant's employment in the Department. Although it was doubtful that the activities fell within the third and fourth criteria, that was of no consequence because the criteria were disjunctive. But the Tribunal's statement that "an employee is considered to have deviated from the course of his . . . employment when engaged in those activities which are

vaillait à la Direction générale des communications au ministère de l'Agriculture. Avec l'approbation de son supérieur, elle en était venue à jouer un rôle actif au sein de l'Eastern Canada Farm Writers' Association (ECFWA). Elle a été autorisée à organiser le congrès annuel de 1986 de l'ECFWA pendant ses heures normales de travail pourvu qu'elle ne néglige pas pour autant le travail qui lui était normalement assigné, à savoir la préparation de programmes radiophoniques. Le Ministère a payé ses frais d'inscription au congrès. Une partie de ses responsabilités dans le cadre du congrès consistait à s'occuper de l'accueil à la suite de réception. Pour des raisons d'ordre pratique, elle devait passer la nuit dans la chambre de la suite de réception. La plaignante affirme qu'elle a été victime d'actes de harcèlement sexuel de la part d'un employé de niveau supérieur de la Direction générale des communications du ministère de l'Agriculture à la suite de réception après 2 h du matin. La principale question litigieuse qui était soumise au Tribunal était celle de savoir si les actes reprochés de harcèlement étaient survenus «dans le cadre de l'emploi» ou «en matière d'emploi». Le Tribunal a statué qu'un «employé agit dans le cadre de son emploi lorsque, au cours de la période visée par l'emploi, il poursuit (1) des activités qu'il pourrait habituellement ou raisonnablement poursuivre ou qu'il serait explicitement autorisé à poursuivre pendant cet emploi; (2) des activités que l'on peut raisonnablement et équitablement considérer comme des activités accessoires à l'emploi ou liées à celui-ci de façon logique et naturelle; (3) des activités dans le but d'accomplir ses devoirs envers son employeur; (4) des activités dans le but d'accomplir ses devoirs envers l'employeur, lorsque celui-ci exerce ou pourrait exercer une forme de contrôle sur ce que fait l'employé». Le Tribunal s'est concentré sur la question de savoir si Agriculture Canada avait une autorité ou un contrôle sur l'organisation du congrès, et sur la question de savoir si les fonctions quotidiennes de la plaignante l'obligeaient à organiser cet événement et à y participer.

*Jugement*: la demande doit être rejetée.

Le Tribunal n'avait pas compétence, compte tenu des faits spécifiques et uniques de la présente affaire.

La principale question litigieuse est une question de droit qui porte sur l'interprétation et l'application du droit aux faits. La norme d'analyse applicable est fondée sur la justesse de la décision et non sur son caractère raisonnable. Si l'on applique cette norme, le Tribunal n'a commis aucune erreur dans son énoncé des quatre critères applicables. Bien que la Cour en arrive au même résultat que le Tribunal compte tenu des faits uniques de la présente affaire, le Tribunal a commis une erreur en appliquant ces critères aux faits portés à sa connaissance et il a par conséquent commis une erreur de droit. Les activités poursuivies par la plaignante relativement au congrès étaient des activités connexes normales ou raisonnables qui pouvaient profiter tant au Ministère qu'à la plaignante. Le fait qu'Agriculture Canada n'ait ni contrôlé ni influencé l'ECFWA est sans importance. On peut raisonnablement et équitablement considérer que les activités poursuivies par la plaignante étaient accessoires à son emploi au sein du Ministère. Bien qu'il y ait lieu de douter que les activités en question satisfassent au troisième et au quatrième critères, cela ne tire pas à conséquence,

not related to his . . . employment or are personal in nature" was of critical importance on the facts herein. What transpired after the hospitality suite can reasonably be inferred to have closed, was not related to the complainant's employment. At some time before 2:00 a.m., and at or shortly after the time the hospitality suite effectively closed, the complainant ceased to be in the course of employment or engaged in matters related to employment. To conclude otherwise would place an intolerable burden of responsibility on employers of those who travel in the course of their employment, and of those who attend conferences on behalf of their employers.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 2, 7, 14.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 17 C.H.R.R. D/349; 149 N.R. 1.

##### CONSIDERED:

*Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; (1987), 40 D.L.R. (4th) 577; 8 C.H.R.R. D/4326; 87 CLLC 17,025; 75 N.R. 303.

APPLICATION for judicial review of the Human Rights Tribunal's decision (*Cluff v. Canada (Department of Agriculture)*, [1992] C.H.R.D. No. 13 (Q.L.)) that it lacked jurisdiction to hear a complaint of sexual harassment contrary to the *Canadian Human Rights Act*, sections 7 and 14 because the alleged harassment did not occur in the course of, or in a matter related to, employment. Application dismissed.

#### COUNSEL:

*Margaret Rose Jamieson* for applicant, Canadian Human Rights Commission.

*Robert P. Hynes* for respondent Department of Agriculture.

No one appearing for respondent, Michael Sage.

parce que les critères sont disjonctifs. La déclaration du Tribunal selon laquelle «l'employé n'est plus considéré comme une personne qui agit dans le cadre de son emploi lorsqu'il poursuit des activités qui ne sont pas liées à celui-ci ou qui sont de nature personnelle» est d'une importance critique en ce qui concerne les faits de la présente affaire. Ce qui s'est produit après que, selon ce qu'on peut raisonnablement inférer, la suite de réception a été fermée, n'était pas lié à l'emploi de la plaignante. Avant 2 h et au moment où la suite de réception a effectivement été fermée ou peu de temps après, la plaignante a cessé d'agir dans le cadre de son emploi ou en matière d'emploi. Conclure autrement aurait pour effet d'imposer une responsabilité intolérable aux employeurs des personnes qui se déplacent dans le cadre de leur emploi et aux employeurs des personnes qui participent à des congrès au nom de leur employeur.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 2, 7, 14.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 17 C.H.R.R. D/349; 149 N.R. 1.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; (1987), 40 D.L.R. (4th) 577; 8 C.H.R.R. D/4326; 87 CLLC 17,025; 75 N.R. 303.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le Tribunal des droits de la personne a statué (*Cluff c. Canada (ministère de l'Agriculture)*, [1992] D.C.D.P. n° 13 (Q.L.)) qu'il n'avait pas compétence pour entendre une plainte de harcèlement sexuel commis en violation des articles 7 et 14 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* au motif que l'acte de harcèlement reproché n'est pas survenu dans le cadre d'un emploi ou en matière d'emploi. Demande rejetée.

#### AVOCATS:

*Margaret Rose Jamieson* pour la requérante, la Commission canadienne des droits de la personne.

*Robert P. Hynes* pour l'intimé, le ministère de l'Agriculture.

Personne n'a comparu pour l'intimé, Michael Sage.

## SOLICITORS:

*Canadian Human Rights Commission, Legal Department*, for applicant, Canadian Human Rights Commission.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent, Department of Agriculture.

*Low, Murchison*, Ottawa, for respondent, Michael Sage.

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

GIBSON J.:

## NATURE OF APPLICATION AND RELIEF REQUESTED

This is an application for judicial review of a decision of a Human Rights Tribunal (the "Tribunal") number T.D. 13/92, dated November 12, 1992 [*Cluff v. Canada (Department of Agriculture)*, [1992] C.H.R.D. No. 13 (Q.L.)] whereby the Tribunal granted the motion of the respondents herein and ordered the adjournment of the proceedings before it on the basis that the Tribunal lacked jurisdiction to hear the complaints of the applicant Lesley Cluff (the "complainant").

The relief requested is a writ of *mandamus* against the Tribunal, presumably directing it to assume jurisdiction in respect of the complaints of the complainant and to find in favour of the complainant on the merits, or in the alternative, an order setting aside the Tribunal's decision and referring the matter back to it for determination in accordance with such directions as the Court considers appropriate.

## GROUNDS FOR THE APPLICATION

The grounds for the application are set out in the originating notice of motion in the following terms:

1. The Human Rights Tribunal erred in refusing to exercise its jurisdiction when it decided that it lacked jurisdiction to hear the complaints as the alleged sexual harassment did not take place "in the course of employment" and/or "in matters related to employment" of the complainant, Lesley Cluff,

## PROCUREURS:

*Services juridiques, Commission canadienne des droits de la personne*, pour la requérante, la Commission canadienne des droits de la personne.

*Le sous-procureur général du Canada*, pour l'intimé, le ministère de l'Agriculture.

*Low, Murchison*, Ottawa, pour l'intimé, Michael Sage.

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

LE JUGE GIBSON:

## NATURE DE LA DEMANDE ET RÉPARATION DEMANDÉE

La Cour est saisie d'une demande de contrôle judiciaire de la décision numéro T.D. 13/92, rendue par le Tribunal des droits de la personne (le «Tribunal») le 12 novembre 1992 [*Cluff c. Canada (ministère de l'Agriculture)*, [1992] D.C.D.P. n° 13 (Q.L.)], par laquelle le Tribunal a accueilli la requête des intimés et a ordonné l'ajournement des procédures qui se déroulaient devant lui au motif que le Tribunal n'avait pas compétence pour entendre les plaintes de la requérante Lesley Cluff (la «plaignante»).

La réparation demandée est un bref de *mandamus* contre le Tribunal, vraisemblablement pour lui enjoindre d'exercer sa compétence relativement aux plaintes portées par la plaignante et de donner gain de cause à la plaignante sur le fond ou, à titre subsidiaire, une ordonnance annulant la décision du Tribunal et renvoyant l'affaire au Tribunal pour qu'il rende une décision conforme aux directives que la Cour estime appropriées.

## MOYENS INVOQUÉS AU SOUTIEN DE LA DEMANDE

Les moyens invoqués au soutien de la demande sont énoncés dans les termes suivants dans l'avis de requête introductive d'instance:

- [TRADUCTION] 1. Le Tribunal des droits de la personne a commis une erreur en refusant d'exercer sa compétence lorsqu'il a décidé qu'il n'avait pas compétence pour entendre les plaintes, étant donné que le harcèlement sexuel reproché n'était pas sur-

and consequently sections 7 and 14 of the *Canadian Human Rights Act* were not violated, and

2. The Human Rights Tribunal erred in law through its incorrect application of the legal principles and its failure to have regard to the totality of the evidence before it by focusing on whether Agriculture Canada had authority or control over the planning and managing of the 1986 Annual Conference of the Eastern Canadian Farm Writers' Association and whether the daily duties of the complainant, Lesley Cluff, required her to organize and attend the Conference,
3. The Human Rights Tribunal erred in law when it determined that any remedy for violation of sections 7 and 14 that is available under section 53 of the *Canadian Human Rights Act* applies only to the employer,
4. The Human Rights Tribunal erred in law when it decided that Michael Sage was not liable under sections 7 and 14 of the *Canadian Human Rights Act* because he was not the employer of Lesley Cluff,
5. The Human Rights Tribunal failed to exercise its jurisdiction when it failed to address the effect of the employment related context of the activities of the alleged harasser, Michael Sage, on a determination of whether the alleged harassment occurred "in the course of employment" and/or "in matters related to employment".

Sections 2, 7 and 14 of the *Canadian Human Rights Act*<sup>1</sup> (the "Act") read as follows:

2. The purpose of this Act is to extend the laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of Parliament, to the principle that every individual should have an equal opportunity with other individuals to make for himself or herself the life that he or she is able and wishes to have, consistent with his or her duties and obligations as a member of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, family status, disability or conviction for an offence for which a pardon has been granted.

7. It is a discriminatory practice, directly or indirectly,

(a) to refuse to employ or continue to employ any individual, or

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. H-6.

venu «dans le cadre de [l']emploi» de la plaignante, Lesley Cluff, ou «en matière d'emploi» et que, par conséquent, les articles 7 et 14 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* n'avaient pas été violés;

2. Le Tribunal des droits de la personne a commis une erreur de droit en ce qu'il a appliqué de façon incorrecte les principes juridiques applicables et en ce qu'il n'a pas tenu compte de tous les éléments de preuve portés à sa connaissance en se concentrant sur la question de savoir si Agriculture Canada exerçait un pouvoir ou un contrôle à l'égard de la planification et de la direction du congrès annuel de 1986 de l'Eastern Canada Farm Writers Association et sur la question de savoir si, dans le cadre de ses fonctions quotidiennes, la plaignante, Lesley Cluff, était tenue d'organiser le congrès et d'y participer;
3. Le Tribunal des droits de la personne a commis une erreur de droit en statuant que les réparations qui peuvent être obtenues en vertu de l'article 53 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* en cas de violation des articles 7 et 14 s'appliquent uniquement à l'employeur;
4. Le Tribunal des droits de la personne a commis une erreur de droit en statuant que Michael Sage n'était pas assujéti aux articles 7 et 14 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* parce qu'il n'était pas l'employeur de Lesley Cluff;
5. Le Tribunal des droits de la personne n'a pas exercé sa compétence en n'abordant pas la question des incidences du contexte lié à l'emploi des activités de l'auteur présumé du harcèlement, Michael Sage, sur la question de savoir si le harcèlement reproché était survenu «dans le cadre de [l']emploi» ou «en matière d'emploi».

Voici le libellé des articles 2, 7 et 14 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*<sup>1</sup> (la «Loi»):

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, au principe suivant: le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement, indépendamment des considérations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne gracée ou la déficience.

7. Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, par des moyens directs ou indirects:

a) de refuser d'employer ou de continuer à employer un individu;

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. H-6.

(b) in the course of employment, to differentiate adversely in relation to an employee,  
on a prohibited ground of discrimination.

14. (1) It is a discriminatory practice,

(a) in the provision of goods, services, facilities or accommodation customarily available to the general public,

(b) in the provision of commercial premises or residential accommodation, or

(c) in matters related to employment,

to harass an individual on a prohibited ground of discrimination.

(2) Without limiting the generality of subsection (1), sexual harassment shall, for the purposes of that subsection, be deemed to be harassment on a prohibited ground of discrimination.

#### THE FACTS

The complainant was, at all times relevant to this matter, an Information Officer (IS-02 term employee) in the Communications Branch of the Department of Agriculture of the Government of Canada ("Agriculture Canada"). Her immediate supervisor was the Acting Chief of Media Relations for Agriculture Canada. Her specific area of work was the preparation of radio programmes. With the approval and support of her immediate supervisor and others in the Communications Branch, she had become active on the executive of the Eastern Canada Farm Writers Association (ECFWA). She was responsible for the organization of the ECFWA 1986 annual conference (the "Conference") and was authorized by her supervisors to carry out the organizational responsibilities during her normal working hours at Agriculture Canada so long as that work did not interfere with her normal assigned responsibilities. Her registration fee for the Conference was paid by Agriculture Canada. Since the Conference was held in Ottawa and her place of residence was in the National Capital Region, that was essentially the only expense related to her attendance.

The complainant chaired the Conference which commenced Friday, December 5, 1986. On the evening of that day, there was a buffet dinner in conjunction with the Conference.

b) de le défavoriser en cours d'emploi.

<sup>a</sup> 14. (1) Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait de harceler un individu:

a) lors de la fourniture de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement destinés au public;

<sup>b</sup> b) lors de la fourniture de locaux commerciaux ou de logements;

c) en matière d'emploi.

<sup>c</sup> (2) Pour l'application du paragraphe 1 et sans qu'en soit limitée la portée générale, le harcèlement sexuel est réputé être un harcèlement fondé sur un motif de distinction illicite.

#### LES FAITS

<sup>d</sup> La plaignante était, à l'époque en cause, agente d'information (employée IS-02 nommée pour une période déterminée) à la Direction générale des communications du ministère de l'Agriculture du gouvernement du Canada («Agriculture Canada»). Son supérieur immédiat était le chef intérimaire des relations avec les médias d'Agriculture Canada. Les fonctions spécifiques de la plaignante consistaient à préparer des programmes radiophoniques. Avec l'approbation et l'appui de son supérieur immédiat et d'autres personnes de la Direction générale des communications, elle en était venue à jouer un rôle actif au sein du conseil de direction de l'Eastern Canada Farm Writers Association (ECFWA). Elle était chargée d'organiser le congrès annuel de 1986 de l'ECFWA (le «congrès») et était autorisée par ses supérieurs à s'occuper de l'organisation du congrès pendant ses heures normales de travail à Agriculture Canada pourvu qu'elle ne néglige pas pour autant les tâches qui lui étaient normalement assignées. Agriculture Canada a payé ses frais d'inscription au congrès. Étant donné que le congrès avait lieu à Ottawa et qu'elle était domiciliée dans la région de la capitale nationale, c'était essentiellement la seule dépense liée à sa participation.

<sup>j</sup> La plaignante a présidé le congrès qui s'est ouvert le vendredi 5 décembre 1986. Le même soir, un buffet a été servi dans le cadre du congrès.

Following the buffet dinner which was held in the hotel where the Conference was taking place, the ECFWA had provided for a hospitality suite in the hotel. Part of the complainant's responsibilities as organizer and chairperson of the Conference involved hosting in the hospitality suite. Since it was anticipated that her duties would keep her at the hotel until late that night and her activities for the next day would start early in the morning, it was arranged that the complainant would stay overnight at the hotel in the bedroom portion of the hospitality suite which was separated from the rest of the suite only by an archway, not by a locking door. This arrangement for the complainant made good sense given the nature of her organizational and chairing responsibilities and given the fact that the cost of the suite was already covered in the arrangements between ECFWA and the hotel.

Activities in the hospitality suite got under way about 9:00 p.m. By sometime not long after midnight, most people had left. By about 2:00 a.m. on the Saturday morning, the complainant found herself alone in the suite with the respondent Sage, who was also an employee in the Communications Branch of Agriculture Canada (IS-05 permanent employee and therefore significantly senior to the complainant) and another male person who was a delegate at the conference from outside the Government of Canada. Since the complainant was to stay overnight in the suite, she was in a difficult position. Between 2:00 a.m. and shortly after 3:00 a.m., the acts of harassment against the complainant on the prohibited ground of sex allegedly took place.

#### ISSUES AND ANALYSIS

The principal issue before the Tribunal was whether or not the alleged acts of harassment against the complainant on a prohibited ground of discrimination took place "in the course of employment" within the meaning of section 7 of the Act or "in matters related to employment" within the meaning of section 14 of the Act.

The Tribunal stated:

None of the parties involved in this case disputed that the act of alleged sexual harassment occurred during the night of

À la suite du buffet qui a été servi dans l'hôtel où le congrès avait lieu, une suite de réception de l'hôtel était mise à la disposition des participants par l'ECFWA. Une partie des responsabilités de la plaignante, en sa qualité d'organisatrice et de présidente du congrès, consistait à s'occuper de l'accueil à la suite de réception. Comme on prévoyait que ses fonctions l'obligeraient à rester à l'hôtel tard ce soir-là et que ses activités du lendemain commenceraient tôt le matin, des dispositions avaient été prises pour que la plaignante puisse passer la nuit à l'hôtel dans la chambre de la suite de réception qui n'était séparée du reste de la suite que par une arcade, et non par une porte qui fermait à clef. Les dispositions prises au sujet de l'appelante avaient du bon sens, compte tenu de la nature de ses responsabilités d'organisatrice et de présidente et compte tenu du fait que le coût de la suite était déjà prévu dans les dispositions prises entre l'ECFWA et l'hôtel.

Les activités ont commencé vers 21 h dans la suite de réception. Peu de temps après minuit, la plupart des gens avaient quitté les lieux. Vers 2 h, le samedi matin, la plaignante s'est retrouvée seule dans la suite avec l'intimé Sage, qui était aussi un employé de la Direction générale des communications d'Agriculture Canada (employé permanent IS-05, donc d'un niveau de beaucoup supérieur à celui de la plaignante), et avec une autre personne du sexe masculin qui était un délégué provenant de l'extérieur du gouvernement du Canada. Comme la plaignante devait passer la nuit dans la suite, elle se trouvait dans une position difficile. C'est entre 2 h et peu de temps après 3 h que se seraient produits les actes de harcèlement qui auraient été commis contre la plaignante sur le fondement d'un motif illicite d'ordre sexuel.

#### QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

La principale question litigieuse qui était soumise au Tribunal était celle de savoir si les actes reprochés de harcèlement commis contre la plaignante sur le fondement d'un motif de distinction illicite étaient survenus «dans le cadre de [l']emploi» au sens de l'article 7 de la Loi ou «en matière d'emploi» au sens de l'article 14 de la Loi.

Le Tribunal déclare:

Aucune des parties concernées en l'espèce n'a contesté le fait que l'acte reproché de harcèlement sexuel est survenu la



December 5 and 6, 1986 at the hospitality suite arranged during the Annual Conference of the E.C.F.W.A. However, the almost exclusive issue of their disagreement was whether or not the complainant's activities related to that Conference were part of Lesley Cluff's employment with the respondent, Agriculture Canada. Therefore, in our view, the respondent's preliminary motion predominately [*sic*] involved the question of facts.

I agree with the Tribunal that the principal issue stated above and paraphrased in the quoted paragraph "predominately [*sic*] involved the question of facts", that is to say, turns on an interpretation of the very unique fact situation that was before the Tribunal and that I have described above. That is not to say that the principal issue is itself a question of fact.

In *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,<sup>2</sup> Robertson J.A., writing for the Court, stated [at pages 311-312]:

A finding of fact has been described as a determination that a phenomenon has happened, is, or will be happening independent of or anterior to any determination as to its legal effects; see L. L. Jaffe, *Judicial Control of Administrative Action*, Boston: Little, Brown and Company, 1965, at page 548. A question of law has been defined in many ways; see, for example, P.J. Fitzgerald, *Salmond on Jurisprudence*, 12th ed., London: Sweet & Maxwell, 1966, at page 10. Perhaps Professor Wade best describes the basis on which questions of law are readily distinguishable:

Questions of law must be distinguished from questions of fact, but this has been one of the situations where the rules have taken different forms under judicial manipulation.

The simpler and more logical doctrine has been recognised in many judgments. This is that matters of fact are the primary facts of the particular case which have to be established before the law can be applied, the 'facts which are observed by the witnesses and proved by testimony', to which should be added any facts of common knowledge of which the court will take notice without proof. Whether these facts, once established, satisfy some legal definition or requirement must be a question of law, for the question then is how to interpret and apply the law to those established facts. [See: Wade, *Administrative Law*, 6th ed. (Oxford: Clarendon Press, 1988), at pp. 938-939].

nuit du 5 au 6 décembre 1986 à la suite de réception réservée pendant la conférence annuelle de la ECFWA. Cependant, leur désaccord portait presque uniquement sur la question de savoir si les activités poursuivies par la plaignante dans le cadre de cette conférence faisaient partie des tâches de Lesley Cluff comme employée de l'intimé Agriculture Canada. En conséquence, à notre avis, la requête préliminaire de l'intimé portait principalement sur une question de faits.

Je suis d'accord avec le Tribunal pour dire que la principale question litigieuse susmentionnée qui est paraphrasée dans l'extrait qui précède «portait principalement sur une question de faits», c'est-à-dire qu'elle dépend de l'interprétation que l'on donne de la situation de fait très unique qui était soumise au Tribunal et que j'ai déjà exposée. Cela ne veut pas dire que la principale question litigieuse est elle-même une question de fait.

Dans l'arrêt *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*<sup>2</sup>, le juge d'appel Robertson, qui écrivait au nom de la Cour, a déclaré [aux pages 311 et 312]:

On a défini la conclusion de fait comme la conclusion qu'un phénomène s'est produit, se produit ou se produira indépendamment de toute détermination concernant ses effets juridiques ou antérieurement à celle-ci; voir L. L. Jaffe, *Judicial Control of Administrative Action*, Boston: Little, Brown and Company, 1965, à la page 548. La question de droit a, quant à elle, été définie de nombreuses façons; voir par exemple P.J. Fitzgerald, *Salmond on Jurisprudence*, 12<sup>e</sup> éd., London: Sweet & Maxwell, 1966, à la page 10. C'est peut-être le professeur Wade qui définit le mieux le fondement sur lequel les questions de droit se distinguent nettement des questions de fait:

[TRADUCTION] Les questions de droit doivent être différenciées des questions de fait, mais il s'agit d'un cas où les règles ont pris différentes formes en raison de la manipulation judiciaire.

Selon la doctrine plus simple et plus logique reconnue dans de nombreux jugements, les questions de fait portent sur les faits principaux de l'affaire concernée, qui doivent être établis avant que soit appliqué le droit, soit les «faits qui sont observés par les témoins et établis par les témoignages», et auxquels devraient être ajoutés tous les faits qui sont de connaissance générale et dont la cour prendra connaissance d'office. La question de savoir si ces faits, une fois établis, répondent à une définition ou exigence juridique, doit être une question de droit puisqu'il s'agit alors de déterminer la façon d'interpréter et d'appliquer le droit aux faits établis. [Voir Wade, *Administrative Law*, 6<sup>e</sup> éd. (Oxford: Clarendon Press, 1988) aux pages 938 et 939].

<sup>2</sup> [1994] 1 F.C. 298 (C.A.).

<sup>2</sup> [1994] 1 C.F. 298 (C.A.).

On the basis of the foregoing authority, I conclude that the principal issue is a question of law involving as it does the interpretation and application of the law to the facts and allegations that were before the Tribunal and that are now before me.

Having reached the conclusion that the principal question is a question of law, the following quotation from the reasons of La Forest J. in *Canada (Attorney General) v. Mossop*<sup>3</sup> succinctly states the standard of review in this matter:

The superior expertise of a human rights tribunal relates to fact-finding and adjudication in a human rights context. It does not extend to general questions of law such as the one at issue in this case. These are ultimately matters within the province of the judiciary, and involve concepts of statutory interpretation and general legal reasoning which the courts must be supposed competent to perform. The courts cannot abdicate this duty to the tribunal. They must, therefore, review the tribunal's decisions on questions of this kind on the basis of correctness, not a standard of reasonability.

In reviewing the decision of the Tribunal herein "on the basis of correctness", the following extract from the reasons of La Forest J. in *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*<sup>4</sup> is generally instructive:

The purpose of the Act is set forth in s. 2 as being to extend the laws of Canada to give effect to the principle that every individual should have an equal opportunity with other individuals to live his or her own life without being hindered by discriminatory practices based on certain prohibited grounds of discrimination, including discrimination of the ground of sex. As McIntyre J., speaking for this Court, recently explained in *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, the Act must be so interpreted as to advance the broad policy considerations underlying it. That task should not be approached in a niggardly fashion but in a manner befitting the special nature of the legislation, which he described as "not quite constitutional"; see also *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145, per Lamer J., at pp. 157-58. By this expression, it is not suggested, of course, that the Act is somehow entrenched but rather that it incorporates certain basic goals of our society. More recently still, Dickson C. J. in *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)* (the *Action Travail des Femmes* case), [1987] 1 S.C.R. 1114, emphasized that the rights enunciated in the Act must be given full recognition and effect consistent

Sur le fondement de ce précédent, je conclus que la principale question litigieuse est une question de droit, étant donné qu'elle porte sur l'interprétation et l'application du droit aux faits et aux allégations qui ont été soumis au Tribunal et qui me sont maintenant soumis.

Ayant conclu que la principale question litigieuse est une question de droit, l'extrait suivant des motifs prononcés par le juge La Forest dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Mossop*<sup>3</sup> énonce succinctement la norme d'analyse applicable en la matière:

L'expertise supérieure d'un tribunal des droits de la personne porte sur l'appréciation des faits et sur les décisions dans un contexte de droits de la personne. Cette expertise ne s'étend pas aux questions générales de droit comme celle qui est soulevée en l'espèce. Ces questions relèvent de la compétence des cours de justice et font appel à des concepts d'interprétation des lois et à un raisonnement juridique général, qui sont censés relever de la compétence des cours de justice. Ces dernières ne peuvent renoncer à ce rôle en faveur du tribunal administratif. Elles doivent donc examiner les décisions du tribunal sur des questions de ce genre du point de vue de leur justesse et non en fonction de leur caractère raisonnable.

Pour examiner la décision qu'a rendue le Tribunal en l'espèce «du point de vue de [sa] justesse», l'extrait suivant des motifs prononcés par le juge La Forest dans l'arrêt *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*<sup>4</sup> est généralement instructif:

Suivant son art. 2, la Loi a pour objet de compléter la législation canadienne en donnant effet au principe selon lequel tous ont droit à l'égalité des chances d'épanouissement, indépendamment des motifs de distinction illicites dont ceux fondés sur le sexe. Comme le juge McIntyre l'a expliqué récemment, au nom de la Cour, dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, on doit interpréter la Loi de manière à promouvoir les considérations de politique générale qui la sous-tendent. Il s'agit là d'une tâche qui devrait être abordée non pas parcimonieusement mais d'une manière qui tienne compte de la nature spéciale d'une telle loi dont le juge McIntyre a dit qu'elle «n'est pas vraiment de nature constitutionnelle»; voir également *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, le juge Lamer, aux pp. 157 et 158. Bien sûr, ce que laisse entendre cette expression n'est pas que la loi en cause est en quelque sorte enclavée dans la Constitution, mais plutôt qu'elle exprime certains objectifs fondamentaux de notre société. Plus récemment encore, dans l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* (l'arrêt *Action Travail des Femmes*),

<sup>3</sup> [1993] 1 S.C.R. 554, at p. 585.

<sup>4</sup> [1987] 2 S.C.R. 84, at pp. 89-90.

<sup>3</sup> [1993] 1 R.C.S. 554, à la p. 585.

<sup>4</sup> [1987] 2 R.C.S. 84, aux p. 89 et 90.

with the dictates of the *Interpretation Act* that statutes must be given such fair, large and liberal interpretation as will best ensure the attainment of their objects.

It is worth repeating that by its very words, the Act (s. 2) seeks "to give effect" to the principle of equal opportunity for individuals by eradicating invidious discrimination. It is not primarily aimed at punishing those who discriminate. McIntyre J. puts the same thought in these words in *O'Malley* at p. 547

The Code aims at the removal of discrimination. This is to state the obvious. Its main approach, however, is not to punish the discriminator, but rather to provide relief for the victims of discrimination. It is the result or the effect of the action complained of which is significant.

Since the Act is essentially concerned with the removal of discrimination, as opposed to punishing anti-social behaviour, it follows that the motives or intention of those who discriminate are not central to its concerns. Rather, the Act is directed to redressing socially undesirable conditions quite apart from the reasons for their existence.

In terms more specifically applicable to this matter, La Forest J. goes on, at page 92 of *Robichaud* to state:

It would appear more sensible and more consonant with the purpose of the Act to interpret the phrase "in the course of employment" as meaning work- or job-related, especially when that phrase is prefaced by the words "directly or indirectly". Interestingly, in adding "physical handicap" as a prohibited ground of discrimination in the workplace (s. 3), the phrase used is "in matters related to employment".

Any doubt that might exist on the point is completely removed by the nature of the remedies provided to effect the principles and policies set forth in the Act. This is all the more significant because the Act, we saw, is not aimed at determining fault or punishing conduct. It is remedial. Its aim is to identify and eliminate discrimination. If this is to be done, then the remedies must be effective, consistent with the "almost constitutional" nature of the rights protected.

Against the authority of *Robichaud*, the Tribunal established for itself the following criteria to determine whether or not the alleged act or acts of sexual harassment took place in the course of employment (and, presumably, in matters related to employment) of the complainant:

[1987] 1 R.C.S. 1114, le juge en chef Dickson a souligné la nécessité de reconnaître et de donner effet pleinement aux droits énoncés dans ladite loi, conformément à la *Loi d'interprétation* qui exige que les lois soient interprétées de la façon juste, large et libérale la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets.

Il vaut la peine de répéter que, de par son texte même, la Loi (à l'art. 2) vise à «donner effet» au principe de l'égalité des chances pour tous en supprimant les distinctions injustes. Son but premier n'est pas de punir ceux qui pratiquent la discrimination. À la page 547 de l'arrêt *O'Malley*, le juge McIntyre exprime la même idée en ces termes:

Le Code vise la suppression de la discrimination. C'est là l'évidence. Toutefois, sa façon principale de procéder consiste non pas à punir l'auteur de la discrimination, mais plutôt à offrir une voie de recours aux victimes de la discrimination. C'est le résultat ou l'effet de la mesure dont on se plaint qui importe.

Puisque la Loi s'attache essentiellement à l'élimination de toute discrimination plutôt qu'à la punition d'une conduite antisociale, il s'ensuit que les motifs ou les intentions des auteurs d'actes discriminatoires ne constituent pas une des préoccupations majeures du législateur. Au contraire, la Loi vise à remédier à des conditions socialement peu souhaitables, et ce, sans égard aux raisons de leur existence.

D'une façon qui s'applique plus spécifiquement à la présente affaire, le juge La Forest poursuit en déclarant, à la page 92 de l'arrêt *Robichaud*:

Il semblerait plus raisonnable et plus conforme à l'objet de la Loi d'interpréter l'expression «*in the course of employment*» que l'on trouve dans le texte anglais de l'article, comme signifiant «relié aux fonctions ou à l'emploi», surtout quand cette expression est précédée par les mots «*directly or indirectly*» («directement ou indirectement»). Fait intéressant, en interdisant en milieu de travail la discrimination fondée sur «un handicap physique» (art. 3), le législateur a utilisé l'expression «en matière d'emploi».

Tout doute qui pourrait subsister à cet égard est complètement dissipé par la nature des redressements prévus pour donner effet aux principes et aux politiques énoncés dans la Loi. Cela est d'autant plus révélateur que la Loi, nous l'avons vu, ne vise pas à déterminer la faute ni à punir une conduite. Elle est de nature réparatrice. Elle vise à déceler les actes discriminatoires et à les supprimer. Pour ce faire, il faut que les redressements soient efficaces et compatibles avec la nature «quasi constitutionnelle» des droits protégés.

En tenant compte de l'arrêt *Robichaud*, le Tribunal a établi pour lui-même les critères suivants pour déterminer si l'acte ou les actes reprochés de harcèlement sexuel étaient survenus dans le cadre de l'emploi de la plaignante (ainsi que, vraisemblablement, en matière d'emploi):

An employee is in the course of employment when, within the period covered by the employment, he or she is carrying out:

- (1) activities which he or she might normally or reasonably do or be specifically authorised to do while so employed;
- (2) activities which fairly and reasonably may be said to be incidental to the employment or logically and naturally connected with it;
- (3) activities in furtherance of duties he or she owes to his or her employer; or
- (4) activities in furtherance of duties owed to the employer where the latter is exercising or could exercise control over what the employee does.

An employee is still in the course of employment when he or she is carrying out intentionally or unintentionally, authorised or unauthorised, with or without the approval of his or her employer, activities which are discriminatory under the CHRA and are in some way related or associated with the employment. However, an employee is considered to have deviated from the course of his or her employment when engaged in those activities which are not related to his or her employment or are personal in nature.

Against a standard of review of correctness, I find no error whatsoever in this statement of the criteria to be applied. However, while I reach the same result on the unique facts of this matter as the Tribunal reached, I arrive at that result for different reasons. I conclude that the Tribunal erred in applying the foregoing criteria to the facts before it and thus erred in law in determining whether the activities, generally speaking, of the complainant in relation to the organization and chairing of the ECFWA Conference were in the course of her employment or were in matters related to her employment.

The four numbered criteria are disjunctive, not conjunctive. Against the first criterion, I conclude that, generally speaking, the activities undertaken by the complainant in relation to the Conference were what she might normally or reasonably do or be authorized to do while employed in the Communications Branch of Agriculture Canada. It is true that such activities were not at the core of her role in the Communications Branch, but if she was prepared to undertake them, and her superiors were prepared to authorize or encourage her to undertake them, as clearly appeared to be the case, I have no difficulty concluding that they were normal and reasonable adjunct activities from which Agriculture Canada

l'employé agit dans le cadre de son emploi lorsque, au cours de la période visée par l'emploi, il poursuit

- (1) des activités qu'il pourrait habituellement ou raisonnablement poursuivre ou qu'il serait explicitement autorisé à poursuivre pendant cet emploi;
- (2) des activités que l'on peut raisonnablement et équitablement considérer comme des activités accessoires à l'emploi ou liées à celui-ci de façon logique et naturelle;
- (3) des activités dans le but d'accomplir ses devoirs envers son employeur;
- (4) des activités dans le but d'accomplir ses devoirs envers l'employeur, lorsque celui-ci exerce ou pourrait exercer une forme de contrôle sur ce que fait l'employé;

l'employé agit encore dans le cadre de son emploi lorsqu'il poursuit, intentionnellement ou non, avec ou sans autorisation et avec ou sans l'approbation de son employeur, des activités qui sont discriminatoires au sens de la LCDP et qui sont liées d'une façon ou d'une autre à l'emploi. Cependant, l'employé n'est plus considéré comme une personne qui agit dans le cadre de son emploi lorsqu'il poursuit des activités qui ne sont pas liées à celui-ci ou qui sont de nature personnelle.

Appliquant une norme d'analyse fondée sur la justesse, je ne vois aucune erreur dans cet énoncé des critères applicables. Cependant, bien que j'arrive au même résultat que le Tribunal compte tenu des faits uniques de la présente affaire, j'arrive à ce résultat pour des motifs différents. Je conclus que le Tribunal a commis une erreur en appliquant les critères qui précèdent aux faits qui étaient portés à sa connaissance et qu'il a par conséquent commis une erreur de droit en déterminant si, de façon générale, les activités poursuivies par la plaignante en ce qui concerne l'organisation et la présidence du congrès de l'ECFWA ont été exercées dans le cadre de son emploi ou en matière d'emploi.

Les quatre critères énumérés sont disjonctifs, et non conjonctifs. En ce qui concerne le premier critère, je conclus que, de façon générale, les activités poursuivies par la plaignante relativement au congrès étaient des activités qu'elle pouvait habituellement ou raisonnablement poursuivre ou être autorisée à poursuivre dans le cadre de son emploi à la Direction générale des communications d'Agriculture Canada. Il est vrai que les activités en question débordaient le cadre habituel des fonctions qu'elle exerçait au sein de la Direction générale des communications, mais si elle était prête à les exercer, et si ses supérieurs étaient disposés à l'autoriser et à l'encourager à les poursuivre—comme il semble de toute évidence que

could benefit and from which the complainant's career could presumably benefit. That Agriculture Canada neither controlled or even influenced ECFWA or its Conference is to my mind of no consequence. I have no doubt that Agriculture Canada stood to benefit through the volunteered contribution of the skills of one of its employees for the organizational work and chairing of the ECFWA Conference.

Against the second criterion, I reach the same conclusion. The work undertaken by the claimant may fairly and reasonably be said to be incidental to the complainant's employment in the Communications Branch of Agriculture Canada.

Whether the activities in question fall within the third and fourth criteria is of some doubt, but that is of no consequence. As I noted earlier, the criteria are disjunctive.

But that is not the end of the matter. The last sentence of the quoted criteria is of critical importance on the facts of this matter. I quote again: "However, an employee is considered to have deviated from the course of his or her employment when engaged in those activities which are not related to his or her employment or are personal in nature." Can what transpired after the hospitality suite can reasonably be inferred to have closed, what allegedly transpired in that suite, presumably behind a locked door, be said to be "not related to [the complainant's] employment" or are those activities simply on a continuum with activities that I have concluded are in the course of employment or in matters related to employment? In posing the question and concluding that I must answer it against the complainant, I am cognizant of my obligation to give to the words of the Act "such fair, large and liberal interpretation as will best ensure the attainment of [its] objects."<sup>5</sup> Further, I am in no way casting aspersions on the complainant's comportment, being critical of her conduct or suggesting that she was in any sense an author of the misfortune that she alleges befell her. Perhaps some-

<sup>5</sup> *Robichaud, supra.*

c'était le cas—je n'ai aucune hésitation à conclure qu'il s'agissait d'activités connexes normales et raisonnables qui pouvaient profiter à Agriculture Canada et qui pouvaient vraisemblablement favoriser la carrière de la plaignante. Le fait qu'Agriculture Canada n'ait ni contrôlé ni même influencé l'ECFWA ou son congrès est, à mon sens, sans importance. Je ne doute pas qu'Agriculture Canada était susceptible de profiter de la contribution volontaire de l'une de ses employés qui consacrait ses talents à l'organisation et à la présidence du congrès de l'ECFWA.

Je viens à la même conclusion en ce qui concerne le deuxième critère. On peut raisonnablement et équitablement considérer que les activités poursuivies par la plaignante étaient accessoires à son emploi au sein de la Direction générale des communications d'Agriculture Canada.

Il y a lieu de douter que les activités en question satisfassent au troisième et au quatrième critères, mais cela ne tire pas à conséquence. Ainsi que je l'ai déjà fait remarquer, les critères sont disjunctifs.

Mais ce n'est pas tout. La dernière phrase des critères précités est d'une importance critique en ce qui concerne les faits de la présente affaire. Je la cite à nouveau: «Cependant, l'employé n'est plus considéré comme une personne qui agit dans le cadre de son emploi lorsqu'il poursuit des activités qui ne sont pas liées à celui-ci ou qui sont de nature personnelle.» Peut-on affirmer que ce qui se serait produit vraisemblablement derrière une porte fermée à clef après que, selon ce qu'on peut raisonnablement inférer, la suite de réception a été fermée, n'est «pas lié . . . à [l']emploi [de la plaignante]», ou ces activités ne constituent-elles que le prolongement des activités qui, selon ce que j'ai conclu, ont été poursuivies dans le cadre de l'emploi ou en matière d'emploi? En posant la question et en concluant que je dois donner une réponse défavorable à la plaignante, je suis bien conscient de l'obligation que j'ai d'interpréter la Loi «. . . de la façon juste, large et libérale la plus propre à assurer la réalisation de [ses] objets<sup>5</sup>.» Par ailleurs, je ne dénigre nullement le comportement de la plaignante, je ne critique pas sa conduite et je ne laisse pas entendre qu'elle a été de quelque façon que ce

<sup>5</sup> Arrêt *Robichaud*, précité.

one let her down. Perhaps someone should have anticipated that she might find herself in the situation that allegedly unfolded between 2:00 a.m. and 3:00 a.m. that night, and should have taken precautions to ensure that, once the hospitality suite was closed, she would be secure in that suite that was to be her accommodation for the night. If someone failed in this respect, I conclude that it was not Agriculture Canada. At some time during the night in question, before 2:00 a.m. and at or shortly after the time the hospitality suite effectively closed, the complainant ceased to be in the course of employment or engaged in matters related to employment. To conclude otherwise would place an intolerable burden of responsibility on employers of those who travel in the course of their employment and of those who attend conferences and the like on behalf of their employers.

#### CONCLUSION AND FINAL COMMENT

On the basis of the foregoing analysis, I conclude, as did the Tribunal, but for different reasons, that the Tribunal lacked jurisdiction on the specific and unique facts before me. I have therefore dismissed this application for judicial review.

There is one further comment I feel compelled to make. Just before reaching its conclusion, the Tribunal states: "More importantly, Michael Sage was not the employer of Lesley Cluff and is, therefore, not liable under sections 7 and 14 of the CHRA which are the bases of these complaints." Recognizing that what follows is not in any way essential to my decision herein, I wish to go on record as disagreeing with this conclusion.

soit l'artisan du malheur dont elle se prétend victime. Quelqu'un l'a peut-être laissée tomber. Quelqu'un aurait peut-être dû prévoir qu'elle risquait de se retrouver dans la situation qui se serait produite entre 2 h et 3 h cette nuit-là, et aurait dû prendre des précautions pour s'assurer qu'après la fermeture de la suite de réception, elle serait en sécurité dans la suite qui devait lui servir de lieu d'hébergement pour la nuit. Si quelqu'un a manqué à cet égard, je conclus que ce n'est pas Agriculture Canada. Au cours de la nuit en question, avant 2 h et au moment où la suite de réception a effectivement été fermée ou peu de temps après, la plaignante a cessé d'agir dans le cadre de son emploi ou en matière d'emploi. Conclure autrement aurait pour effet d'imposer une responsabilité intolérable aux employeurs des personnes qui se déplacent dans le cadre de leur emploi et aux employeurs des personnes qui participent à des congrès et autres événements du genre au nom de leur employeur.

#### DISPOSITIF ET COMMENTAIRE FINAL

Sur le fondement de l'analyse qui précède, je conclus, à l'instar du Tribunal, mais pour des motifs différents, que le Tribunal n'avait pas compétence, compte tenu des faits spécifiques et uniques qui ont été portés à ma connaissance. Je rejette donc la présente demande de contrôle judiciaire.

Je m'estime obligé de faire une dernière observation. Juste avant d'arriver à sa conclusion, le Tribunal déclare: «... ce qui est encore plus important, Michael Sage n'était pas l'employeur de Lesley Cluff et n'est donc pas assujéti aux articles 7 et 14 de la LCDP, qui constituent le fondement des présentes plaintes.» Reconnaissant que ce qui suit n'est nullement essentiel à la décision que je rends en l'espèce, je tiens à préciser que je ne suis pas d'accord avec cette conclusion.

Suzanne Thibaudeau (*Applicant*)

v.

Her Majesty the Queen (*Respondent*)

*INDEXED AS: THIBAudeau v. M.N.R. (C.A.)*

Court of Appeal, Pratte, Hugessen and Létourneau JJ.A.—Québec, February 28 and March 1; Ottawa, May 3, 1994.

*Income tax — Income calculation — Application for judicial review of Tax Court decision dismissing appeal from assessment — Applicant separated custodial parent — Income Tax Act, s. 56(1)(b) requiring inclusion in income of child support payments made pursuant to divorce judgment (inclusion/deduction system) — Separated custodial parents subject to discrimination based on family status — Cannot rely on general obligation in family law to gross up maintenance payments to take account of tax consequences in Charter-based attack — Awarding of child support imprecise, discretionary — Not legitimate to look outside income tax system to correct injustice created thereby — If charge offending Charter, s. 15, logically indefensible to claim no breach because source can adjust to correct inequality.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Income Tax Act, s. 56(1)(b) requiring inclusion in income of child support payments made pursuant to judgment — Not discriminating on ground of sex — Legislation adversely affecting men and women not discriminating on ground of sex solely because women (or men) affected more numerous — Focus not on numbers, but on nature of effect — Legislation discriminating on ground of sex only when some members of one sex more adversely affected than equivalent group of opposite sex — Neither phrase “separated custodial parent” nor any of its components constituting ground analogous to those enumerated in s. 15 — Separated custodial parents subject to discrimination based on “family status” — Discrete and insular minority historically suffering prejudice and in need of protection.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Limitation clause — Income Tax Act, s. 56(1)(b), requiring inclusion in income of child support payments made pursuant to judgment, discriminating against separated custodial parents on ground of family status — Objective of inclusion/deduction system (tax subsidy*

A-1248-92

Suzanne Thibaudeau (*requérante*)

c.

<sup>a</sup>

Sa Majesté la Reine (*intimée*)

*RÉPERTORIÉ: THIBAudeau c. M.R.N. (C.A.)*

<sup>b</sup>

Cour d'appel, juges Pratte, Hugessen et Létourneau, J.C.A.—Québec, 28 février et 1<sup>er</sup> mars; Ottawa, 3 mai 1994.

<sup>c</sup>

*Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Cour de l'impôt a rejeté l'appel d'une cotisation — La requérante est un parent séparé ayant la garde des enfants — L'art. 56(1)b) de la Loi de l'impôt sur le revenu requiert l'inclusion dans le revenu de la pension alimentaire pour les enfants reçue conformément à un jugement de divorce (système inclusion-déduction) — Les parents séparés ayant la garde des enfants sont victimes d'une discrimination fondée sur la situation de famille — Dans le cadre d'une contestation fondée sur la Charte, on ne peut se fier sur l'obligation générale en droit de la famille de majorer la pension alimentaire de manière à tenir compte de ses conséquences fiscales — La détermination des pensions alimentaires pour enfants est imprécise et discrétionnaire — Il ne convient pas de chercher à l'extérieur du régime fiscal la réparation d'une injustice que ce régime a lui-même créée — Si l'obligation porte atteinte à l'art. 15 de la Charte, on ne peut logiquement soutenir qu'il n'y a aucune violation parce que la source peut être rajustée de façon à corriger l'inégalité.*

<sup>d</sup>

<sup>e</sup>

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — L'art. 56(1)b) de la Loi de l'impôt sur le revenu requiert l'inclusion dans le revenu de la pension alimentaire pour les enfants reçue conformément à un jugement de divorce — Il ne crée pas une discrimination fondée sur le sexe — La loi qui cause des effets préjudiciables aux hommes et aux femmes n'est pas discriminatoire sur le fondement du sexe uniquement parce que les personnes touchées sont en majorité des femmes (ou des hommes) — L'élément clé n'est pas le nombre, mais la nature des effets — Une disposition législative ne crée une discrimination fondée sur le sexe que si certains membres d'un sexe subissent des effets plus préjudiciables que le groupe équivalent du sexe opposé — Ni la phrase «parents séparés qui ont la garde des enfants», ni ses composantes ne constituent un motif analogue à ceux qui sont énumérés à l'art. 15 — Les parents séparés qui ont la garde de leurs enfants sont victimes de discrimination fondée sur la «situation de famille» — Ils sont une minorité discrète et isolée ayant traditionnellement été victime de préjudice et nécessitant une protection.*

<sup>f</sup>

<sup>g</sup>

<sup>h</sup>

<sup>i</sup>

<sup>j</sup>

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — L'art. 56(1)b) de la Loi de l'impôt sur le revenu, qui requiert l'inclusion dans le revenu de la pension alimentaire pour les enfants reçue conformément à un jugement, crée une discrimination à l'égard des parents séparés qui ont la garde*

A-1248-92

allowing former spouses greater financial resources than when living together, compensating in part for lost economies of maintaining single household) sufficiently important to warrant Charter breach — S. 56(1)(b) and objective rationally connected — S. 1 justification failing because system not meeting minimum impact, proportionality tests — Evidence system frequently failing to benefit those intended to benefit, usually benefitting those not in need of assistance, and containing no corrective mechanisms to remedy problem.

Judicial review — Equitable remedies — Declarations — Court asked to delay invalidity declaration to allow for amendment of legislation — Court unable to delay declaration Income Tax Act, s. 56(1)(b) invalid on application for judicial review of Tax Court decision — Could only order Tax Court dispose of appeal as Court might have done originally — Rights of individuals guaranteed by supreme law of country not suspended without very strong reasons therefor.

This was an application for judicial review of the Tax Court's dismissal of the applicant's appeal from her 1989 tax assessment. The applicant is the custodial parent of two minor children. By the terms of a divorce judgment she was awarded \$1,150 per month for the maintenance of the children. *Income Tax Act*, paragraph 56(1)(b) required the inclusion in income of any amount received pursuant to a judgment as an allowance payable on a periodic basis for the maintenance of children of the marriage, if the recipient was separated pursuant to a divorce from the spouse required to make the payment. Paragraph 60(b) permitted the applicant's former husband to deduct the maintenance payments in the computation of his income for tax purposes. Companion provisions provide for the similar inclusion and deduction of other payments of a similar nature. Before the Tax Court the applicant alleged that this system, known as the inclusion/deduction system, violated her equality rights as guaranteed by Charter, section 15. Notwithstanding its finding that the applicant had suffered a "tax cost" of \$3,705 resulting from the inclusion/deduction system, the Tax Court dismissed the appeal because the Court which had awarded maintenance payments had taken into account the effects of income tax in fixing the amount of those payments, and in any event there was a general obligation in family law to gross up maintenance payments to take account of tax consequences. The applicant claims discrimination based on a ground analogous to those enumerated in section 15. The intervenor alleges that paragraph 56(1)(b) discriminates based on sex. The group to which the applicant claims to belong is separated, custodial parents receiving maintenance payments for their children.

de leurs enfants sur le fondement de la situation de famille — L'objectif poursuivi par le système inclusion-déduction (avantage fiscal qui donne aux ex-conjoints de plus grandes ressources financières que s'ils vivaient ensemble, compensant en partie pour l'économie perdue que constitue le fait de maintenir un seul foyer) est suffisamment important pour justifier une violation de la Charte — Il existe un lien rationnel entre l'art. 56(1)(b) et son objectif — Le système n'est pas justifié au regard de l'article premier car il ne satisfait pas aux critères de l'atteinte minimale et de proportionnalité — Preuve que le système fréquemment n'arrive pas à accorder un bénéfice à ceux qu'il est censé aider, il avantage presque toujours ceux qui n'ont pas besoin d'aide, et il ne contient aucun mécanisme de correction conçu pour remédier à la situation.

Contrôle judiciaire — Recours en equity — Jugements déclaratoires — Demande à la Cour de retarder toute déclaration d'invalidité afin de permettre que des modifications soient apportées à la Loi — La Cour ne peut retarder la déclaration que l'art. 56(1)(b) de la Loi de l'impôt sur le revenu est invalide dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Cour de l'impôt — La Cour ne peut qu'ordonner que la Cour de l'impôt tranche l'appel d'une manière que cette Cour elle-même aurait pu faire initialement — Les droits des individus qui leur sont garantis par la loi suprême du pays ne peuvent être suspendus sans motifs très convaincants.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Cour de l'impôt a rejeté l'appel interjeté par la requérante à l'égard de sa cotisation d'impôt de 1989. La requérante est la mère de deux enfants mineurs dont elle a la garde. Aux termes du jugement prononçant le divorce, elle a droit à 1 150 \$ par mois pour subvenir aux besoins des enfants. L'alinéa 56(1)(b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* requiert l'inclusion dans le calcul du revenu de toute somme reçue en vertu d'un jugement à titre de pension alimentaire payable périodiquement pour subvenir aux besoins des enfants issus du mariage, si le bénéficiaire vivait séparé en vertu d'un divorce de l'ex-conjoint tenu de faire le paiement. L'alinéa 60(b) permet à l'ex-conjoint de la requérante de déduire ces mêmes sommes de son revenu aux fins de l'impôt. Des dispositions connexes prescrivent l'inclusion et la déduction semblable de paiements de nature comparable. Devant la Cour de l'impôt, la requérante a fait valoir que le système en question, appelé le système inclusion-déduction, violait ses droits à l'égalité garantis par l'article 15 de la Charte. Malgré sa conclusion que la requérante a supporté un «coût fiscal» de 3 705 \$ du fait du mécanisme inclusion-déduction, la Cour de l'impôt a rejeté l'appel parce que la Cour qui a accordé la pension alimentaire a tenu compte de l'effet de l'impôt sur le revenu dans la détermination du montant des paiements en question et que, quoi qu'il en soit, il existe en droit de la famille l'obligation générale de majorer la pension alimentaire de manière à tenir compte de ses conséquences fiscales. La requérante allègue une discrimination fondée sur un motif analogue à ceux qui sont énumérés à l'article 15. L'intervenant soutient que l'alinéa 56(1)(b) établit une discrimination fondée sur le sexe. Le groupe auquel la requérante prétend appartenir réunit les parents séparés qui ont la garde des enfants et qui sont bénéfi-



*Held* (Létourneau J.A. dissenting), the application should be allowed.

*Per* Hugessen J.A. (Pratte J.A. concurring): Paragraph 56(1)(b) is facially neutral: it does not create distinctions based on sex; it is not a colourable stratagem whose provisions can apply only to members of one sex. Legislation that adversely affects both men and women is not discriminatory on the ground of sex solely because the women (or men) affected are more numerous. Such a mechanistic approach would be likely to defeat the purposes of the Charter. It is not because more women than men are adversely affected, but because some women, no matter how small the group, are more adversely affected than the equivalent group of men, that a provision can be said to discriminate on grounds of sex. Sex differs significantly from the other grounds enumerated in section 15. There is an almost infinite number of religions, races, nationalities etc. and no two subsets within any of those categories could properly be described as opposites. There are only two sexes. One excludes the other. Women who claim that a law discriminates on the basis of sex necessarily do so because it draws a distinction based on their shared characteristic of femaleness which it does not draw for those who have the opposite characteristic of maleness. Accordingly one cannot say that an otherwise neutral rule discriminates on the basis of sex simply because it affects more members of one sex than of the other. The focus is not on numbers but on the nature of the effect—on quality rather than quantity. If legislation which adversely affects women has the same adverse effect upon men, even though their numbers may be smaller or the likelihood of their suffering less, it cannot logically be said that the ground of discrimination is sex. In each case the impact of the legislation must be weighed; it is not enough simply to count the numbers affected. Paragraph 56(1)(b) impacts adversely on more women than men because mothers are far more likely to be custodial single parents than fathers. Since, however the legislation must also impact in exactly the same way on custodial fathers, although in very much smaller numbers, it does not discriminate on the basis of sex.

Paragraph 56(1)(b) draws an intentional distinction between the applicant and others based upon her being a separated custodial parent. The qualities of being separated and a parent are “personal characteristics”. Second, the inequality created for separated custodial parents is discriminatory and imposes a burden on them not imposed on others. This may be tested by looking at each of the defining components of the group in turn. Thus a non-separated custodial parent is not required to include in income maintenance payments received from her or his spouse. A separated non-custodial parent is not required to

ciaires d'une pension alimentaire pour subvenir aux besoins de ces derniers.

*Arrêt* (le juge Létourneau, J.C.A., dissident): la demande doit être accueillie.

Le juge Hugessen, J.C.A. (aux motifs duquel a souscrit le juge Pratte, J.C.A.): L'alinéa 56(1)(b) est en apparence neutre: il ne crée aucune distinction fondée sur le sexe; il n'est pas non plus un stratagème trompeur dont les dispositions peuvent s'appliquer aux membres d'un seul sexe. La loi qui cause des effets préjudiciables à la fois aux hommes et aux femmes n'est pas discriminatoire sur le fondement du sexe uniquement parce que les personnes touchées sont en majorité des femmes (ou des hommes). Une conception aussi mécanique tendrait à saper les objectifs de la Charte. Ce n'est pas parce que plus de femmes que d'hommes subissent des effets préjudiciables, mais parce que certaines femmes, si petit que soit leur groupe, subissent des effets plus préjudiciables que le groupe d'hommes équivalent, qu'on peut dire d'une disposition qu'elle crée une discrimination fondée sur le sexe. Le sexe diffère grandement des autres motifs énumérés à l'article 15. Il existe un nombre presque infini de religions, de races, de nationalités, etc., et on ne saurait dire de ces catégories qu'elles réunissent deux sous-groupes opposés. En revanche, il n'y a que deux sexes. L'un exclut l'autre. Les femmes qui prétendent qu'une loi crée une discrimination à leur égard sur le fondement du sexe font nécessairement valoir que cette loi crée une distinction fondée sur leur caractéristique commune de qualité de femme qu'elle ne crée pas à l'égard de ceux qui possèdent les caractéristiques opposées de l'homme. Aussi, ne peut-on prétendre qu'une règle par ailleurs neutre crée une discrimination fondée sur le sexe pour la simple raison que ses effets se font sentir sur un plus grand nombre de personnes d'un sexe que de l'autre. L'élément clé n'est pas le nombre, mais la nature des effets; c'est la qualité et non la quantité qui importe. Si la loi qui entraîne des effets préjudiciables à l'égard des femmes a les mêmes effets préjudiciables à l'égard des hommes, bien que ces derniers soient moins nombreux ou qu'ils soient moins susceptibles d'en souffrir, on ne peut soutenir logiquement que la discrimination est fondée sur le sexe. Dans chaque cas, les effets de la loi doivent être soupesés; il ne suffit pas de compter le nombre de personnes touchées. L'alinéa 56(1)(b) a plus d'effets préjudiciables sur les femmes que sur les hommes, car les mères ont beaucoup plus souvent la garde de leurs enfants que les pères. Cependant, comme la loi doit également avoir les mêmes effets à l'égard des pères gardiens, bien que ceux-ci soient largement minoritaires, elle n'établit aucune discrimination fondée sur le sexe.

L'alinéa 56(1)(b) établit une distinction intentionnelle entre la requérante et d'autres personnes, fondée sur le fait qu'elle est un parent séparé ayant la garde de ses enfants. Le fait d'être séparé et d'être un parent sont des «caractéristiques personnelles». D'autre part, l'inégalité créée à l'égard des parents séparés qui ont la garde de leurs enfants est discriminatoire et impose à ceux-ci un fardeau que les autres n'ont pas. On peut le vérifier en examinant chacune des composantes déterminantes du groupe. Ainsi, un parent non séparé qui a la garde de ses enfants n'est pas tenu d'inclure dans le calcul de son

include maintenance payments in income. Separated non-parents having custody of a child, such as a grandmother, are not obliged to include in their income payments received from either or both of the child's parents. The third and last stage of the section 15 analysis is to inquire whether the personal characteristics at issue constitute grounds analogous to those enumerated. The authorities require an examination of any alleged analogous ground in the broadest context with a view to determining whether such ground has historically served or today actually serves to single out or distinguish a disadvantaged group. Neither the phrase "separated custodial parents" nor any of its components constitute a ground analogous to those enumerated in section 15. The definition of the group must have some component which is included within the alleged ground, but it is unlikely to be the ground itself. The appropriate description of the ground of discrimination to which separated custodial parents are subject would be "family status". Such status has historically been, and is still, used as a basis for stereotyping. That family status or some similar expression figures as a prohibited ground of discrimination in most human rights statutes also confirms its analogous nature to the grounds enumerated in the Charter. Separated custodial parents are a discrete and insular minority which has historically suffered prejudice and has need of protection.

While the Tax Court Judge was correct in his view that courts should take account of income tax consequences and that the Court which granted the applicant's divorce did in fact do so, he was wrong to see that as an answer to a Charter-based attack on paragraph 56(1)(b). The family law system does not always, or even usually, operate to correct the inequality created by paragraph 56(1)(b). The awarding of child support is notoriously imprecise. It is virtually impossible to rely on the family law system as a corrective to any injustice created by the inclusion/deduction system. Second, it is not legitimate to look outside the income tax system to correct an injustice which that system has created. Income tax comes after income. When the Act creates a charge, it does so on the basis that there is a source of income upon which that charge can operate. If the charge itself offends the equality provision of the Charter, it is logically indefensible to claim that there is no breach because the source can adjust to correct the inequality. If the tax is in breach of section 15, calling the family law system in aid is putting the cart before the horse.

As to the section 1 analysis, the objective of the inclusion/deduction system (a tax subsidy, allowing former spouses greater financial resources than when living together, thereby compensating in part for the lost economics of maintaining a

revenu la prestation alimentaire que le conjoint lui verse. Le parent séparé qui n'a pas garde d'enfant n'est pas tenu d'inclure cette prestation alimentaire dans le calcul de son revenu. Les personnes séparées qui ne sont pas parents et qui ont garde d'enfant, comme par exemple une grand-mère, ne sont pas tenues d'inclure dans le calcul de leur revenu les sommes reçues de l'un ou l'autre parent de l'enfant ou des deux. La troisième et dernière étape de l'analyse fondée sur l'article 15 consiste à vérifier si les caractéristiques personnelles en cause constituent des motifs analogues aux motifs énumérés. La jurisprudence commande une analyse de tout motif allégué dans le contexte le plus général, afin de déterminer si ce motif a servi dans le passé, et sert encore aujourd'hui, à réserver un traitement particulier à un groupe désavantagé ou à établir une distinction à son égard. Ni la phrase «parents séparés qui ont la garde des enfants», ni ses composantes ne constituent un motif analogue à ceux qui sont énumérés à l'article 15. La description du groupe doit contenir en elle-même une certaine composante qui se retrouve dans le motif allégué, mais il est peu probable qu'il s'agisse du motif lui-même. C'est de «situation de famille» que serait le mieux qualifié le motif de discrimination dont sont victimes les parents séparés qui ont la garde de leurs enfants. Cette situation sert depuis longtemps, et encore aujourd'hui, de fondement aux stéréotypes. Le fait que la situation de famille ou autre expression semblable figure à titre de motif de discrimination interdit dans la plupart des lois relatives aux droits de la personne permet également de confirmer sa nature analogue aux motifs énumérés dans la Charte. Les parents séparés qui ont la garde d'enfants sont une minorité discrète et isolée ayant traditionnellement été victime de préjudice et nécessitant une protection.

Bien que ce soit à juste titre que le juge de la Cour de l'impôt estimait que les tribunaux devraient tenir compte des incidences fiscales, et que la cour qui a accordé le divorce de la requérante l'a effectivement fait, il a commis une erreur en considérant qu'il s'agissait là de la solution à la contestation de l'alinéa 56(1)b fondée sur la Charte. Le régime du droit de la famille n'a pas toujours, ni même ordinairement, pour effet de corriger les inégalités créées par l'alinéa 56(1)b. La détermination des sommes affectées aux besoins des enfants est notoirement imprécise. Il est pour ainsi dire impossible de recourir au droit de la famille pour corriger toute injustice créée par le mécanisme inclusion-déduction. En outre, il ne convient pas de chercher à l'extérieur du régime fiscal la réparation d'une injustice que ce régime a lui-même créée. L'impôt sur le revenu dépend du revenu. Lorsque la Loi crée une obligation, elle le fait nécessairement sur le fondement qu'il y a une source de revenu à laquelle cette obligation peut se rattacher. Si toutefois l'obligation elle-même porte atteinte à la disposition de la Charte relative à l'égalité, on ne peut logiquement soutenir qu'il n'y a aucune violation parce que la source peut être rajustée de façon à corriger l'inégalité. Si l'impôt constitue lui-même une violation de l'article 15, recourir au régime du droit de la famille revient à mettre la charrue devant les boeufs.

Quant à l'analyse fondée sur l'article premier, l'objectif poursuivi par le système inclusion-déduction (avantage fiscal qui donne aux ex-conjoints de plus grandes ressources financières que s'ils vivaient ensemble, compensant en partie pour

single household) is sufficiently important to warrant a Charter breach. There is a rational connection between the impugned provision and the legislative objective. But as the system does not meet the minimum impact and proportionality tests, the section 1 justification failed. The material produced did not establish a measured, proportionate response to a perceived problem, but demonstrated that the inclusion/deduction system frequently fails to give any benefit at all to those whom it is allegedly designed to assist, almost always benefits those who do not need assistance, and contains no corrective or control mechanisms designed to remedy the problem. The Government failed to satisfy the burden of proving section 1 justification.

The tax disadvantage suffered by separated custodial parents was not corrected by the equivalent to married credit, the dependant tax credit, and the child tax credit, which are independent of the inclusion/deduction system. In any event, the aggregate of all such credits was less than the amount of the tax loss actually suffered by the applicant as a result of the inclusion/deduction system.

The respondent argued that if paragraph 56(1)(b) were found invalid by reason of section 15, then paragraph 60(b) must also fail. Since paragraph 60(b) was not directly in issue in these proceedings, it would be most improper to make any finding with regard to it. Other considerations could result in a court finding that the paragraph could survive a Charter attack. Paragraph 60(b) played no role in the calculation of the applicant's income or her assessment.

As to delaying the declaration of invalidity to allow time for amendments to the legislation, as this was an application for judicial review of the decision in an income tax appeal, the Court could only ultimately order that the Tax Court dispose of the applicant's appeal in a way that the Court might have done originally. The Court was dealing with the rights of individuals which are guaranteed to them by the supreme law of the country. It would take very strong reasons to justify any suspension of those rights. None was suggested. Finally, it was unlikely that this Court would have the last word on the subject.

*Per Létourneau J.A. (dissenting):* The applicant was not subject to discrimination because of her civil status or social condition. While paragraph 56(1)(b) imposes a burden on the applicant and on the class of persons to which she belongs which it does not impose on other groups with different civil status, the difference in treatment thereunder does not create inequality and is not discriminatory. The Act sets up a whole set of distinctions and differences in treatment which take into account the economic reality that is a result of the taxpayer's civil status. It is not necessarily discriminatory *per se* to treat different civil statuses differently. On the contrary, it might be discriminatory to treat different civil statuses identically, when they create different duties and responsibilities for the people in question, and which consequently demand different treat-

l'économie perdue que constitue le fait de maintenir un seul foyer) est suffisamment important pour justifier une violation de la Charte. Il existe un lien rationnel entre la disposition contestée et l'objectif législatif. Mais comme le système ne satisfait pas aux critères de l'atteinte minimale et de proportionnalité, il n'est pas justifié au regard de l'article premier. Les documents produits n'ont pas établi qu'il s'agit d'une réponse mesurée et proportionnée à un problème ressenti, mais ils ont montré que le système inclusion-déduction fréquemment n'arrive pas à accorder un bénéfice à ceux qu'il est censé aider, avantage presque toujours ceux qui n'ont pas besoin d'aide, et ne contient aucun mécanisme de correction ou de contrôle conçu pour remédier à la situation. Le gouvernement ne s'est pas acquitté de son obligation de démontrer la justification de la disposition en vertu de l'article premier.

Le désavantage fiscal subi par les parents séparés qui ont garde d'enfants n'a pas été compensé par le crédit pour l'équivalent de personne mariée, le crédit d'impôt pour personne à charge, et le crédit d'impôt pour enfant, qui sont indépendants du système inclusion-déduction. Quoi qu'il en soit, le total de tous ces crédits était inférieur au montant de l'accroissement d'impôt qu'a véritablement subi la requérante du fait du système inclusion-déduction.

L'intimée a allégué que, si l'alinéa 56(1)b) est jugé invalide en raison de l'article 15 de la Charte, l'alinéa 60b) doit également être annulé. Puisque l'alinéa 60b) n'est pas directement contesté dans la présente instance, il serait des plus inconvenant de tirer des conclusions à son égard. D'autres facteurs pourraient amener la Cour à conclure que l'alinéa survivrait à une contestation fondée sur la Charte. L'alinéa 60b) ne joue aucun rôle dans le calcul du revenu de la requérante ni dans sa cotisation.

Pour ce qui est de retarder la déclaration d'invalidité afin de permettre que des modifications soient apportées à la Loi, comme il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'un appel en matière d'impôt sur le revenu, la Cour ne peut en fin de compte qu'ordonner que la Cour de l'impôt tranche l'appel de la requérante d'une manière que cette Cour elle-même aurait pu faire initialement. Il s'agit en l'espèce des droits des individus qui leur sont garantis par la loi suprême du pays. Il faudrait des motifs très convaincants pour justifier toute suspension de ces droits. Or, aucun n'a été invoqué. Enfin, il est peu probable que cette Cour ait le dernier mot sur la question.

Le juge Létourneau, J.C.A. (*dissident*): La requérante n'a pas été victime de discrimination à cause de son état civil ou de sa condition sociale. Bien que l'alinéa 56(1)b) impose à la requérante et à la catégorie de personnes dont elle fait partie un fardeau qu'il n'impose pas à d'autres groupes de statut civil différent, cette différence de traitement n'engendre pas d'inégalité et n'est pas discriminatoire. La Loi établit toute une série de distinctions et de différences de traitement en tenant compte de la réalité économique qui découle de l'état civil du contribuable. Il n'est pas en soi nécessairement discriminatoire de traiter différemment des états civils différents. Au contraire, il pourrait être discriminatoire de traiter d'une manière identique des états civils différents qui entraînent pour leurs titulaires des obligations et des responsabilités différentes et qui, par consé-

ment in social, political, economic and legal terms. It is necessary to examine the general context surrounding the Act to determine whether there is discrimination. The difference in treatment is not based on civil status (a ground that is analogous to those listed in section 15), but results from the different physical constraints and duties that fall upon taxpayers who live in different economic situations because of their different personal statuses. When read and taken literally in isolation, the measure may appear discriminatory, but it is not when it is placed in its socio-economic and socio-political context and the goal in mind is taken into account. This action questions the constitutional validity of a legislative measure designed to remedy the disadvantaged situation in which the applicant's group was placed before. It also questions the standard of effectiveness that such a measure must meet if it is to be constitutionally valid. The beneficiaries of the inclusion/deduction system are mostly women, a majority of whom, particularly of low-income women, receive an advantage and a benefit from the income-splitting permitted by the system. Paragraph 56(1)(b) therefore produces a beneficial effect in a majority of cases and helps to partially remedy the inequalities suffered by this group of taxpayers in the past. The remedy created by paragraph 56(1)(b) treats the applicant and the people in her group differently from other taxpayers because of their different social, political and economic circumstances which are the result of their different civil status, and despite its imperfections is not discriminatory.

The applicant argued that divorced women have a unique social condition because of their income and level of education and are in a disadvantaged position in society. The argument that the discrimination of which she was a victim was based on social condition was without merit. The applicant described the social condition in which she and the members of her group find themselves, or the result of discrimination, not the cause. There was no evidence that the alleged discrimination was dictated by the applicant's social condition. On the contrary, the legislative provision was designed to remedy the social condition in which taxpayers in her group find themselves because of divorce or separation as a result of the breakdown of the marriage.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 15(1).  
*Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q. 1977, c. C-12, s. 10 (as am. by S.Q. 1982, c. 61, s. 3).  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(3) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).  
*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 56(1)(b), 60(b), 63 (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 33; 1976-77, c. 4, s. 21; 1980-81-82-83, c. 109, s. 19; 1984, c. 1, s. 25; c. 45, s. 22; 1988, c. 55, s. 39; 1990, c. 39, s.

quent, commandent des traitements différents au plan social, politique, économique et juridique. Il faut examiner le contexte général qui entoure la Loi pour déterminer si une discrimination existe. La différence de traitement n'est pas fondée sur l'état civil (un motif analogue à ceux énumérés à l'article 15), mais résulte plutôt des contraintes et des obligations matérielles différentes qui échoient à des contribuables qui vivent une réalité économique différente à cause de leur statut personnel différent. Lue et prise littéralement et isolément, la mesure peut apparaître discriminatoire, mais elle ne l'est pas lorsqu'on la replace dans son contexte socio-économique et socio-politique et que l'on tient compte de la finalité recherchée. Le présent litige met en cause la validité constitutionnelle d'une mesure législative correctrice d'une situation désavantageuse vécue jadis par le groupe de la requérante. Il soulève également le niveau d'efficacité requis d'une telle mesure pour assurer sa validité constitutionnelle. Les bénéficiaires du système inclusion-déduction sont en très grande majorité des femmes et une majorité de celles-ci, particulièrement celles à faible revenu, tirent un avantage et un bénéfice du fractionnement du revenu permis par le système. L'alinéa 56(1)(b) produit donc un effet bénéfique dans la majorité des cas et contribue à redresser en partie les inégalités subies dans le passé par ce groupe de contribuables. La mesure correctrice de l'alinéa 56(1)(b) traite la requérante, ainsi que les personnes de son groupe, différemment des autres contribuables à cause de leur réalité sociale, politique et économique différente engendrée par leur état civil différent et, malgré ses imperfections, cette mesure n'est pas discriminatoire.

La requérante prétend que les femmes divorcées ont une condition sociale particulière à cause de leur revenu et de leur niveau d'éducation, et se retrouvent dans une position défavorisée dans la société. La prétention que la discrimination dont elle souffre est fondée sur la condition sociale est sans mérite. La requérante a décrit la condition sociale dans laquelle elle se retrouve avec les membres de son groupe, ou le résultat d'une discrimination, et non la cause. Il n'existe aucune preuve qui établisse que la supposée discrimination soit de quelque façon dictée par la condition sociale de la requérante. Au contraire, la disposition législative vise à remédier à la condition sociale dans laquelle les contribuables de son groupe se retrouvent au cas de divorce ou de séparation par suite de l'éclatement du mariage.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 15(1).  
*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. 1977, ch. C-12, art. 10 (mod. par L.Q. 1982, ch. 61, art. 3).  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 56(1)(b), 60(b), 63 (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 33; 1976-77, ch. 4, art. 21; 1980-81-82-83, ch. 109, art. 19; 1984, ch. 1, art. 25; ch. 45, art. 22; 1988, ch. 55, art. 39; 1990, ch. 39, art. 13), 70(6) (mod. par S.C. 1973-74, ch. 14, art. 19; 1974-75-76, ch. 26, art.

13), 70(6) (as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 19; 1974-75-76, c. 26, s. 38; 1985, c. 45, s. 33), 73 (as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 20.1; 1977-78, c. 32, s. 14; 1980-81-82-83, c. 48, s. 39; c. 140, s. 41; 1985, c. 45, s. 35; 1986, c. 6, s. 36; 1988, c. 55, s. 51), 74.1(2) (as am. by S.C. 1986, c. 55, s. 17), 118(1)(a) (as am. by S.C. 1988, c. 55, s. 92), (b) (as am. *idem*), (d) (as am. *idem*), 118.8 (as enacted *idem*), 122.2 (as enacted by S.C. 1978-79, c. 5, s. 4; as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 65; 1988, c. 55, s. 97), 146(16)(b) (as am. by S.C. 1990, c. 35, s. 13), 171(1) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 158, s. 58, item 2), 251 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 129; 1988, c. 55, s. 190).

*Tax Court of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. T-2, s. 18.28 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 51, s. 5).

38; 1985, ch. 45, art. 33), 73 (mod. par S.C. 1973-74, ch. 14, art. 20.1; 1977-78, ch. 32, art. 14; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 39; ch. 140, art. 41; 1985, ch. 45, art. 35; 1986, ch. 6, art. 36; 1988, ch. 55, art. 51), 74.1(2) (mod. par L.C. 1986, ch. 55, art. 17), 118(1)(a) (mod. par L.C. 1988, ch. 55, art. 92), (b) (mod. *idem*), (d) (mod. *idem*), 118.8 (édicte *idem*), 122.2 (édicte par S.C. 1978-79, ch. 5, art. 4; mod. par S.C. 1984, ch. 1, art. 65; 1988, ch. 55, art. 97), 146(16)(b) (mod. par L.C. 1990, ch. 35, art. 13), 171(1) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 158, art. 58, n° 2), 251 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 129; 1988, ch. 55, art. 190).

*Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.R.C. (1985), ch. T-2, art. 18.28 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 51, art. 5).

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(3) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 14 O.A.C. 335; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; (1991), 75 O.R. (2d) 388; 71 D.L.R. (4th) 551; 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 39 C.R.R. 306; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115; *Gagnon v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 264; (1986), 25 D.L.R. (4th) 481; [1986] 1 CTC 410; 86 DTC 6179; 65 N.R. 321; 1 R.F.L. (3d) 113.

## CONSIDERED:

*Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; (1988), 53 D.L.R. (4th) 609; 10 C.H.R.R. D/5515; 88 CLLC 17,031; *Foucher c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.J.Q. 703 (S.C.); *Schachtschneider v. Canada*, [1994] 1 F.C. 40 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; (1992), 99 D.L.R. (4th) 456; [1993] 1 W.W.R. 481; 81 Man. R. (2d) 161; 30 W.A.C. 161.

## AUTHORS CITED

Canada. Department of Justice. Bureau of Review. *Evaluation of the Divorce Act—Phase II: Monitoring and Evaluation*, Ottawa: Queen's Printer, 1990.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 14 O.A.C. 335; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; (1991), 75 O.R. (2d) 388; 71 D.L.R. (4th) 551; 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 39 C.R.R. 306; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115; *Gagnon c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 264; (1986), 25 D.L.R. (4th) 481; [1986] 1 CTC 410; 86 DTC 6179; 65 N.R. 321; 1 R.F.L. (3d) 113.

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; (1988), 53 D.L.R. (4th) 609; 10 C.H.R.R. D/5515; 88 CLLC 17,031; *Foucher c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.J.Q. 703 (C.S.); *Schachtschneider c. Canada*, [1994] 1 C.F. 40 (C.A.).

## DÉCISION CITÉE:

*Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; (1992), 99 D.L.R. (4th) 456; [1993] 1 W.W.R. 481; 81 Man. R. (2d) 161; 30 W.A.C. 161.

## DOCTRINE

Canada. Ministère de la Justice. Bureau de l'examen. *Évaluation de la Loi sur le divorce: Étape II: Contrôle et évaluation*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1990.

Canada. Report of the Federal/Provincial/Territorial Family Law Committee. *The Financial Implications of Child Support Guidelines: Research Report*, May 1992. *Dictionnaire de droit privé et Lexiques bilingues*, 2e éd., Cowansville (Québec): Éditions Yvon Blais, 1991, "civil status".

Durnford, J. W. and S. J. Toope. "Spousal Support in Family Law and Alimony in the Law of Taxation" (1994), 42 *Can. Tax J.* 1.

*Petit Larousse illustré*, Paris: Librairie Larousse, 1984, "état civil" (civil status).

*Vocabulaire juridique*, publié sous la direction de Gérard Cornu, 2e éd., Presses Universitaires de France, Paris 1990, "état civil" (civil status).

Zweibel, Ellen B. and Richard Shillington. *Child Support Policy: Income Tax Treatment and Child Support Guidelines*, Toronto: The Policy Research Centre on Children, Youth and Families, 1993.

Canada. Rapport du Comité fédéral/provincial/territorial sur le droit de la famille. *Les incidences économiques des règles de fixation des pensions alimentaires pour enfants: rapport de recherche* mai 1992.

*Dictionnaire de droit privé et Lexiques bilingues*, 2e éd., Cowansville (Québec): Éditions Yvon Blais, 1991, «état civil».

Durnford, J. W. and S. J. Toope. «Spousal Support in Family Law and Alimony in the Law of Taxation» (1994), 42 *Can. Tax J.* 1.

*Petit Larousse illustré*, Paris: Librairie Larousse, 1984, «état civil».

*Vocabulaire juridique*, publié sous la direction de Gérard Cornu, 2e éd., Presses Universitaires de France, Paris 1990, «état civil».

Zweibel, Ellen B. and Richard Shillington. *Child Support Policy: Income Tax Treatment and Child Support Guidelines*, Toronto: The Policy Research Centre on Children, Youth and Families, 1993.

APPLICATION for judicial review of the Tax Court's dismissal of the applicant's appeal of her 1989 tax assessment (*Thibaudeau, S. v. M.N.R.* (1992), 92 DTC 2111 (Eng.); 92 DTC 2098 (Fr.)). Appeal allowed.

COUNSEL:

*Michel C. Bernier and Richard Bourgault* for appellant.

*Guy Laperriere and Carole Johnson* for respondent.

*Mary Eberts and Steve Tenai* for intervenor Support and Custody Orders for Priority Enforcement (SCOPE).

SOLICITORS:

*Bernier, Beaudry, Sainte-Foy, Quebec* for applicant.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto*, for intervenor Support and Custody Orders for Priority Enforcement (SCOPE).

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

HUGESSEN J.A.: This is an application for judicial review of a reported decision<sup>1</sup> of the Tax Court of Canada dismissing the applicant's appeal from her 1989 tax assessment. Since the appeal in the Tax

<sup>1</sup> (1992), 92 DTC 2111 (T.C.C.).

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Cour de l'impôt a rejeté l'appel de la requérante de sa cotisation d'impôt de 1989 (*Thibaudeau, S. c. M.N.R.* (1992), 92 DTC 2111 (angl.); 92 DTC 2098 (fr.)). Appel accueilli.

AVOCATS:

*Michel C. Bernier et Richard Bourgault* pour la requérante.

*Guy Laperriere et Carole Johnson* pour l'intimée.

*Mary Eberts et Steve Tenai* pour l'intervenant Support and Custody Orders for Priority Enforcement (SCOPE).

PROCUREURS:

*Bernier, Beaudry, Sainte-Foy, Québec* pour la requérante.

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimée.

*Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto*, pour l'intervenant Support and Custody Orders for Priority Enforcement (SCOPE).

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

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: La présente demande de contrôle judiciaire vise une décision publiée de la Cour canadienne de l'impôt<sup>1</sup>, qui a rejeté l'appel interjeté par la requérante à l'égard de sa cotisation

<sup>1</sup> (1992), 92 DTC 2098 (C.C.I.).

Court was governed by that Court's "informal procedure" the only recourse is by means of judicial review.<sup>2</sup>

The applicant is a mother of two minor children of which she has custody. By the terms of the judgment granting the divorce between her and her former husband, the children's father, she was awarded no alimentary allowance for herself (she is gainfully but fairly modestly employed) but was awarded the sum of \$1,150 per month for the maintenance of the children.

Under the provisions of the *Income Tax Act*<sup>3</sup> the payment received by the applicant for the maintenance of her children was required to be included in her income. Paragraph 56(1)(b), as it applied to the 1989 taxation year, required the inclusion in income of:

56. (1) . . .

(b) any amount received by the taxpayer in the year, pursuant to a decree, order or judgment of a competent tribunal or pursuant to a written agreement, as alimony or other allowance payable on a periodic basis for the maintenance of the recipient thereof, children of the marriage, or both the recipient and children of the marriage, if the recipient was living apart from, and was separated pursuant to a divorce, judicial separation or written separation agreement from, the spouse or former spouse required to make the payment at the time the payment was received and throughout the remainder of the year.

If it were not for this text such alimony would not otherwise be taxable in the hands of the recipient under the general charging sections of the Act.

A counterpart to this provision, paragraph 60(b), permitted the applicant's former husband to deduct those same maintenance payments in the computation of his income for tax purposes. Companion provisions provide for the similar inclusion and deduction of other payments of a similar nature, for example those made by and to the respective parents of chil-

<sup>2</sup> No issue was taken in this Court as to the possible impact of s. 18.28 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 51, s. 5] of the *Tax Court of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. T-2, as amended, which provides that a judgment rendered under the informal procedure "shall not be treated as a precedent for any other case."

<sup>3</sup> S.C. 1970-71-72, c. 63, as amended.

d'impôt de 1989. L'appel en question étant régi par la «procédure informelle» de la Cour de l'impôt, le seul recours ouvert est le contrôle judiciaire<sup>2</sup>.

a La requérante est la mère de deux enfants mineurs dont elle a la garde. Aux termes du jugement prononçant le divorce entre elle et son ex-conjoint, le père des enfants, elle n'a droit à aucune pension alimentaire pour elle-même (elle détient un emploi rémunéré, quoique passablement modeste), mais elle a droit à 1 150 \$ par mois pour subvenir aux besoins des enfants.

c Conformément aux dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*<sup>3</sup>, la somme reçue par la requérante pour subvenir aux besoins de ses enfants devait être incluse dans le calcul de son revenu. L'alinéa 56(1)b), tel qu'il s'appliquait lors de l'année d'imposition 1989, requérait en effet l'inclusion dans le calcul du revenu de:

56. (1) . . .

b) toute somme reçue dans l'année par le contribuable, en vertu d'un arrêt, d'une ordonnance ou d'un jugement rendu par un tribunal compétent ou en vertu d'un accord écrit, à titre de pension alimentaire ou autre allocation payable périodiquement pour subvenir aux besoins du bénéficiaire, des enfants issus du mariage ou à la fois du bénéficiaire et des enfants issus du mariage, si le bénéficiaire vivait séparé en vertu d'un divorce, d'une séparation judiciaire ou d'un accord écrit de séparation du conjoint ou de l'ex-conjoint tenu de faire le paiement, à la date où le paiement a été reçu et durant le reste de l'année.

N'eût été cette disposition, la pension alimentaire n'aurait pas été par ailleurs imposable entre les mains du bénéficiaire en vertu des dispositions générales de la Loi qui créent une obligation fiscale.

Cette disposition trouve sa contrepartie à l'alinéa 60b), qui permettait à l'ex-conjoint de la requérante de déduire ces mêmes sommes de son revenu aux fins de l'impôt. Des dispositions connexes prescrivent l'inclusion et la déduction semblable de paiements de nature comparable, notamment ceux effectués aux parents ou par les parents dont les enfants

<sup>2</sup> Aucune contestation n'a été formulée devant cette Cour quant à l'effet possible de l'art. 18.28 [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 51, art. 5] de la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.R.C. (1985), ch. T-2, modifiée, qui prévoit que les jugements rendus sous le régime de la procédure informelle «ne constituent pas des précédents jurisprudentiels».

<sup>3</sup> S.C. 1970-71-72, ch. 63, telle que modifiée.

dren born out of wedlock. The whole system is frequently referred to compendiously as the inclusion/deduction system.

Before the Tax Court the applicant's claim was in essence that the inclusion/deduction system violated her equality rights as guaranteed by subsection 15(1) of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

The Tax Court Judge dismissed that claim. Although there was little or no evidence before him on the point, he was prepared to take judicial notice of the fact that "the appellant is part of a group of which the great majority is separated or divorced women, who have a certain degree of financial self-sufficiency (in that they receive no alimony for themselves), who have custody of their children and who receive taxable alimony from their spouse for the benefit of the children."<sup>4</sup>

(It may be noted in passing that, as a result of the intervention by SCOPE, the absence of evidence which was remarked on by the Tax Court Judge has been more than amply remedied in this Court. Despite its great volume, however, the evidence does little more than confirm what the Tax Court Judge found as fact on this point.)

The Tax Court Judge then went on to say (at page 2118):

This group of people described earlier, of whom the appellant is one, is entitled, in my opinion, because of certain personal characteristics, to the guarantee set out in section 15 of the Charter, which prohibits all forms of discrimination based on the stated grounds or on analogous grounds.

The Tax Court Judge further found as a fact [at page 2120] that "the essential elements of the manner in which the tax impact on the appellant of including

sont nés hors des liens du mariage. L'ensemble de ces règles est fréquemment appelé succinctement le système inclusion-déduction.

Devant la Cour de l'impôt, la requérante a essentiellement fait valoir que le système en question violait ses droits à l'égalité garantis par le paragraphe 15(1) de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Le juge de la Cour de l'impôt a rejeté cette prétention. Bien que peu ou pas de preuve lui ait été soumise sur ce point, il était disposé à prendre connaissance d'office du fait que «l'appelante fait partie d'un groupe composé en très large majorité de femmes qui sont soit séparées ou divorcées, qui ont une certaine autonomie financière (ne recevant pas de pension pour elles-mêmes), qui ont la garde de leurs enfants et qui reçoivent une pension alimentaire imposable de leur conjoint ou ex-conjoint pour le bénéfice des enfants»<sup>4</sup>.

(Il convient de souligner en passant que, grâce à l'intervention de SCOPE, il a été plus qu'amplement remédié devant notre Cour à l'absence de preuve que le juge de la Cour de l'impôt a remarquée. En dépit de son volume considérable, la preuve ne fait toutefois guère plus que confirmer les conclusions de fait du juge de la Cour de l'impôt sur ce point.)

Le juge de la Cour de l'impôt a ensuite ajouté (à la page 2106):

Ce groupe de personnes ci-dessus décrit,—dont fait partie l'appelante—à cause de certaines caractéristiques personnelles ont droit à mon avis à la garantie dont traite l'article 15 de la Charte qui prohibe toute discrimination fondée sur les motifs qui y sont mentionnés ou sur des motifs analogues.

Le juge de la Cour de l'impôt a en outre conclu [à la page 2107] que «dans ses éléments essentiels la façon . . . de calculer l'impact fiscal pour l'appelante

<sup>4</sup> At p. 2118.

<sup>4</sup> À la p. 2105.



the alimony in her income” were “substantially” as they had been suggested by the expert witness Mr. Drouin, namely that in the year 1989, the applicant had suffered a “tax cost” of \$3,705<sup>5</sup> resulting from the inclusion/deduction system.

Notwithstanding those findings, the Tax Court Judge dismissed the applicant’s appeal because he was of the view that the Court which had awarded maintenance payments to the applicant had in fact taken account of the effects of income tax in fixing the amount of those payments and that there was, in any event, a general obligation in family law to gross-up maintenance payments to take account of tax consequences. He concluded (at page 2121):

I therefore conclude that, if the court takes into account the tax consequences on both the payer and the recipient of the alimony in determining the amount of the alimony to be paid for the support of the children, the parent who receives the alimony suffers no prejudice even if he or she must include those payments in his or her income. If a trial court fails to consider the tax consequences or assesses them incorrectly, the party concerned should exercise his or her right of appeal to obtain the adjustment to which he or she is entitled. Obviously, where there is an agreement between the parties, the party who receives the alimony must satisfy himself or herself that the alimony is grossed-up to a fair level, in cases where that alimony is taxable, of course. As a corollary arising from the propositions set out in the present paragraph, it is correct to say that the recipient of the alimony for the maintenance of the children is in turn entitled to take into account the tax implications following the receipt of such alimony and to withhold from the total amount of the alimony the appropriate portion of this amount which represents the additional income tax that he or she must pay by reason of the inclusion of the alimony payments in his or her income.

After proceedings in judicial review had been launched in this Court, and indeed after the date for hearing had been set, an application to intervene was made by “Support and Custody Orders for Priority Enforcement” (SCOPE), an interest group. Leave to intervene was granted and SCOPE duly filed a memorandum and voluminous materials to which reference has already been made.

<sup>5</sup> Reduced to \$2,500 after taking account of the gross-up.

résultant de l’inclusion de la pension alimentaire dans son revenu» était «substantiellement» celle qu’a mentionnée le témoin expert Drouin, notamment qu’au cours de l’année 1989, la requérante avait supporté un «coût fiscal» de 3 705 \$<sup>5</sup> du fait du mécanisme inclusion-déduction.

Malgré ces conclusions, le juge de la Cour de l’impôt a rejeté l’appel de la requérante parce qu’il était d’avis que la Cour qui avait accordé la pension alimentaire à la requérante avait en fait tenu compte de l’effet de l’impôt sur le revenu dans la détermination du montant des paiements en question et que, quoi qu’il en soit, il existait en droit de la famille l’obligation générale de majorer la pension alimentaire de manière à tenir compte de ses conséquences fiscales. Il a conclu ainsi (aux pages 2108 et 2109):

J’en viens donc à la conclusion que si dans la détermination du montant de la pension alimentaire qui est versée pour subvenir aux besoins des enfants le tribunal prend en compte l’incidence fiscale aussi bien pour le payeur que pour la personne qui reçoit la pension alimentaire, le parent qui reçoit cette pension ne subit pas de préjudice même s’il doit inclure cette pension dans son revenu. Si un tribunal de première instance omet de considérer l’impact fiscal ou encore l’évalue incorrectement, la partie concernée devrait se prévaloir de son droit d’appel pour obtenir le redressement auquel elle a droit. Il va de soi que si le montant de la pension est établi par un accord écrit des parties, la partie qui reçoit la pension alimentaire doit s’assurer de la majoration de cette pension à un juste niveau dans les cas, bien entendu, où cette pension est imposable. Comme corollaire des propositions énoncées dans le présent paragraphe, il semble juste de dire que la personne qui reçoit la pension alimentaire pour subvenir aux besoins des enfants a, de son côté, droit de tenir compte de l’impact fiscal découlant de la réception de la pension alimentaire et de retenir sur le montant de la pension qui lui fut versée, la partie appropriée de ce montant qui représente l’impôt additionnel sur le revenu qu’elle devra acquitter par suite de l’inclusion de cette pension dans son revenu.

Une fois l’instance de contrôle judiciaire introduite devant cette Cour, et en vérité après que la date de l’audition eut été fixée, une demande d’intervention a été présentée par le groupe d’intérêt «Support and Custody Orders for Priority Enforcement» (SCOPE). L’autorisation d’intervenir a été accordée, et SCOPE a déposé en temps opportun un exposé et de nombreux documents, qui ont déjà été mentionnés.

<sup>5</sup> Réduit à 2 500 \$ après qu’on eut pris en considération la majoration.

The grounds of discrimination alleged by the applicant and by the intervenor are different. The intervenor claims that paragraph 56(1)(b) discriminates, and that the applicant is a member of a group that suffers discrimination, on the grounds of sex. The applicant on the other hand makes a different claim. In her notice of appeal to the Tax Court of Canada she alleges:

3. . . .

- (f) The provisions of the above-cited sections of the Act cause an injustice and an inequality before the Act affecting the taxpayer solely on the ground of her status as a "spouse" or "former spouse" or "parent", a person having the custody of children for whose benefit alimony is paid, as compared with all other persons having custody of children receiving alimony;
- (g) The provisions of the above-cited sections of the Act cause an injustice and inequality of taxation affecting the taxpayer as compared with say other taxpayer whose children receive income which is not alimony . . . . [Notice of appeal, respondent's factum, at p. 5.]

I read those allegations as a claim of discrimination based on a ground analogous to those enumerated in section 15 of the Charter. The group to which the applicant claims to belong and which suffers discrimination can, I think, fairly be described as separated<sup>6</sup> custodial parents receiving maintenance payments for their children.

It is convenient to examine these grounds separately.

The intervenor's claim of discrimination on the ground of sex requires a consideration of the recent decision of the Supreme Court of Canada in *Symes*.<sup>7</sup> In that case the Court had to deal with an attack on the child care allowance provided by section 63 of the *Income Tax Act*. The attack was based on a section 15 claim of discrimination on the grounds of sex. Iacobucci J., writing for the majority, concluded that the claim failed because it had not been shown that section 63 created a distinction on the basis of sex. That finding was made as a result of the first step of the three-stage analysis mandated for section 15

<sup>6</sup> I use the word "separated" in these reasons as including those who are divorced.

<sup>7</sup> *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695.

La discrimination alléguée par la requérante et celle invoquée par l'intervenant sont fondées sur des motifs différents. L'intervenant soutient que l'alinéa 56(1)(b) établit une discrimination, et que la requérante fait partie d'un groupe victime de discrimination fondée sur le sexe. La prétention de la requérante est différente. Dans son avis d'appel à la Cour canadienne de l'impôt, elle allègue ceci:

3. . . .

- f) Les dispositions des articles précités de la Loi créent envers le contribuable [sic] une injustice et une inégalité devant la Loi au seul motif de son statut de «conjoint» ou «d'ex-conjoint» ou de «parent», gardien d'enfants au bénéfice desquels est payée une pension alimentaire par rapport à tous autres gardiens d'enfants bénéficiaires d'une pension alimentaire;
- g) Les dispositions des articles précités de la Loi créent envers le contribuable une injustice et une inégalité d'imposition par rapport à tout autre contribuable dont les enfants bénéficient de revenus qui ne sont pas une «pension alimentaire»; [Avis d'appel, dossier de l'intimée, à la p. 5.]

À mon sens, il s'agit là d'allégations d'une discrimination fondée sur des motifs analogues à ceux qui sont énumérés à l'article 15 de la Charte. Le groupe auquel la requérante prétend appartenir et qui est victime de discrimination peut, j'estime, être à juste titre décrit comme réunissant les parents séparés<sup>6</sup> qui ont la garde des enfants et qui sont bénéficiaires d'une pension alimentaire pour subvenir aux besoins de ces derniers.

Il convient d'examiner ces motifs de discrimination séparément.

L'allégation de l'intervenant, portant qu'il y a discrimination fondée sur le sexe, commande l'examen de l'arrêt *Symes*, rendu récemment par la Cour suprême du Canada<sup>7</sup>. Dans cette affaire, la Cour devait se prononcer sur la contestation de l'allocation pour garde d'enfants prévue à l'article 63 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La contestation reposait sur une allégation de discrimination fondée sur le sexe au sens de l'article 15. S'exprimant au nom de la majorité, le juge Iacobucci a rejeté la prétention parce qu'il n'avait pas été démontré que l'article 63 créait une distinction fondée sur le sexe. Il a tiré cette con-

<sup>6</sup> Le terme «séparé» que j'utilise dans mes motifs englobe les personnes divorcées.

<sup>7</sup> *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695.

claims by *Andrews*<sup>8</sup> and *Swain*<sup>9</sup> which Iacobucci J. summarized as follows (at page 761):

First, it must be determined whether s. 63 establishes an inequality: does s. 63 draw a distinction (intentionally or otherwise) between the appellant and others, based upon a personal characteristic? Second, if an inequality is found, it must be determined whether the inequality results in discrimination: does the distinction drawn by s. 63 have the effect of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to opportunities, benefits and advantages available to others? Finally, assuming that both an inequality and discrimination can be found, it must be determined whether the personal characteristic at issue constitutes either an enumerated or analogous ground for the purposes of s. 15(1) of the *Charter*.

Paragraph 56(1)(b) of the *Income Tax Act*, which is under attack here, like section 63 [as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 33; 1976-77, c. 4, s. 21; 1980-81-82-83, c. 109, s. 19; 1984, c. 1, s. 25; c. 45, s. 22; 1988, c. 55, s. 39; 1990, c. 39, s. 13], is facially neutral: it does not, either in terms or by necessary implication, create distinctions based on sex; it is not a colourable stratagem whose provisions can, in fact, and despite the neutrality of the language, apply only to members of one sex (as would be the case, for example, in a text creating a distinction based upon being pregnant or having prostate cancer). That was not the end of the matter for Iacobucci J., however, and he went on to undertake a detailed “adverse effects” analysis of the impugned provision. Such an analysis is, of course, necessary to see if the law creates an indirect or unintentional distinction based on sex. It would also be appropriate in a case where it was alleged that the officials charged with administering the law did so in a discriminatory manner, although that was not suggested either in *Symes* or in the present case.

Sex was the only personal characteristic in issue in *Symes* and there was no claim based on any other enumerated or analogous ground.

<sup>8</sup> *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143.

<sup>9</sup> *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933.

clusion après avoir franchi la première étape de l’analyse à trois volets requise par les arrêts *Andrews*<sup>8</sup> et *Swain*<sup>9</sup> dans les contestations fondées sur l’article 15, que le juge Iacobucci a résumée ainsi (à la page 761):

Premièrement, il faut déterminer si l’art. 63 crée une inégalité: l’art. 63 établit-il (intentionnellement ou non) une distinction entre l’appelante et d’autres personnes, qui est fondée sur des caractéristiques personnelles? Deuxièmement, s’il y a inégalité, la Cour doit déterminer si cette inégalité donne lieu à une discrimination: la distinction établie par l’art. 63 a-t-elle pour effet d’imposer des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d’autres ou d’empêcher ou de restreindre l’accès à des possibilités, bénéfices et avantages offerts à d’autres? Enfin, s’il y a à la fois inégalité et discrimination, il faut déterminer, aux fins du par. 15(1) de la *Charte*, si la caractéristique personnelle en cause est un motif énuméré ou un motif analogue.

À l’instar de l’article 63 [mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 33; 1976-77, ch. 4, art. 21; 1980-81-82-83, ch. 109, art. 19; 1984, ch. 1, art. 25; ch. 45, art. 22; 1988, ch. 55, art. 39; 1990, ch. 39, art. 13], l’alinéa 56(1)(b) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, contesté en l’espèce, est en apparence neutre: il ne crée ni explicitement ni implicitement une distinction fondée sur le sexe; il n’est pas non plus un stratagème trompeur dont les dispositions peuvent, en fait, et en dépit de la neutralité du libellé, s’appliquer aux membres d’un seul sexe (comme ce serait le cas par exemple du texte créant une distinction fondée sur la grossesse ou le cancer de la prostate). Mais le juge Iacobucci ne s’est pas arrêté là; il a ensuite effectué l’analyse approfondie des «effets préjudiciables» de la disposition contestée. Il est bien entendu nécessaire d’effectuer une telle analyse pour vérifier si la loi crée une distinction indirecte ou non intentionnelle fondée sur le sexe. Cette analyse serait également opportune s’il était allégué que les fonctionnaires chargés d’administrer la loi ont agi d’une manière discriminatoire, bien que rien de tel n’ait été suggéré ni dans l’arrêt *Symes*, ni en l’espèce.

Le sexe était l’unique caractéristique personnelle en cause dans l’arrêt *Symes*, et aucune autre contestation fondée sur un motif énuméré ou analogue n’a été formulée.

<sup>8</sup> *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

<sup>9</sup> *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933.

In the course of his consideration of the first step (whether the section creates a distinction based on sex), Iacobucci J. said (at page 763):

... I have no doubt that women disproportionately incur the social costs of child care. Whether or not such costs are imposed by society upon women, however, is not the s. 15(1) issue. The s. 15(1) issue is whether s. 63 of the Act has an adverse effect upon women in that it unintentionally creates a distinction on the basis of sex. In my view, in order to establish such an effect, it is not sufficient for the appellant to show that women disproportionately bear the burden of child care in society. Rather, she must show that women disproportionately pay child care expenses. Only if women disproportionately pay such expenses can s. 63 have any effect at all, since s. 63's only effect is to limit the tax deduction with respect to such expenses. [Emphasis in original text.]

and again (at pages 766-767):

In another case, a different subgroup of women with a different evidentiary focus involving s. 63 might well be able to demonstrate the adverse effects required by s. 15(1). For example, although I wish to express no opinion on this point, I note that no particular effort was made in this case to establish the circumstances of single mothers. If, for example, it could be established that women are more likely than men to head single-parent households, one can imagine that an adverse effects analysis involving single mothers might well take a different course, since child care expenses would thus disproportionately fall upon women.

and again (at pages 767-768):

... to say that the s. 63 deduction is more often denied to women is to recognize a reality, namely, that when there are two supporting persons in a household, the woman is more often the lower income earner. Although both supporting persons contribute to the actual child care expenses incurred, the deduction will be denied to the woman as the lower income earner. In this sense, then, the woman is more often "affected" by s. 63. However, to describe s. 63 in this fashion is not to admit that s. 63 has an "adverse effect" which subordinates women. As I described above, to deny the deduction to women would only exaggerate a societal inequality if the woman in question actually paid more child care expenses. Since, as I have already indicated, proof is lacking on this point, the only obvious distinction is a parental one. And, as just noted, the appellant's focus has effectively excluded parental status arguments. [Emphasis in original text.]

Although it was not necessary for him to do so, in the light of his conclusion on the first step, Iacobucci

Dans son analyse de la première étape (à savoir si l'article crée une distinction fondée sur le sexe), le juge Iacobucci a écrit (à la page 763):

... il n'y a pas de doute que les femmes assument une part disproportionnée des coûts sociaux de la garde des enfants. Toutefois, la question soulevée par le par. 15(1) ne vise pas à déterminer si la société impose ou non aux femmes ces coûts. Du point de vue du par. 15(1), il faut plutôt déterminer si l'art. 63 de la Loi a un effet préjudiciable sur les femmes en ce qu'il crée de façon non intentionnelle une distinction fondée sur le sexe. À mon avis, pour établir cet effet, il ne suffit pas pour l'appelante d'établir que les femmes assument une part disproportionnée de la garde des enfants dans la société. Elle doit plutôt démontrer que les femmes paient une part disproportionnée des frais de garde d'enfants. C'est seulement si les femmes paient une part disproportionnée de ces frais que l'art. 63 peut avoir un effet quelconque, puisque le seul effet de cette disposition est de limiter le montant de la déduction fiscale à cette fin. [Souligné dans le texte original.]

puis (aux pages 766 et 767):

Dans un autre contexte, un sous-groupe différent de femmes, qui présenterait des éléments de preuve différents relativement à l'art. 63, pourrait bien arriver à démontrer les effets préjudiciables exigés par le par. 15(1). Par exemple, bien que je ne désire pas exprimer d'opinion sur ce sujet, je remarque que l'on ne s'est pas efforcé en l'espèce de faire ressortir la situation des mères célibataires. Si, par exemple, on pouvait démontrer que plus de femmes que d'hommes sont chefs de familles monoparentales, on peut imaginer que l'analyse des effets préjudiciables concernant la situation des mères célibataires pourrait bien avoir un cheminement différent, puisque les frais de garde d'enfants incomberaient alors, dans une mesure disproportionnée, à des femmes.

et ensuite (aux pages 767 et 768):

... affirmer que l'on refuse plus souvent aux femmes la déduction visée à l'art. 63 est reconnaître une réalité: lorsque deux personnes dans un ménage assument les frais d'entretien, la femme est beaucoup plus souvent celle qui a le revenu le moins élevé. Bien que ces deux personnes participent aux frais réels de garde des enfants, la déduction est alors refusée à la femme du fait de son revenu moins élevé. En ce sens alors, la femme est plus souvent «touchée» par l'art. 63. Toutefois, cette façon de décrire l'art. 63 ne revient pas à admettre que l'art. 63 a un «effet préjudiciable» qui subordonne les femmes. Comme je l'indiquais précédemment, refuser la déduction à la femme ne ferait qu'exagérer une inégalité sociale si c'est la femme qui a assumé la plus grande partie des frais de garde des enfants. Puisqu'il manque, comme je l'ai déjà indiqué, des éléments de preuve sur ce point, la seule distinction évidente est celle qui repose sur l'état parental, et, comme je viens de le mentionner, l'argumentation de l'appelante revenait à exclure les moyens fondés sur l'état parental. [Souligné dans le texte original.]

Bien qu'il n'ait pas eu à la faire étant donné sa conclusion à la première étape, le juge Iacobucci est

J. also went on to examine the second step, namely, is the impugned provision discriminatory? In this connection he said (at pages 770-771):

... the important thing to realize is that there is a difference between being able to point to individuals negatively affected by a provision, and being able to prove that a group or subgroup is suffering an adverse effect in law by virtue of an impugned provision. As already noted, proof of inequality is a comparative process: *Andrews, supra*. If a group or subgroup of women could prove the adverse effect required, the proof would come in a comparison with the relevant body of men. Accordingly, although individual men might be negatively affected by an impugned provision, those men would not belong to a group or subgroup of men able to prove the required adverse effect. In other words, only women could make the adverse effects claim, and this is entirely consistent with statements such as that found in *Brooks, supra*, to the effect that "only women have the capacity to become pregnant" (at p. 1242).

Looking at this point a different way, if s. 63 creates an adverse effect upon women (or a subgroup) in comparison with men (or a subgroup), the initial s. 15(1) inquiry would be satisfied: a distinction would have been found based upon the personal characteristic of sex. In the second s. 15(1) inquiry, however, the sex-based distinction could only be discriminatory with respect to either women or men, not both. The claimant would have to establish that the distinction had "the effect of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to opportunities, benefits and advantages available to others" (*Swain, supra*, at p. 992). The burden or benefit could not, as a logical proposition, fall upon both sexes. Likewise, to the extent that a court might undertake a broader search for "disadvantage that exists apart from and independent of the particular legal distinction being challenged" (*Turpin, supra*, at p. 1332), I cannot imagine how such disadvantage could be located for both men and women at the same time. [Emphasis in original text.]

These passages give me some difficulty. They are, of course, strictly speaking, *obiter*, but they are of great authority. They seem to suggest that a facially neutral, uncolourable legislative provision, which is impartially applied in accordance with its terms and affects both men and women, can nonetheless be discriminatory on the grounds of sex. It seems to me that such an assertion, which I, of course, accept, requires some elaboration.

ensuite passé à la seconde étape, c'est-à-dire qu'il s'est demandé si la disposition contestée était discriminatoire. À cet égard, il a dit (aux pages 770 et 771):

a ... il importe maintenant de se rendre compte qu'il existe une différence entre l'identification de personnes subissant l'effet défavorable d'une disposition et la démonstration qu'un groupe ou un sous-groupe subit un effet préjudiciable en droit en raison d'une disposition contestée. Comme je l'ai déjà fait remarquer, la preuve de l'inégalité est un processus comparatif: *Andrews*, précité. Si un groupe ou un sous-groupe de femmes pouvait prouver l'effet préjudiciable requis, la preuve proviendrait d'une comparaison avec le groupe d'hommes pertinent. En conséquence, bien qu'une disposition contestée puisse avoir une incidence négative sur des hommes pris individuellement, ceux-ci ne feraient pas partie d'un groupe ou sous-groupe d'hommes en mesure de prouver l'effet préjudiciable requis. En d'autres termes, seulement des femmes pourraient soutenir qu'il y a effet préjudiciable, ce qui est entièrement compatible avec les énoncés formulés dans l'arrêt *Brooks*, précité, savoir que «seules les femmes ont la possibilité de devenir enceintes» (à la p. 1242).

Prenons ce point sous un autre angle: si l'art. 63 créait un effet préjudiciable sur les femmes (ou un sous-groupe) par rapport aux hommes (ou un sous-groupe), l'étape initiale de l'analyse fondée sur le par. 15(1) serait satisfaite: il se trouverait à exister une distinction fondée sur la caractéristique personnelle que constitue le sexe. Toutefois, au deuxième stade de l'analyse fondée sur le par. 15(1), la distinction fondée sur le sexe ne pourrait être discriminatoire qu'à l'endroit des femmes ou des hommes, et non pas des deux. Le demandeur devrait établir si la distinction «a pour effet d'imposer des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres» (voir l'arrêt *Swain*, précité, à la p. 992). En toute logique, le fardeau ou l'avantage ne pourrait exister à la fois pour les femmes et les hommes. De même, si un tribunal pouvait entreprendre la recherche plus large d'un «désavantage qui existe indépendamment de la distinction juridique précise contestée» (arrêt *Turpin*, à la p. 1332), je ne peux voir comment ce désavantage pourrait exister à la fois pour les hommes et les femmes. [Souligné dans le texte original.]

Ces passages me laissent perplexe. À strictement parler, ils sont évidemment des commentaires incidents, mais ils revêtent une grande autorité. On semble ainsi donner à entendre qu'une disposition législative apparemment neutre, honnête, appliquée de façon impartiale conformément à ses termes, touchant à la fois les hommes et les femmes, peut néanmoins être discriminatoire sur le fondement du sexe. Il me semble qu'une telle hypothèse, que j'accepte évidemment, nécessite une certaine explication.

Obviously there can now be no doubt that there will be many cases, both in Charter litigation and under the various human rights statutes, where an adverse effects analysis is necessary and will lead to the conclusion that there has been discrimination. It is also clear that it is no answer to such a claim to show that the impugned policy, action or legislation may also impact adversely on persons other than members of the affected group: a provision which discriminates against Hindus may likewise have an adverse effect upon Buddhists; a policy that discriminated against Blacks would not be saved by a showing that it was also harmful to aboriginal people. But surely it cannot be the case that legislation that adversely affects both men and women is discriminatory on the grounds of sex solely because the women (or men) in question are more numerous. Such a mechanistic approach would be likely to defeat the purposes of the Charter. Indeed, in my view it is not because more women than men are adversely affected, but rather because some women, no matter how small the group, are more adversely affected than the equivalent group of men, that a provision can be said to discriminate on grounds of sex.

In this connection it is important to recognize that sex differs significantly from the other enumerated grounds. There is an almost infinite number of religions, races, nationalities etc. and no two subsets within any of those categories could properly be described as opposites. There are only two sexes.<sup>10</sup> One excludes the other. A male is always the opposite of a female and vice versa. Women or any group or subgroup of women who claim that a law discriminates on the basis of sex necessarily do so because it

<sup>10</sup> I neither overlook nor discount the possibility that, in another case and other circumstances, it might be successfully argued that homosexuals or transsexuals constitute a third or even a fourth sex. That possibility has simply no relevance in the present context and even if a court were to accept such an argument, it seems to me that it would necessarily do so on the basis that each of the sexual categories so found was exclusive of all the others.

De toute évidence, il ne peut y avoir de doute que dans de nombreux cas, aussi bien dans les litiges fondés sur la Charte que sur différentes lois relatives aux droits de la personne, il sera nécessaire d'effectuer une analyse des effets préjudiciables qui permettra de conclure qu'il y a eu discrimination. Il est également clair que ce n'est pas répondre à une telle prétention que de démontrer que la politique, l'action ou la loi contestée peut également avoir des effets préjudiciables sur des personnes qui ne font pas partie du groupe concerné: une disposition qui établit une discrimination à l'égard des hindous peut de même avoir des effets préjudiciables sur les bouddhistes; une politique qui établit une discrimination à l'égard des noirs ne serait pas justifiée du seul fait qu'elle cause également un préjudice aux autochtones. Mais il est certainement hors de question que la loi qui cause des effets préjudiciables à la fois aux hommes et aux femmes soit discriminatoire sur le fondement du sexe uniquement parce que les personnes touchées sont en majorité des femmes (ou des hommes). Une conception aussi mécanique tendrait à saper les objectifs de la Charte. De fait, à mon avis, ce n'est pas parce que plus de femmes que d'hommes subissent des effets préjudiciables, mais parce que certaines femmes, si petit que soit leur groupe, subissent des effets plus préjudiciables que le groupe d'hommes équivalent, qu'on peut dire d'une disposition qu'elle crée une discrimination fondée sur le sexe.

À cet égard, il importe de reconnaître que le motif que constitue le sexe diffère grandement des autres motifs énumérés. Il existe un nombre presque infini de religions, de races, de nationalités, etc., et on ne saurait dire de ces catégories qu'elles réunissent deux sous-groupes opposés. En revanche, il n'y a que deux sexes<sup>10</sup>. L'un exclut l'autre. L'homme est toujours l'opposé de la femme, et vice versa. Les femmes, ou tout groupe ou sous-groupe de femmes qui prétendent qu'une loi crée une discrimination à leur égard sur le

<sup>10</sup> Je n'écarte ni ne néglige la possibilité que, dans une autre affaire et d'autres circonstances, on puisse prétendre avec succès que les homosexuels ou les transsexuels constituent un troisième ou même un quatrième sexe. Cette possibilité est simplement sans aucun rapport dans le présent contexte, et même si un tribunal devait retenir un tel argument, il me semble qu'il le ferait nécessairement sur le fondement que chaque sexe ainsi déterminé est exclusif de tous les autres.

draws a distinction based on their shared characteristic of femaleness which it does not draw for those who have the opposite characteristic of maleness. It would be likewise if there were a claim of discrimination by a group or a subgroup of men.

Accordingly, it seems to me that one cannot logically say that an otherwise neutral rule discriminates on the basis of sex simply because it affects more members of one sex than of the other. Nor do I think that is what Iacobucci J. suggests in *Symes* when he talks of a law having a “disproportionately” adverse effect upon women or of women being “more likely” to suffer from it than men. The focus, surely, is not on numbers but on the nature of the effect; on quality rather than quantity. If legislation which adversely affects women has the same adverse effect upon men, even though their numbers may be smaller or the likelihood of their suffering be less, it cannot logically be said that the ground of discrimination is sex. This does not mean, of course, that there is no Charter breach, for in such circumstances it is very likely that another ground of discrimination will be in play.

To illustrate: it is a shameful truth that far more women in Canada suffer from poverty than men.<sup>11</sup> Legislation which discriminated against the poor would therefore adversely affect more women than men. It could not be said, however, to discriminate on the grounds of sex unless it also drew a distinction against poor women which did not apply to poor men or unless it created a different effect on women than on men. Otherwise, the outcome of a section 15 attack on such legislation would turn on whether poverty was a ground analogous to those enumerated. On the other hand, legislation which imposed a physical test which could more easily be met by most men would have a disproportionate effect on women even if some men failed the test and some women, with difficulty, met it. The test would be qualitatively different even for those women who succeeded and

fondement du sexe, font nécessairement valoir que cette loi crée une distinction fondée sur leur caractéristique commune de qualité de femme qu’elle ne crée pas à l’égard de ceux qui possèdent les caractéristiques opposées de l’homme. Il en serait de même si un groupe ou un sous-groupe d’hommes alléguait la discrimination.

Aussi, me semble-t-il que l’on ne puisse logiquement prétendre qu’une règle par ailleurs neutre crée une discrimination fondée sur le sexe pour la simple raison que ses effets se font sentir sur un plus grand nombre de personnes d’un sexe que de l’autre. Je ne crois pas non plus que c’est ce qu’entend le juge Iacobucci dans l’arrêt *Symes* lorsqu’il dit d’une loi qu’elle a des effets préjudiciables «disproportionnés» sur les femmes ou que «plus» de femmes que d’hommes en souffrent. L’élément clé n’est évidemment pas le nombre, mais la nature des effets; c’est la qualité et non la quantité qui importe. Si la loi qui entraîne des effets préjudiciables à l’égard des femmes a les mêmes effets préjudiciables à l’égard des hommes, bien que ces derniers soient moins nombreux ou qu’ils soient moins susceptibles d’en souffrir, on ne peut soutenir logiquement que la discrimination est fondée sur le sexe. Cela ne signifie évidemment pas que la Charte n’est pas violée car, dans de telles circonstances, il est fort probable qu’un autre motif de discrimination entre en jeu.

Prenons l’exemple suivant: c’est une vérité, bien triste hélas, qu’au Canada, un beaucoup plus grand nombre de femmes que d’hommes vivent dans la pauvreté<sup>11</sup>. La loi qui créerait une discrimination à l’égard des pauvres causerait donc plus d’effets préjudiciables aux femmes qu’aux hommes. On ne pourrait toutefois dire d’elle qu’elle crée une discrimination fondée sur le sexe que si elle établissait également à l’encontre des femmes pauvres une distinction qui ne vise pas les hommes pauvres, ou que si elle avait sur les femmes des effets différents de ceux qu’elle a sur les hommes. Autrement, pour trancher la contestation d’une telle loi dans le cadre de l’article 15, il faudrait déterminer si la pauvreté est un motif analogue à ceux énumérés. D’autre part, la loi imposant un test physique susceptible d’être plus facilement réussi par la plupart des hommes aurait

<sup>11</sup> See *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, at pp. 853-854.

<sup>11</sup> Voir *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, aux p. 853 et 854.

would be vulnerable to attack as discriminatory on the grounds of sex. In each case the impact of the legislation must be weighed; it is not enough simply to count the numbers affected.

In the context of the present case I, like the Tax Court Judge, have simply no doubt that paragraph 56(1)(b) impacts adversely on more women than men. That is because mothers are far more likely to be custodial single parents than fathers. Since, however, the legislation must also impact in exactly the same way on custodial fathers, although in very much smaller numbers, I do not see how it can be said to differentiate or to discriminate on the basis of sex. In my view, the importance of the material showing the numerically disproportionate effect of paragraph 56(1)(b) on women must come in the context of a section 1 analysis.

And a section 1 analysis there must be. Just as much as the intervenor's claim of discrimination on the ground of sex seems to me to be problematical, so does the applicant's claim of discrimination on an analogous ground seem manifest.

Excluding those "non-personal" characteristics which are required by paragraph 56(1)(b) for the inclusion in a taxpayer's income of maintenance payments destined for her children, the applicant's claim to discrimination is based on her status as a separated custodial parent. When that claim is subjected to the three-step analysis mandated by *Andrews*, *Swain* and *Symes*, *supra*, the result seems to me to be starkly apparent.

First, paragraph 56(1)(b) draws an intentional distinction between the applicant and others based upon her being a separated custodial parent. There can be simply no doubt in my mind that the qualities of being separated and a parent are "personal characteristics", and I note that on several occasions in *Symes*, Iacobucci J. refers almost with regret to the fact that the appellant there expressly declined to assert her

des effets disproportionnés sur les femmes, même si certains hommes échouaient le test et que certaines femmes le réussissaient difficilement. Le test serait qualitativement différent, même pour les femmes qui le réussiraient, et il prêterait le flanc à la contestation pour discrimination fondée sur le sexe. Dans chaque cas, les effets de la loi doivent être soupesés; il ne suffit pas de compter le nombre de personnes touchées.

En l'espèce, à l'instar du juge de la Cour de l'impôt, je n'ai absolument aucun doute que l'alinéa 56(1)(b) a plus d'effets préjudiciables sur les femmes que sur les hommes, car les mères ont beaucoup plus souvent la garde de leurs enfants que les pères. Cependant, comme la loi doit également avoir les mêmes effets à l'égard des pères gardiens, bien que ceux-ci soient largement minoritaires, je ne peux concevoir que l'on soutienne qu'elle établit une distinction ou une discrimination fondée sur le sexe. À mon avis, l'importance des documents indiquant l'effet numériquement disproportionné de l'alinéa 56(1)(b) à l'égard des femmes doit entrer en jeu dans le contexte d'une analyse fondée sur l'article premier.

Et cette analyse doit être effectuée. Si les prétentions de l'intervenant fondées sur le sexe me semblent être problématiques, celles de la requérante fondées sur un motif analogue semblent être claires.

Mises à part les caractéristiques «non personnelles» requises par l'alinéa 56(1)(b) pour l'inclusion dans le calcul du revenu du contribuable de la pension alimentaire destinée à ses enfants, l'allégation de discrimination de la requérante est fondée sur sa qualité de parent séparé ayant la garde de ses enfants. Si on analyse cette allégation au regard des trois étapes prescrites par les arrêts *Andrews*, *Swain* et *Symes*, précités, le résultat me semble tomber sous le sens.

D'une part, l'alinéa 56(1)(b) établit une distinction intentionnelle entre la requérante et d'autres personnes, fondée sur le fait qu'elle est un parent séparé ayant la garde de ses enfants. Il ne subsiste absolument aucun doute dans mon esprit que le fait d'être séparé et d'être un parent sont des «caractéristiques personnelles», et je remarque qu'à maintes reprises dans l'arrêt *Symes*, le juge Iacobucci rappelle pres-



claim on her status as a parent. I have some doubt as to whether the fact of having the custody of a child can properly be described as a "personal characteristic", but in the light of the view I take of the other two components of the claim asserted by the applicant, it is not necessary to go further into that question. Simply put, there is no requirement that the grounds of discrimination and the definition of the affected group be coterminous; all that is necessary is that at least one of the characteristics of the latter be included within the former. Indeed, though the quality or attribute which is the ground may be one that is possessed by everybody (race, national origin) or by very few (mental or physical disability) the definition of the affected group will almost always be more narrowly focused (Haitian immigrants, blind taxpayers).

Second, the inequality created for separated custodial parents is discriminatory and imposes a burden on them not imposed on others. This may be simply tested by looking at each of the defining components of the group in turn.

Thus, a non-separated custodial parent is not required to include in income maintenance payments received from her or his spouse. This is so even in the rare, but not impossible, circumstance where the maintenance is paid pursuant to a court order or a written agreement but the spouses are living together.

Next, a separated non-custodial parent (for example a divorced father whose own parents pay him money to help with the upbringing or the education of their grandchildren) is not required to include maintenance payments in income.

Finally, separated non-parents having custody of a child, such as a grandmother or an uncle are not obliged to include in their income payments received from either or both of the child's parents.

The conclusion is inescapable: the law creates for the group as defined a burden which it does not impose on others.

qu'à regret que l'appelante dans cette affaire a expressément refusé de fonder sa prétention sur sa qualité de parent. Je doute toutefois que la garde des enfants puisse à juste titre être qualifiée de «caractéristique personnelle». Compte tenu de mon opinion sur les deux autres composantes de la prétention de la requérante, il n'est toutefois pas nécessaire d'approfondir cette question. Simplement, il n'est pas nécessaire que la description du groupe touché corresponde exactement aux motifs de discrimination; il suffit qu'au moins l'une des caractéristiques du groupe en question soit incluse dans les motifs. De fait, bien que la qualité ou l'attribut qui constitue le motif puisse être possédé par tous (race, origine nationale) ou par quelques-uns (déficience mentale ou physique), la description du groupe affecté sera presque toujours plus restrictive (immigrants haïtiens, contribuables aveugles).

D'autre part, l'inégalité créée à l'égard des parents séparés qui ont la garde de leurs enfants est discriminatoire et impose à ceux-ci un fardeau que les autres n'ont pas. On peut le vérifier en examinant simplement chacune des composantes déterminantes du groupe.

Ainsi, un parent non séparé qui a la garde de ses enfants n'est pas tenu d'inclure dans le calcul de son revenu la prestation alimentaire que le conjoint lui verse. C'est ainsi même dans les cas, rares, mais pas impossibles, où une pension alimentaire est versée conformément à une ordonnance de la cour ou à une entente écrite, alors que les époux vivent ensemble.

De même, le parent séparé qui n'a pas garde d'enfant, (par exemple un père divorcé auquel ses propres parents versent de l'argent pour l'aider à élever ou à éduquer leurs petits-enfants) n'est pas tenu d'inclure cette prestation alimentaire dans le calcul de son revenu.

Enfin, les personnes séparées qui ne sont pas parents et qui ont garde d'enfant, comme par exemple la grand-mère ou l'oncle, ne sont pas tenues d'inclure dans le calcul de leur revenu les sommes reçues de l'un ou l'autre parent de l'enfant ou des deux.

La conclusion est inévitable: la loi impose au groupe décrit, un fardeau qu'elle n'impose pas aux autres.

The third and last stage of the section 15 analysis is to inquire whether the personal characteristics at issue constitute grounds analogous to those enumerated. In my view, they do.

The concept of the “analogous ground” as forming a basis for discrimination was adopted by McIntyre J. in *Andrews, supra*, where he said (at page 175):

The enumerated grounds in s. 15(1) are not exclusive and the limits, if any, on grounds for discrimination which may be established in future cases await definition. The enumerated grounds do, however, reflect the most common and probably the most socially destructive and historically practised bases of discrimination and must, in the words of s. 15(1), receive particular attention. Both the enumerated grounds themselves and other possible grounds of discrimination recognized under s. 15(1) must be interpreted in a broad and generous manner, reflecting the fact that they are constitutional provisions not easily repealed or amended but intended to provide a “continuing framework for the legitimate exercise of governmental power” and, at the same time, for “the unremitting protection” of equality rights. . . .

He then went on (at page 182) to say that the “enumerated and analogous grounds’ approach most closely accords with the purposes of s. 15” and to conclude (at page 183) by incorporating the American concept of a “discrete and insular minority”.

The *Andrews* decision was expanded and commented upon by Wilson J. in *R. v. Turpin*<sup>12</sup> as follows (at page 1332):

McIntyre J. recognized in *Andrews*, that the “enumerated and analogous grounds’ approach most closely accords with the purposes of s. 15 and the definition of discrimination outlined above” (p. 182) and suggested that the alleged victims of discrimination in *Andrews*, i.e., non-citizens permanently resident in Canada were “a good example of a ‘discrete and insular minority’ who came within the protection of s. 15” (p. 183). Similarly, I suggested in my reasons in *Andrews* that the determination of whether a group falls into an analogous category to those specifically enumerated in s. 15 is “not to be made only in the context of the law which is subject to challenge but rather in the context of the place of the group in the entire social, political and legal fabric of our society” (p. 152). If the larger context is not examined, the s. 15 analysis may become a mechanical and sterile categorization process conducted entirely within the four corners of the impugned legislation. A determination as to whether or not discrimination is taking place, if based exclusively on an analysis of the law under

La troisième et dernière étape de l’analyse fondée sur l’article 15 consiste à vérifier si les caractéristiques personnelles en cause constituent des motifs analogues aux motifs de discrimination énumérés. À mon avis, tel est le cas.

La notion du «motif analogue» comme fondement de la discrimination a été adoptée par le juge McIntyre dans l’arrêt *Andrews*, précité, où il a dit (à la page 175):

Les motifs énumérés au par. 15(1) ne sont pas exclusifs et les restrictions, le cas échéant, que la jurisprudence pourra apporter aux motifs de discrimination ne sont pas encore précisées. Les motifs énumérés traduisent cependant les pratiques de discrimination les plus courantes, les plus classiques et vraisemblablement les plus destructrices socialement, et ils doivent, selon le par. 15(1), recevoir une attention particulière. Les motifs énumérés eux-mêmes et les autres motifs possibles de discrimination reconnus au par. 15(1) doivent, dans les deux cas, recevoir une interprétation large et libérale de manière à refléter le fait qu’il s’agit de dispositions constitutionnelles qu’il n’est pas facile d’abroger ou de modifier, mais qui visent à fournir un «cadre permanent à l’exercice légitime de l’autorité gouvernementale» et, par la même occasion, à «la protection constante» des droits à l’égalité . . .

Il a ensuite ajouté (à la page 182) que le «point de vue, celui des “motifs énumérés et analogues”, correspond davantage aux fins de l’art. 15», puis conclu (à la page 183) en incorporant le concept américain de la «minorité discrète et isolée».

Le juge Wilson a, dans l’arrêt *R. c. Turpin*<sup>12</sup>, élargi comme suit la portée de l’arrêt *Andrews* et en a fait les commentaires suivants (à la page 1332):

Le juge McIntyre reconnaît dans l’arrêt *Andrews* que le «point de vue [. . .] “des motifs énumérés et analogues” correspond davantage aux fins de l’art. 15 et à la définition de la discrimination exposée auparavant» (p. 182) et il laisse entendre que les personnes qui seraient victimes de discrimination dans l’affaire *Andrews*, c.-à-d. celles qui n’ont pas la citoyenneté et qui résident en permanence au Canada constituent «un bon exemple [. . . d’une] “minorité discrète et isolée” visée par la protection de l’art. 15» (p. 183). De même, j’ai laissé entendre, dans les motifs de jugement que j’ai rédigés dans l’affaire *Andrews*, que la conclusion relative à la question de savoir si un groupe relève d’une catégorie analogue à celles qui sont expressément énumérées à l’art. 15 «ne peut pas être tirée seulement dans le contexte de la loi qui est contestée mais plutôt en fonction de la place occupée par le groupe dans les contextes social, politique et juridique de notre société» (p. 152). Si l’on ne tient pas compte du contexte général, l’analyse fondée sur l’art. 15 peut devenir un processus de classification

<sup>12</sup> [1989] 1 S.C.R. 1296.

<sup>12</sup> [1989] 1 R.C.S. 1296.

challenge is likely, in my view, to result in the same kind of circularity which characterized the similarly situated similarly treated test clearly rejected by this Court in *Andrews*.

Immediately following the passage from her reasons in *Andrews* which Wilson J. refers to in the above-quoted extract from *Turpin*, she made the following additional important observation (at pages 152-153):

I believe also that it is important to note that the range of discrete and insular minorities has changed and will continue to change with changing political and social circumstances. For example, Stone J. writing in 1938, was concerned with religious, national and racial minorities. In enumerating the specific grounds in s. 15, the framers of the *Charter* embraced these concerns in 1982 but also addressed themselves to the difficulties experienced by the disadvantaged on the grounds of ethnic origin, colour, sex, age and physical and mental disability. It can be anticipated that the discrete and insular minorities of tomorrow will include groups not recognized as such today. It is consistent with the constitutional status of s. 15 that it be interpreted with sufficient flexibility to ensure the "unremitting protection" of equality rights in the years to come.

As I understand these authorities they do not suggest timidity in the approach to the grounds of discrimination. Rather they require an examination of any alleged analogous ground in the broadest context with a view to determining whether such ground has historically served or today actually serves to single out or distinguish a disadvantaged group. This is a different analysis from that which requires a determination of whether an impugned provision draws a distinction or discriminates on the alleged ground. In particular, and while I have gone to some pains to indicate that I do not think that a mere numerical imbalance or disproportion in the effect of legislation will be enough to establish a distinction or discrimination based on the particular ground of sex, it seems to me that the opposite is the case when the question is to know whether some other ground is analogous to those enumerated in section 15. If one were to suppose, for example, that race had been left out of the enumeration, one would not, in determining whether it was "analogous", ask whether race was always a ground of discrimination. Clearly, it is not any more

mécanique et stérile qui dépendra exclusivement du texte de loi contesté. Si la décision quant à savoir s'il y a ou non discrimination se fonde exclusivement sur l'examen de la loi contestée, il est vraisemblable à mon avis qu'on arrivera à la même sorte d'impasse qui caractérise le critère selon lequel les personnes qui se trouvent dans une situation analogue doivent être traitées de façon analogue, que cette Cour a nettement rejeté dans l'arrêt *Andrews*.

Immédiatement après le passage de ses motifs dans l'arrêt *Andrews* auquel elle renvoie dans l'extrait de l'arrêt *Turpin* cité ci-dessus, le juge Wilson a apporté le commentaire important suivant (aux pages 152 et 153):

Je crois également qu'il importe de souligner que l'éventail des minorités discrètes et isolées a changé et va continuer à changer avec l'évolution des circonstances politiques et sociales. Par exemple, en 1938, le juge Stone se disait préoccupé par les minorités religieuses, nationales et raciales. En énumérant des motifs précis à l'art. 15, les rédacteurs de la *Charte* ont envisagé ces préoccupations en 1982, mais ils se sont aussi attardés aux difficultés que connaissent les gens défavorisés en raison de leur origine ethnique, de leur couleur, de leur sexe, de leur âge et de déficiences mentales ou physiques. On peut prévoir que les minorités discrètes et isolées de demain vont comprendre des groupes qui ne sont pas reconnus comme tels aujourd'hui. Il est conforme au statut constitutionnel de l'art. 15 qu'il soit interprété avec suffisamment de souplesse pour assurer la «protection constante» des droits à l'égalité dans les années à venir.

À mon avis, ces décisions abordent la question des motifs de discrimination sans grande timidité. Elles commandent au contraire une analyse de tout motif analogue allégué dans le contexte le plus général, afin de déterminer si ce motif a servi dans le passé, et sert encore aujourd'hui, à réserver un traitement particulier à un groupe désavantagé ou à établir une distinction à son égard. Il s'agit d'une analyse différente de celle dans le cadre de laquelle on détermine si une disposition contestée établit une distinction ou crée une discrimination fondée sur le motif allégué. En particulier, et bien que j'aie pris grand soin d'indiquer qu'à mon sens, un simple déséquilibre ou une disproportion numérique dans l'effet de la loi ne suffira pas pour établir une distinction ou une discrimination fondée sur le sexe, il me semble que c'est le contraire lorsqu'il s'agit de savoir si un motif est analogue à ceux énumérés à l'article 15. À supposer, par exemple, que la race ne fasse pas partie des motifs énumérés, on ne se soucierait pas de savoir, pour déterminer s'il s'agit là d'un motif «analogue», si la race a toujours constitué un motif de discrimination.

than are the other enumerated grounds. What would be important would be to establish that race frequently serves as a basis for the kind of prejudicial, stereotypical, mindless categorization that is the hallmark of discrimination. That is what makes all the enumerated grounds analogous to one another.

To put the matter another way, when determining whether or not a ground is analogous to those enumerated in section 15 it is legitimate to look to see if it has frequently served as a ground for discrimination in other circumstances but it is clearly not necessary that it should always do so: if "race" was not enumerated we would not have to show that human-kind invariably discriminates against those of different races in order to establish that it is an analogous ground. By contrast, where the question is to know whether a law draws a distinction, imposes a burden or confers an advantage on the ground of sex the causal connection between the ground and the distinction, burden or advantage can only be established if none of the members of the opposite sex would feel those effects in the same way, assuming the law were properly applied.

This highlights a further important point to which I have already alluded: different considerations come into play where it is alleged (as more frequently happens in human rights claims) that a law or policy, whether or not it is discriminatory on its face, is applied in a discriminatory way; an uneven and unfair application on the ground of sex, even though it might affect some who were not members of the target group, would, of course, still be discriminatory. In such a case it is not so much the law which is attacked as the manner of its implementation. There is no suggestion here, however, that the *Income Tax Act* is applied otherwise than strictly in accordance with its terms.

I have identified the group to which the applicant claims to belong as separated custodial parents. Neither that phrase nor any of its components constitute as such a ground analogous to those enumerated in section 15 but that is hardly surprising. As previously indicated, the definition of the group must have

Manifestement, ce n'est pas le cas pour elle plus que pour les autres motifs énumérés. Il serait plutôt important d'établir que la race sert fréquemment de fondement au genre de classification préjudiciable, stéréotypée et insensée qui caractérise la discrimination. C'est ce qui fait que tous les motifs énumérés sont analogues les uns aux autres.

En d'autres termes, lorsqu'on détermine si un motif est analogue ou non à ceux qui sont énumérés à l'article 15, il est juste de vérifier s'il a fréquemment été le fondement d'une discrimination dans d'autres circonstances, mais il n'est certainement pas nécessaire que ce soit toujours le cas: si la «race» n'était pas un motif énuméré, nous n'aurions pas à démontrer, pour établir qu'il s'agit d'un motif analogue, que les êtres humains créent invariablement une discrimination à l'égard des personnes de race différente. Au contraire, lorsqu'il s'agit de savoir si une loi établit une distinction, impose un fardeau ou confère un avantage fondé sur le sexe, le lien causal entre le motif et la distinction, le fardeau ou l'avantage ne peut être établi, en tenant pour acquis que la loi est appliquée correctement, que si aucun des membres du sexe opposé ne ressent ces effets de la même façon.

Ce qui précède fait ressortir un autre point important auquel j'ai déjà fait allusion: différents facteurs entrent en jeu lorsqu'il est allégué (comme il arrive plus fréquemment dans les cas de plaintes fondées sur les droits de la personne) qu'une loi ou une politique, qu'elle soit ou non apparemment discriminatoire, est appliquée d'une façon discriminatoire; bien qu'elle puisse affecter des personnes qui ne sont pas membres du groupe visé, l'application inégale et inéquitable fondée sur le sexe serait bien sûr toujours discriminatoire. Dans un tel cas, ce n'est pas tant la loi qui est contestée, mais la manière dont elle est appliquée. En l'espèce toutefois, rien n'indique que la *Loi de l'impôt sur le revenu* soit appliquée autrement qu'en toute conformité avec ses termes.

J'ai distingué le groupe auquel la requérante prétend appartenir comme étant celui des parents séparés qui ont la garde des enfants. Ni cette phrase, ni ses composantes ne constituent comme tel un motif analogue à ceux qui sont énumérés à l'article 15, ce qui n'est toutefois guère surprenant. Comme je l'ai men-

within it some component which is included within the alleged ground but it is unlikely to be the ground itself. An individual or group does not suffer discrimination because they are “race” or “religion” but rather because they belong to a particular race or practice a particular religion. Or, approaching the matter from the other end, a Haitian or a Hindu who suffers discrimination does so not on the ground of being Haitian or Hindu but of race or religion.

The appropriate description of the ground of discrimination to which separated custodial parents are subject would, it seems to me, be “family status”. I consider it to be almost self-evident that such status has historically been, and is still, used as a basis for stereotyping. One has only to call to mind such traditional expressions as the “happily married man”, the “old maid”, the “gay<sup>13</sup> bachelor” or the “merry widow” to find examples. Even the law is not above such stereotypes and the civilian counterpart of the reasonable man (itself a stereotype) is the “*bon père de famille*”. And, of course, it is only in comparatively recent times that the shocking disabilities imposed by both common law and civil law on married women have been done away with; since such disabilities did not apply to single women they were not based only on sex but on family status as well.

The fact that family status or some similar expression figures as a prohibited ground of discrimination in most human rights statutes also serves to confirm its analogous nature to the grounds enumerated in the Charter.

Finally, the group to which the applicant belongs and which claims discrimination on the ground of family status, separated custodial parents, can readily be seen as a discrete and insular minority which has historically suffered prejudice and has need of protection.

<sup>13</sup> In the traditional sense of that word.

tionné précédemment, la description du groupe doit contenir en elle-même une certaine composante qui se retrouve dans le motif allégué, mais il est peu probable qu’il s’agisse du motif lui-même. Un individu ou un groupe n’est pas victime de discrimination parce qu’il est une «race» ou une «religion», mais plutôt parce qu’il appartient à une race particulière ou pratique une religion particulière. D’un angle différent, le Haïtien ou l’Hindou victime de discrimination ne l’est pas au motif d’être haïtien ou hindou, mais au motif de la race ou de la religion.

C’est à mon avis de «situation de famille» que serait le mieux qualifié le motif de discrimination dont sont victimes les parents séparés qui ont la garde de leurs enfants. Il va à mon avis presque de soi que cette situation sert depuis longtemps, et encore aujourd’hui, de fondement aux stéréotypes. Il suffit de se rappeler les expressions traditionnelles comme «l’homme heureux en ménage», la «vieille fille», le «joyeux<sup>13</sup> célibataire» ou la «veuve joyeuse» à titre d’exemples. Même la loi n’est pas au-dessus de ces stéréotypes, et la contrepartie en droit civil de l’homme raisonnable (*reasonable man*)—en lui-même un stéréotype—est le «bon père de famille». Et bien sûr, l’élimination des incapacités odieuses imposées par la common law et le droit civil aux femmes mariées est encore relativement récente; ces incapacités ne s’appliquant pas aux femmes célibataires, elles n’étaient pas uniquement fondées sur le sexe, mais également sur la situation de famille.

Le fait que la situation de famille ou autre expression semblable figure à titre de motif de discrimination interdit dans la plupart des lois relatives aux droits de la personne permet également de confirmer sa nature analogue aux motifs énumérés dans la Charte.

Enfin, le groupe auquel la requérante appartient et qui allègue la discrimination fondée sur la situation de famille, soit celui des parents séparés qui ont la garde d’enfants, peut facilement être considéré comme une minorité discrète et isolée ayant traditionnellement été victime de préjudice et nécessitant une protection.

<sup>13</sup> La version anglaise emploie le terme «gay» et la note en bas de page explique qu’il s’agit du sens de «joyeux».

Before concluding on this aspect of the matter it is necessary to say a few words about the reasons for which the Tax Court Judge dismissed the applicant's claim. As indicated, he was of the view that any adverse tax effects of the inclusion/deduction system on the applicant could and should have been corrected by the ordinary operation of the family law system.

While there can be no doubt that the Judge was right in his view that courts should take account of income tax consequences and that the court which granted the applicant's divorce did in fact do so, I think, with respect that he was wrong to see that as an answer to a Charter-based attack on paragraph 56(1)(b). My reasons are twofold.

In the first place, there is substantial material in this record to indicate that in practice the family law system does not always, or even usually, operate to correct the inequality created by paragraph 56(1)(b). In the second place, even if it did, it seems to me that it is simply not legitimate to look outside the income tax system to correct an injustice which that system has itself created.

As to the first point, I start from the proposition that the *Income Tax Act* and the family law system are almost polar opposites when it comes to their approach to the determination of sums of money. Income tax seeks to be precise, virtually to the last penny, and income tax liability is established by a code of rules whose detail and complexity is legendary. The awarding of child support on the other hand, somewhat like the evaluation of damages, is notoriously imprecise. There are a number of guiding principles such as the welfare of the children and the obligation of both parents to contribute in accordance with their means, but within those principles there is a very large range of judicial discretion. As one who has had the duty of fixing child support, I know that it never amounts to a simple mathematical calculation. In those circumstances, it is virtually impossible, in my view, to rely upon the family law system as a corrective to any injustice created by the inclusion/deduction system. It is simply too blunt an instrument for the job.

Avant d'en finir avec cet aspect de la question, il y a lieu d'apporter quelques commentaires sur les motifs pour lesquels le juge de la Cour de l'impôt a rejeté la prétention de la requérante. Comme je l'ai indiqué, il était d'avis que tous les effets préjudiciables à la requérante, sur le plan fiscal, du système inclusion-déduction pourraient et devraient avoir été corrigés par l'application régulière du régime du droit de la famille.

Bien qu'on ne puisse douter que le juge estimait à juste titre que les tribunaux devraient tenir compte des incidences fiscales, et que la cour qui a accordé le divorce de la requérante l'a effectivement fait, j'estime avec égards qu'il a commis une erreur en considérant qu'il s'agissait là de la solution de la contestation de l'alinéa 56(1)b) fondée sur la Charte. Mes motifs sont doubles.

D'une part, le dossier contient de nombreux documents indiquant qu'en pratique, le régime du droit de la famille n'a pas toujours, ni même ordinairement, pour effet de corriger les inégalités créées par l'alinéa 56(1)b). En revanche, même s'il avait cet effet, il me semble qu'il ne convient tout simplement pas de chercher à l'extérieur du régime fiscal la réparation d'une injustice que ce régime a lui-même créée.

Quant au premier point, je pars de la prémisse que la *Loi de l'impôt sur le revenu* et le régime du droit de la famille se retrouvent à des pôles presque opposés quant à leur façon d'envisager la détermination des sommes d'argent. Le régime fiscal tente d'être précis, pour ainsi dire au sou près, et l'assujettissement à l'impôt est régi par un code de règles dont les modalités et la complexité sont légendaires. Par contre, la détermination des sommes affectées aux besoins des enfants, un peu comme l'évaluation des dommages-intérêts, est notoirement imprécise. Il existe de nombreux principes directeurs, comme le bien-être de l'enfant et l'obligation des deux parents de contribuer à ses besoins selon leurs moyens, mais ces principes laissent place à un pouvoir discrétionnaire judiciaire très étendu. Ayant moi-même eu la tâche de fixer les pensions alimentaires pour enfants, je sais qu'il ne s'agit jamais d'un calcul mathématique simple. Dans ces circonstances, il est pour ainsi dire impossible à mon avis de recourir au droit de la famille pour corriger toute injustice créée par le

Furthermore, the evidence available in this record is strongly suggestive of a failure of the family law system to in fact correct the injustice created by paragraph 56(1)(b). In the Report of the Federal/Provincial/Territorial Family Law Committee, *The Financial Implications of Child Support Guidelines: Research Report*, (May 1992), one finds the following extracts (at page 90):

Tax consequences should be considered by everyone involved in determining child support awards whether they are the result of agreements between the parties, negotiations between lawyers or determined by the courts. Although the tax consequences should be an element of every child support determination, there is evidence to suggest that these calculations may not always be made. (A survey of judges was conducted in February 1990 by Judge R. James Williams. 147 judges responded to this survey. The results indicate that only a minority of lawyers present income tax calculations to the courts where it would be appropriate to do so. Furthermore the survey shows that a majority of judges will not do their own tax calculations if they are not presented by counsel.

Judge R. James Williams, *Child Support, An Update and Revision of Quantification of Child Support*, (1989) 18 R.F.L. 234, (May 2, 1990.) Moreover, where the tax consequences are considered, there are no formal guidelines showing how they should be taken into consideration.

and again (at pages 91-92):

Negotiations and settlements occur in the majority of support determinations in Canada. In cases where support awards have been negotiated and agreed upon by the parties, it is impossible to determine how or whether the income tax implications have been taken into account. Whether income tax implications have been taken into account or not support payors are allowed to deduct the total support amount paid.

If tax implications are to be taken into account there are a number of issues to consider. There is no guidance in the *Divorce Act*, nor provincial or territorial legislation as to how the calculations should be made or how the benefit of the deduction should be shared between the parties.

In most cases, where the court has arrived at a specific amount for the child's needs, that amount will then be divided in proportion to each parent's income. Then, the non-custodial parent's share is increased to compensate the custodial parent

mécanisme inclusion-déduction. C'est simplement un instrument trop brutal pour s'acquitter de cette tâche.

En outre, la preuve soumise dans le dossier laisse fortement entendre que le droit de la famille est en fait incapable de corriger l'injustice créée par l'alinéa 56(1)b). Dans le Rapport du Comité fédéral/provincial/territorial sur le droit de la famille intitulé *Les incidences économiques des règles de fixation des pensions alimentaires pour enfants: rapport de recherche* (mai 1992), on peut lire ce qui suit (à la page 101):

Toutes les personnes impliquées dans la détermination des pensions alimentaires pour enfants doivent tenir compte des incidences fiscales peu importe si les attributions résultent d'accords entre les parents, de négociations entre les avocats ou de décisions des tribunaux. Bien que les incidences fiscales devraient constituer un élément de toutes les déterminations de pensions alimentaires pour enfants, il existe des motifs de croire que ces calculs ne sont peut-être pas toujours effectués. (Une enquête sur les juges a été effectuée en février 1990 par le juge R. James Williams. Des réponses au questionnaire ont été reçues de 147 juges. Les résultats indiquent que seule une minorité d'avocats présentent les calculs relatifs à l'impôt sur le revenu aux tribunaux lorsqu'il conviendrait de le faire. De plus, l'enquête montre que la majorité des juges n'effectuent pas leurs propres calculs relatifs à l'impôt sur le revenu si l'avocat ne leur en présente pas.

Juge R. James Williams, *Child Support, An Update and Revision of Quantification of Child Support*, (1989) 18 R.F.L. 234, (le 2 mai 1990.) De plus, lorsque les conséquences fiscales sont effectuées, il n'existe aucune ligne directrice officielle montrant la façon dont on doit en tenir compte.

puis (aux pages 101 à 103):

La majorité des déterminations de pensions alimentaires au Canada sont effectuées par voie de négociation et de règlement. Dans les cas où les pensions alimentaires pour enfants ont été négociées entre les parents et acceptées par eux, il est impossible d'établir s'il a été tenu compte des incidences fiscales. Toutefois, que les incidences fiscales aient ou non été considérées dans l'attribution de pension alimentaire, le payeur aura la possibilité de déduire le montant total qu'il a payé à titre de pension alimentaire.

S'il faut tenir compte des incidences fiscales, plusieurs questions doivent être prises en considération. Dans la *Loi sur le divorce* et dans les lois provinciales et territoriales il n'est nullement indiqué, ni la façon dont les calculs doivent être effectués, ni la façon dont l'avantage de la déduction doit être partagé entre les parents.

Dans la plupart des cas, lorsque le tribunal fixe un montant représentant les besoins de l'enfant, ce montant est ensuite divisé en proportion du revenu respectif de chacun des parents. Puis, l'on augmente la part du parent non gardien afin de

for the tax that he or she will have to pay. The support payer would then deduct the total amount paid from his or her income, which may represent a greater tax benefit than the amount he actually paid to cover the tax which the custodial parent would have to pay. Where the tax implications have been dealt with in this way, the tax subsidy is often not passed on to the custodial parent for the children.

Where it is obvious that the parties do not have the means to cover the child's needs, the benefit of the deduction to the non-custodial parent may be raised as an incentive to slightly increase the amount of child support. However, there is no consensus or guidance as to how this deduction should be shared between the parties.

In order to ensure that the tax benefits are taken into account fairly, two extra steps would have to be performed in each child support determination: (1) the benefit of the deduction to the non-custodial parent would have to be determined and (2) the benefit should be divided between the parties. However, even if these two steps were applied, there remains the problem of how the benefit should be allocated between the parties. Arguments could be made that the benefit should be totally allocated to the child or that it should be divided equally between the parties or in proportion to both parents' share of the child's costs.

For custodial parents who are taxable, the responsibility of including the amount of support received within their income is another issue which deserves to be addressed. For custodial parents, saving the portion of the support payment that must be paid in income tax at the end of the year can be a significant burden. Although some may argue that this burden should not be recognized, custodial parents should be saving the portion of the award that applies to tax. In some cases, it is not financially possible to save this money each month without depriving the children. It is important to consider this issue in the context in which it actually occurs; namely that two-thirds of Canadian women and children live in poverty following divorce. However, in certain cases, the Child Tax Credit and Goods and Services Tax Credit could offset the taxes that are payable.

Another important issue is that the tax implications of a support award may vary with the passage of time. Ideally, child support orders should be varied to reflect the parties' changing marginal rates as such changes occur. This would ensure that the parties continue to be responsible for the same proportion of the children's needs throughout the years. At present, the legal costs of seeking a variation of support orders could serve as a deterrent for such applications.

dédommager le parent gardien de l'impôt qu'il devra payer. La personne qui paye la pension alimentaire déduit alors le montant total payé, de son revenu, ce qui peut représenter un avantage fiscal supérieur au montant réellement payé pour compenser l'impôt que le parent gardien devra payer. Très souvent, lorsque les incidences fiscales ont été prises en considération de cette façon, le bénéfice de la déduction n'est pas transmis au parent gardien pour le bénéfice des enfants.

Lorsqu'il est manifeste que les parents n'ont pas les moyens de subvenir aux besoins de l'enfant, l'avantage de la déduction pour le parent non gardien peut être considéré afin d'inciter à augmenter légèrement le montant de la pension alimentaire pour enfants. Cependant, il n'y a pas de consensus ni de prescription quant à la façon dont cette déduction doit être partagée entre les parents.

Pour faire en sorte que les bénéfices du système fiscal soient considérés de façon équitable, il faudrait prendre deux mesures supplémentaires dans le cadre de la détermination de la pension alimentaire de chaque enfant: 1) l'avantage de la déduction pour le parent non gardien devrait être déterminé et 2) cet avantage devrait être expressément divisé entre les parents. Cependant, même si ces deux mesures étaient prises, il reste le problème de la façon dont l'avantage doit être réparti entre les parents. On pourrait alléguer que l'avantage devrait être attribué entièrement à l'enfant ou qu'il devrait être divisé entre les parents également ou en proportion de leur participation respective aux coûts engagés pour l'enfant.

La responsabilité, pour le parent gardien dont le revenu est imposable, d'inclure le montant de la pension alimentaire reçue dans son revenu est une autre question qu'il vaut la peine d'étudier. Pour le parent gardien, économiser la fraction du paiement de la pension alimentaire qui doit être payée en impôt sur le revenu à la fin de l'année peut se révéler un lourd fardeau. Bien que certains puissent soutenir que ce fardeau ne doit pas être reconnu, les parents gardiens doivent économiser la fraction de l'attribution qui concerne l'impôt. Dans certains cas, il n'est pas possible, financièrement, d'économiser cet argent chaque mois sans imposer des privations aux enfants. Il est important d'étudier cette question dans le contexte réel où elle se présente, à savoir que les deux tiers des femmes et des enfants du Canada vivent dans la pauvreté après un divorce. Cependant, dans certains cas, le crédit d'impôt pour enfants et le crédit d'impôt pour taxe sur les produits et services peuvent compenser les impôts à payer.

Un autre point important dont il faut tenir compte est que les incidences fiscales d'une attribution de pension alimentaire peuvent varier avec le passage du temps. Il serait idéal que les ordonnances alimentaires varient de façon à traduire l'évolution des taux d'imposition marginaux des parents à mesure qu'elle se produit. On s'assurerait ainsi que les parents continuent d'être responsables de la même proportion des besoins des enfants au cours des années. À l'heure actuelle, les frais juridiques qu'il faudrait engager pour faire modifier les ordonnances alimentaires ont un effet de dissuasion sur de telles demandes.



By the same token, in a paper entitled *Child Support Policy: Income Tax Treatment and Child Support Guidelines*, by Ellen B. Zweibel and Richard Shillington, following an analysis of the impact of the alleged “tax subsidy” given by the inclusion/deduction system, the authors comment (at page 17):

What about the 49% of cases in Table 2.3 (*Evaluation awards*) and the 48% of cases in Table 2.5 (*Melson/Delaware awards*) where the deduction/inclusion provisions did not produce a subsidy? How do family lawyers and judges respond to the conundrum presented by the *Income Tax Act's* effect on these households?

Family law determines child support based on the children's needs and the parent's relative abilities to meet those needs. In some cases, the child support is then adjusted for income tax. When the custodial mother's tax liability exceeds the father's tax savings, the tax adjustment becomes more problematic and less likely. The father's tax savings can no longer be used to persuade him to pay a fully grossed-up award. If the father indemnifies the mother for her tax liability, the effect on his disposable income is greater than he anticipated and arguably greater than he originally agreed to. But, if the support payment is not fully grossed up, then the effective value of the child support payment is considerably diminished. The custodial mother receives less child support than she originally anticipated and is left to make up any shortfall. **The deduction/inclusion provisions do not work for these cases and the Finance Department's primary rationale supporting the current tax regime ignores them.**

Under the right circumstances, the deduction/inclusion provisions can provide a beneficial subsidy to separated and divorced families. The payor's tax savings must exceed the recipient's tax liability. The payor and recipient must have a common goal of increasing the support available for the children and they must be assisted by accountants and lawyers.

However, circumstances are not always right. This research shows the real possibility that little or no subsidy is available to a sizeable number of separated and divorced families. The current policy also ignores the reality that child support is a contentious issue and that non-custodial fathers seeking to minimize their payments may not readily agree to either a gross-up or to a further sharing of any tax savings above the gross-up. The Finance Department's rationale also ignores the number of persons who settle their child support arrangements on their own, without the assistance of lawyers or accountants,

De même, dans un article intitulé *Child Support Policy: Income Tax Treatment and Child Support Guidelines*, par Ellen B. Zweibel et Richard Shillington, après avoir analysé l'incidence de l'«avantage fiscal» qui découlerait du système inclusion-déduction, font les commentaires suivants (à la page 17):

[TRADUCTION] Qu'en est-il des 49 % de cas rapportés au tableau 2.3 (montants adjugés selon l'*Évaluation*) et des 48 % de cas rapportés au tableau 2.5 (montants adjugés selon Melson/Delaware) où les règles de l'inclusion-déduction n'ont créé aucun avantage? Comment les avocats et les juges qui exercent en droit de la famille répondent-ils au casse-tête que représentent pour ces foyers les effets de la *Loi de l'impôt sur le revenu*?

Le montant des pensions alimentaires destinées aux enfants est déterminé en droit de la famille en fonction des besoins des enfants et de la capacité respective des parents de subvenir à ces besoins. Dans certains cas, la pension alimentaire destinée aux enfants est rajustée aux fins de l'impôt sur le revenu. Lorsque l'obligation fiscale de la mère ayant la garde des enfants excède le dégrèvement d'impôt dont bénéficie le père, le rajustement fiscal devient plus problématique et moins susceptible d'être effectué. On ne peut plus invoquer le dégrèvement d'impôt dont bénéficie le père pour le persuader de verser un montant pleinement majoré. Si le père indemnise la mère relativement à son obligation fiscale, l'incidence sur son revenu net est plus importante que ce qu'il avait prévu et, pourrait-on soutenir, que ce dont il avait d'abord convenu. Toutefois, si la pension alimentaire n'est pas pleinement majorée, sa valeur réelle est grandement diminuée. La mère gardienne reçoit moins d'argent pour subvenir aux besoins de ses enfants qu'elle ne l'avait d'abord prévu, et elle doit elle-même combler ce manque. **Les règles relatives à l'inclusion et à la déduction ne fonctionnent pas dans ces cas, et le raisonnement du ministère des Finances qui sous-tend le régime fiscal actuel n'en tient pas compte.**

Dans des circonstances appropriées, les dispositions relatives à l'inclusion et à la déduction peuvent offrir un avantage aux familles dont les parents sont séparés ou divorcés. Le dégrèvement dont jouit le payeur doit excéder l'obligation fiscale du bénéficiaire. Le payeur et le bénéficiaire doivent avoir pour objectif commun d'accroître la pension alimentaire pour les enfants et, pour ce faire, ils doivent être assistés par les comptables et les avocats.

Toutefois, les circonstances ne sont pas toujours appropriées. Notre recherche démontre le risque réel qu'un nombre considérable de familles dont les parents sont séparés ou divorcés retiennent peu ou pas d'avantage. La politique actuelle néglige également le fait que la pension alimentaire pour enfants est une question litigieuse et que les pères non gardiens qui cherchent à réduire au minimum leurs paiements peuvent ne pas volontiers convenir de majorer la pension ou de partager en outre tout dégrèvement d'impôt qui excède la majoration. Le raisonnement du ministère des Finances néglige également le nom-

the number of lawyers and judges who rely on rough estimates and the number of cases where, despite the custodial mother's lawyer's careful tax calculations, the "glass ceiling" moves in to reduce the award. [Emphasis in original text.]

These materials, in my view, greatly weaken any argument that the family law system can be relied upon to correct problems created by paragraph 56(1)(b).

My second objection to the position taken by the Tax Court Judge is more fundamental. It relates in effect to causation. Both in theory and in fact, income tax comes after income. If there is no income there is no tax. Thus, when the *Income Tax Act* creates a charge it necessarily does so on the basis that there is a source of income upon which that charge can operate. If the charge itself offends the equality provisions of the Charter, however, it is logically indefensible to claim that there is no breach because the source can adjust to correct the inequality. In concrete terms, if the family law system requires a gross-up of maintenance for income tax, that can only be because the *Income Tax Act* taxes maintenance payments made to the custodial single parent. If that tax is itself in breach of section 15 of the Charter, calling the family law system in aid is putting the cart before the horse.

Accordingly, I conclude that paragraph 56(1)(b) offends the rights of single custodial parents to equality before and under the law and to equal benefit of the law and that it can only apply to the applicant if it can be saved by section 1.

The various steps of a section 1 analysis are well known and have been many times restated since the landmark decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Oakes*.<sup>14</sup>

The first stage requires an assessment of the objectives sought to be achieved by the impugned provi-

bre de personnes qui règlent le montant des pensions alimentaires pour enfants eux-mêmes, sans l'aide des avocats ou des comptables, le nombre d'avocats et de juges qui s'appuient sur des évaluations approximatives et le nombre de cas où, en dépit des calculs fiscaux minutieux de l'avocat de la mère qui a la garde, le phénomène du «plafonnement voilé» entre en jeu et réduit le montant en question. [Caractères gras dans le texte original.]

À mon avis, ces documents portent un dur coup à l'argument portant que le régime du droit de la famille peut être invoqué pour corriger les difficultés créées par l'alinéa 56(1)b).

Ma seconde objection à la position adoptée par le juge de la Cour de l'impôt est plus fondamentale. Elle porte en fait sur la causalité. En théorie et en fait, l'impôt sur le revenu dépend du revenu. Pas de revenu, pas d'impôt. Ainsi, lorsque la *Loi de l'impôt sur le revenu* crée une obligation, elle le fait nécessairement sur le fondement qu'il y a une source de revenu à laquelle cette obligation peut se rattacher. Si toutefois l'obligation elle-même porte atteinte aux dispositions de la Charte relatives à l'égalité, on ne peut logiquement soutenir qu'il n'y a aucune violation parce que la source peut être rajustée de façon à corriger l'inégalité. En termes concrets, si le régime du droit de la famille requiert une majoration de la pension alimentaire aux fins de l'impôt sur le revenu, ce ne peut être que parce que la *Loi de l'impôt sur le revenu* impose la pension alimentaire versée au parent célibataire gardien des enfants. Si cet impôt constitue lui-même une violation de l'article 15 de la Charte, recourir au régime du droit de la famille revient à mettre la charrue devant les bœufs.

Je conclus donc que l'alinéa 56(1)b) viole le droit des parents célibataires qui ont la garde d'enfants à l'égalité dans et devant la loi et au même bénéfice de la loi, et qu'il ne peut s'appliquer à la requérante que s'il peut être sauvegardé par l'article premier.

Les différentes étapes de l'analyse fondée sur l'article premier sont bien connues et ont été exposées à maintes reprises depuis la décision marquante de la Cour suprême du Canada dans *R. c. Oakes*.<sup>14</sup>

La première étape consiste à évaluer les objectifs poursuivis par la disposition contestée et à déterminer

<sup>14</sup> [1986] 1 S.C.R. 103.

<sup>14</sup> [1986] 1 R.C.S. 103.

sion and a determination of whether they are important enough to warrant a Charter breach.

The objectives of the inclusion/deduction system are described as follows by Beetz J. in *Gagnon v. The Queen*<sup>15</sup> (at page 268):

Thus, the amount deductible by the taxpayer under s. 60(b) is taxable in the hands of the recipient under s. 56(1)(b).

The purpose of these provisions, by allowing income splitting between former spouses or separated spouses, is to distribute the tax burden between them. As C. Dawe wrote in an article titled "Section 60(b) of the *Income Tax Act*: An Analysis and Some Proposals for Reform" (1979), 5 *Queen's L.J.* 153:

This allows the spouses greater financial resources than when living together, compensating in part for the lost economics of maintaining a single household.

Likewise, in the Report of the Federal/Provincial/Territorial Family Law Committee, *supra*, the following appears (at pages 84-85):

There are a number of policy considerations for the deduction of support payments by the payer and inclusion of these amounts as taxable income to the recipient. The rationale for this policy has been provided by the Department of Finance. First, it is a principle of taxation that, where a deduction has been claimed by a payor in respect of a payment, the recipient of that payment should pay income tax on it. Second, by requiring support recipients to include the amount of child support within their income, the system recognizes the basic principle of fairness that tax payers with the same incomes from different sources should pay the same amount of tax. Third, the tax assistance offered by the deduction may provide an incentive for the payer to make regular and complete payments. (Despite this policy, Ontario recently announced that 75 per cent of support payers were in some default in the payment of support orders.) Fourth, the tax treatment provides a subsidy which benefits the children since it encourages higher support payments.

When the policy was developed, the majority of support payors were in a higher tax bracket than the recipients. Since a dollar of support payment gives rise to a greater tax reduction to the payer than tax increase to the recipient, the deduction lowers the combined federal plus provincial taxes of the separated couple and may provide an incentive for the payer to increase the support payments. However, since the number of tax brackets have been reduced, support creditors and debtors are not necessarily in different tax brackets although one may earn more than the other.

s'ils sont suffisamment importants pour justifier une violation de la Charte.

Les objectifs poursuivis par le système inclusion-déduction sont décrits comme suit par le juge Beetz dans l'arrêt *Gagnon c. La Reine*<sup>15</sup> (à la page 268):

Ainsi, la somme déductible pour le contribuable en vertu de l'al. 60b) est imposable pour le bénéficiaire en vertu de l'al. 56(1b).

En permettant aux ex-conjoints ou aux conjoints séparés un fractionnement de leurs revenus (*income splitting*), ces dispositions ont pour but de partager entre eux le fardeau fiscal. Comme l'écrit C. Dawe dans un article intitulé «Section 60(b) of the *Income Tax Act*: An Analysis and Some Proposals for Reform» (1979), 5 *Queen's L.J.* 153:

[TRADUCTION] Cela donne aux conjoints de plus grandes ressources financières que s'ils vivaient ensemble, compensant en partie pour l'économie perdue que constitue le fait de maintenir un seul foyer.

De même, dans le Rapport du Comité fédéral/provincial/territorial sur le droit de la famille, on lit ceci (aux pages 93 et 94):

Il existe un certain nombre de raisons de principe à la déduction des paiements de pensions alimentaires par le payeur et à l'inclusion de ces montants dans le revenu imposable du bénéficiaire. La raison d'être de cette politique a été expliquée par le ministère des Finances. Tout d'abord, c'est un principe de l'impôt que, lorsqu'une déduction a été prise à l'égard d'un paiement, le bénéficiaire de ce paiement doit payer de l'impôt sur celui-ci. En second lieu, le traitement fiscal accordé à l'égard des paiements de pensions alimentaires est conforme au principe de base de l'équité selon lequel des contribuables ayant les mêmes revenus provenant de différentes sources doivent payer le même montant d'impôt. Troisièmement, l'aide fiscale apportée par la déduction peut encourager le payeur à faire des paiements réguliers et complets. (Malgré cette politique, l'Ontario a annoncé récemment que 75 % des personnes qui paient des pensions alimentaires pour enfants ne se conforment pas entièrement à l'ordonnance alimentaire.) Quatrièmement, ce traitement fiscal constitue une subvention qui profite aux enfants puisqu'elle encourage le payeur à effectuer des paiements de pensions alimentaires plus élevés.

Lorsque la politique a été élaborée, la majorité des personnes qui payaient des pensions alimentaires se trouvaient dans une tranche d'imposition plus élevée que celle des bénéficiaires. Étant donné qu'un dollar de paiement de pensions alimentaires pour enfants permet au payeur de déduire un montant d'impôt supérieur à l'augmentation d'impôt que subit le bénéficiaire, la déduction réduit les impôts fédéral et provincial combinés du couple séparé et peut encourager le payeur à augmenter le montant des paiements de pensions alimentaires pour enfants. Toutefois, comme le nombre de tranches d'imposition a été réduit, les créanciers et les débiteurs de pensions alimen-

<sup>15</sup> [1986] 1 S.C.R. 264.

<sup>15</sup> [1986] 1 R.C.S. 264.

According to 1988 taxation statistics provided by Revenue Canada, about 60 per cent of support payers were in the top two tax brackets prior to the deduction of support payments. Almost 90 per cent of recipients were either non-taxable or in the lowest tax bracket. After the deduction/inclusion of child support, 50 per cent of payers remain in the top two brackets, while 80 per cent of recipients remain non-taxable or in the lowest tax bracket. Again, these figures demonstrate the great disparity of income between support recipients (who are mostly women with children) (according to the Divorce Act Evaluation, women were awarded sole custody of the children in three-quarters of the cases, and in 98 per cent of the cases, the direction of support is from the father to the mother) and support payers (who are mostly men). This evidence also suggests that, in the large majority of cases, there may be some need for sharing the tax savings from the deduction of support payments with the children.

Despite the strong indication in the last two paragraphs of the quoted extract that the "tax subsidy" objective (clearly the most important) is not being achieved (as to which I shall have more to say presently), I have little difficulty in concluding that such objective meets the required level of importance.

Likewise, the next step, which requires the Court to be satisfied that there is a rational connection between the impugned provision and the legislative objective, presents little difficulty. While it might, in some cases, be argued that the ineffectiveness of a provision is so great as to cast doubt on the rational connection between it and its objective, I do not think that can be said to be the case here.

The last two stages of the section 1 analysis, minimum impairment and proportionality, present far more difficulty, however. The last two paragraphs of the Federal/Provincial/Territorial Family Law Committee Report, just quoted, hint at the manner in which the inclusion/deduction system operates in an unduly intrusive and disproportionate manner in some cases.

taires ne sont pas nécessairement soumis à des taux d'imposition différents malgré que les uns peuvent avoir des revenus supérieurs à ceux des autres.

Selon des statistiques sur l'imposition de 1988 fournies par Revenu Canada, environ 60 % des personnes effectuant des paiements de pensions alimentaires pour enfants se trouvaient dans les deux tranches d'imposition supérieures avant la déduction des paiements de pensions alimentaires. Près de 90 % des bénéficiaires étaient soit non imposables ou dans la tranche d'imposition la plus basse. Après la déduction par le payeur et l'inclusion par le bénéficiaire des paiements de pensions alimentaires, 50 % des payeurs demeurent dans les deux tranches d'imposition les plus élevées, tandis que 80 % des bénéficiaires restent non imposables ou dans la tranche d'imposition la plus basse. De nouveau, ces montants montrent la grande disparité de revenu qui existe entre les bénéficiaires de pensions alimentaires (qui sont surtout des femmes et des enfants) (Selon l'Évaluation de la Loi sur le divorce, les femmes se sont vues attribuer la garde exclusive des enfants dans les trois quarts des cas. Dans 98 % des cas, la pension alimentaire pour enfants allait du père à la mère) et les payeurs de pensions alimentaires (qui sont surtout des hommes). Ces chiffres probants semblent aussi indiquer que, dans la vaste majorité des cas, il existe des possibilités de partager avec les enfants, les économies d'impôt provenant de la déduction des paiements de pensions alimentaires.

Bien que les deux derniers paragraphes cités ci-dessus laissent fortement à entendre que l'objectif relatif à l'«avantage fiscal» (manifestement le plus important) n'est pas atteint (j'y reviendrai davantage dans un moment), je n'hésite pas à conclure que cet objectif est suffisamment important.

De même, l'étape suivante, où la Cour doit être convaincue qu'il existe un lien rationnel entre la disposition contestée et l'objectif législatif, présente peu de difficulté. Si on pourrait soutenir dans certains cas qu'une disposition est inefficace au point de susciter un doute quant au lien rationnel qui la rattache à son objectif, je ne crois pas que ce soit le cas en l'espèce.

Les deux dernières étapes de l'analyse fondée sur l'article premier, soit l'atteinte minimale et la proportionnalité, présentent toutefois beaucoup plus de difficultés. Les deux derniers paragraphes du Rapport du Comité fédéral/provincial/territorial sur le droit de la famille cités ci-dessus donnent un aperçu de l'application excessivement importune et disproportionnée du système inclusion-déduction dans certains cas.

By the same token, the passage from Zweibel and Shillington, quoted earlier, which is based on an analysis by those authors of data produced by the Government itself,<sup>16</sup> suggest that the inclusion/deduction system only produces a tax subsidy in slightly over 50 per cent of the cases.

The same authors, after examining other forms of "tax recognition" granted to single custodial parents such as tax credits, conclude as follows (at pages 22-23):

2.5.2.1 Custodial mothers receive greater tax recognition than the non-custodial fathers primarily when they qualify for the refundable child tax credit. Otherwise the non-custodial father is favoured.

The custodial mother received greater tax recognition of the cost of raising children than the non-custodial father in 56% of the cases (95 of 171 cases). However, 97% of these cases (92 of 95 cases) involved custodial mother's with taxable income (pre-child support) in the lowest tax bracket and 90% (85 of 95 cases) had incomes under \$20,000. Thus, the custodial mother's tax recognition exceeded the non-custodial father's primarily when her income was low enough to qualify for the full refundable child tax credit.

It is important to note that not all custodial mothers in the lowest income tax bracket were favoured. Approximately one third of these mothers (45 of 137) had less tax recognition than the non-custodial fathers from whom they received payments.

2.5.2.2 There is a significant disadvantage for custodial mothers in the middle income tax bracket.

The picture changes dramatically once the custodial mother's income rises above the first income tax bracket. In 91% of these cases (31 of 34 cases), her tax recognition is less than the non-custodial father's. There were 38 cases (22% of total cases in the data base) where the custodial mother effectively received no recognition of the cost of raising children because her tax liability on the support payment exceeded her child related tax credits. These cases were concentrated in the middle income tax bracket where 65% of the custodial mothers were in this position.

<sup>16</sup> Canada, Department of Justice, Bureau of Review, *Evaluation of the Divorce Act—Phase II: Monitoring and Evaluation* (Ottawa, Queen's Printer, 1990).

De même, le passage de Zweibel et de Shillington, précité, qui repose sur leur analyse effectuée à partir de données publiées par le gouvernement lui-même<sup>16</sup>, donne à entendre que le système inclusion-déduction n'engendre un avantage fiscal que dans un peu plus de 50 p. 100 des cas.

Après avoir examiné d'autres formes de «reconnaissance fiscale» accordée à des parents célibataires ayant garde d'enfants, comme les crédits d'impôt, les mêmes auteurs concluent ce qui suit (aux pages 22 et 23):

2.5.2.1 [TRADUCTION] Les mères qui ont la garde des enfants bénéficient d'une plus grande reconnaissance fiscale que les pères qui ne sont pas gardiens, principalement lorsqu'elles ont droit au crédit d'impôt remboursable pour enfant. Autrement, le père non gardien est avantagé.

La mère gardienne de ses enfants a joui d'une plus grande reconnaissance fiscale du coût imputable à l'éducation des enfants que le père non gardien dans 56 % des cas (95 sur 171). Toutefois, dans 97 % de ces cas (92 sur 95), la mère ayant la garde avait un revenu imposable (avant la pension alimentaire pour enfants) qui se situait dans le taux d'imposition le plus bas, et dans 90 % des cas (85 sur 95), elle avait un revenu inférieur à 20 000 \$. Ainsi, la reconnaissance fiscale de la mère ayant la garde des enfants excédait celle du père non gardien principalement lorsque le revenu de celle-ci était suffisamment bas pour la rendre admissible au remboursement intégral du crédit d'impôt pour enfant.

Il importe de signaler que ce ne sont pas toutes les mères gardiennes assujetties au taux d'imposition le plus bas qui ont été avantagées. Environ un tiers de ces mères (45 sur 137) jouissaient d'une reconnaissance fiscale inférieure à celle des pères non gardiens desquels elles recevaient des paiements.

2.5.2.2 Les mères gardiennes imposées selon le taux moyen subissent des désavantages considérables.

Le changement est frappant lorsque le revenu de la mère gardienne se situe au-dessus du taux d'imposition le plus bas. Dans 91 % de ces cas (31 sur 34), la reconnaissance fiscale dont jouit la mère est inférieure à celle du père non gardien. Dans 38 cas (22 % de tous les cas rapportés dans la base de données), la mère gardienne n'a véritablement joui d'aucune reconnaissance du coût imputable à l'éducation des enfants du fait que son obligation fiscale à l'égard des paiements de pension alimentaire excédait ses crédits d'impôt relatifs aux enfants. Cette situation affectait essentiellement les mères gardiennes d'enfants imposées selon le taux applicable aux revenus moyens, soit 65 % des mères en cause.

<sup>16</sup> Canada, Ministère de la Justice, Bureau de l'Examen, *Évaluation de la Loi sur le divorce—Étape II: Contrôle et évaluation* (Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1990).

2.5.2.3 The tax system contributes to custodial mothers downward trend in standard of living.

A snapshot of the relative standard of living of the non-custodial and custodial households, both in relationship to each other and to the family's pre-separation standard of living is provided in Table 2.7. The custodial mother's household standard of living always declines relative to the family's pre-separation standard of living. In stark contrast, 57% of the non-custodial fathers maintain or improve their standard of living.

The Justice Department Evaluation<sup>17</sup> itself talks in similar terms (at page 132):

It is beyond the scope of the present evaluation to enter into the debate about the most appropriate model for apportioning the costs or raising children. The data suggest, however, that as in Phase I, the burden falls disproportionately on the custodial parent who is, usually, but not exclusively, the woman. Some indications of this are that, except in the very lowest income groups, men were ordered to pay about 18 percent of their gross income in support or about \$250.00 per child per month. At the same time, the bare minimum cost of raising a pre-school-child in a single parent family has recently been estimated at \$350.00 without child care and \$790.00 per month with child care. While some proportion of this cost will be borne by the custodial parent who will generally earn less than the non-custodial parent, the more telling statistics are that most men without custody have incomes after paying support which leave them considerably above the poverty line while a majority of women with custody of the children have, after receiving support, incomes putting them below the poverty lines for various family sizes.

The Government takes issue with the figures produced by Zweibel and Shillington, primarily on the basis that the data base used by them (which, as noted, was published by the Government itself) is too small and is also unreliable. The affidavit of Nathalie Martel<sup>18</sup> produced by the respondent proposes use of a larger and more up-to-date data base also generated by the Department of Justice: "Child Support Award Database". Based on this, Ms. Martel develops her own figures to show how many couples enjoy a net tax gain and how many suffer a net tax loss as a result of the application of the present system. She divides the couples according to income of the custodial parent into income ranges of \$10,000 (a classification different from that used in the *Income Tax Act* to establish marginal rates and relied on by Zweibel & Shillington). The results follow.

<sup>17</sup> *Supra*, footnote 16.

<sup>18</sup> Respondent's supplementary record, at p. 147.

2.5.2.3 Le régime fiscal contribue à la tendance à la baisse du niveau de vie des mères gardiennes d'enfants.

Le tableau 2.7 offre une vue du niveau de vie relatif du foyer gardien et du foyer non gardien d'enfants, aussi bien comparativement l'un à l'autre qu'au niveau de vie de la famille avant la séparation. Le niveau de vie du foyer des mères gardiennes diminue par rapport à celui de la famille avant la séparation. Il est au contraire frappant de remarquer que 57 % des pères non gardiens maintiennent ou améliorent leur niveau de vie.

L'Évaluation du ministère de la Justice<sup>17</sup> elle-même utilise les mêmes termes (à la page 145):

Il sort du cadre de la présente évaluation de discuter de la meilleure façon de répartir les coûts de l'éducation des enfants. Toutefois, les données semblent indiquer, tout comme à l'Étape I, que le fardeau incombe davantage sur le parent qui a la garde soit, le plus souvent, mais pas toujours, la mère. Ainsi, sauf dans les groupes ayant les revenus les moins élevés, les hommes étaient tenus de payer environ 18 pour 100 de leur revenu brut en prestations alimentaires, soit environ 250 \$ par enfant par mois. Or, dans une famille monoparentale, on [sic] estimait récemment qu'il en coûte, au strict minimum, 350 \$ par mois pour élever un enfant d'âge préscolaire en sus des soins de l'enfant ou 790 \$ par mois, en incluant les soins de l'enfant. Bien qu'une partie de ces coûts seront assumés par le parent ayant la garde, qui gagne habituellement moins que le parent qui n'a pas la garde, les statistiques les plus révélatrices nous indiquent que la plupart des hommes qui n'ont pas la garde jouissent encore, après le paiement des prestations alimentaires, d'un revenu qui les situe bien au-dessus du seuil de la pauvreté, tandis que la majorité des femmes qui ont la garde des enfants doivent se contenter, après avoir reçu leurs prestations alimentaires, d'un revenu qui les place en-dessous des seuils de pauvreté pour des familles de tailles diverses.

Le gouvernement s'inscrit en faux contre les chiffres soumis par Zweibel et Shillington, principalement pour le motif que la base de données utilisée (qui, tel qu'il est indiqué, a été publiée par le gouvernement lui-même) est trop restreinte et peu fiable. L'affidavit de Nathalie Martel<sup>18</sup> soumis par l'intimée propose l'utilisation d'une base de données élargie et plus récente, également publiée par le ministère de la Justice: «Child Support Award Database». Sur son fondement, Mme Martel élabore ses propres chiffres pour démontrer combien de couples jouissent d'un dégrèvement d'impôt net et combien subissent un accroissement d'impôt net en raison de l'application du système actuel. Elle partage les couples selon le revenu du parent qui a la garde des enfants en tranches de revenu de 10 000 \$ (une classification différente de celle qui est utilisée dans la *Loi de l'im-*

<sup>17</sup> *Op. cit.*, note en bas de page 16.

<sup>18</sup> Dossier supplémentaire de l'intimée, à la p. 147.

Only in the \$0—\$10,000 and \$10—\$20,000 ranges are the number of winners (90 and 279 respectively) greater than the number of losers (0 and 62). In the other income categories the majority are always net losers from an income tax perspective (i.e. there is a greater tax burden as a result of the inclusion/deduction system). These are the figures:

Income range	Winners	Losers	Revenu	Gagnants	Perdants
\$20—\$30,000	42	105	20 à 30 000 \$	42	105
\$30—\$40,000	2	71	30 à 40 000 \$	2	71
\$40—\$50,000	6	18	40 à 50 000 \$	6	18
\$50,000 +	—	7	50 000 \$ +	—	7

Overall, in 59% of the cases the parents pay less tax on the maintenance payments than they would if there was no inclusion/deduction requirement (winners); 37% of parents suffer a tax disadvantage under the present regime (losers) and in 4% of cases the result is neutral.

Because Ms. Martel was of the view that the figures reported in the data base which she had chosen were possibly skewed by alleged under-reporting (a proposition which in my view has not been demonstrated) she has massaged them so as to make them conform to the general profile of Canadian taxpayers. Assuming, for argument's sake only, that this is a legitimate exercise, the results are not very much more favourable to the Government's case:

Income range	Winners	Losers	Revenus	Gagnants	Perdants
\$0 —\$10,000	90	—	0 à 10 000 \$	90	—
\$10—\$20,000	305	38	10 à 20 000 \$	305	38
\$20—\$30,000	66	82	20 à 30 000 \$	66	82
\$30—\$40,000	6	65	30 à 40 000 \$	6	65
\$40—\$50,000	8	16	40 à 50 000 \$	8	16
\$50,000 +	1	6	50 000 \$ +	1	6

Again the winners outnumber the losers only where the income of the custodial parent is in the two lowest ranges. Amongst such persons there must be a substantial number who, because of their very low

*pôt sur le revenu* pour établir les taux marginaux, à laquelle se sont reportés Zweibel et Shillington). Les résultats suivent.

Ce n'est que dans les tranches de 0 à 10 000 \$ et 10 000 \$ à 20 000 \$ que le nombre de gagnants (90 et 279 respectivement) est supérieur au nombre de perdants (0 et 62). Dans les autres tranches de revenus, la majorité des personnes subissent toujours un accroissement net d'impôt (c'est-à-dire que leur fardeau fiscal est plus lourd du fait du système inclusion-déduction). Voici les chiffres:

Dans l'ensemble, dans 59 % des cas les parents paient moins d'impôt sur les pensions alimentaires qu'ils ne le feraient si le système inclusion-déduction n'existait pas (les gagnants); 37 % des parents subissent un accroissement d'impôt dans le cadre du régime actuel (les perdants) et, dans 4 % des cas, le résultat est neutre.

M<sup>me</sup> Martel étant d'avis que les chiffres publiés dans la base de données qu'elle a choisie étaient peut-être biaisés du fait que des revenus moindres pouvaient avoir été déclarés (une prétention qui à mon avis n'a pas été étayée), elle les a modifiés de manière qu'ils soient conformes au profil d'ensemble des contribuables canadiens. Si on suppose, pour des fins de discussion seulement, qu'il s'agit là d'un exercice légitime, les résultats ne favorisent guère plus la prétention du gouvernement:

Encore une fois, le nombre de gagnants n'excède celui des perdants que lorsque le revenu du parent qui a la garde des enfants se retrouve dans les deux tranches de revenus les plus basses. Parmi ces per-

incomes, pay no tax at all and are therefore bound to be net "winners" from the inclusion of maintenance payments in an income which attracts no tax. In all the other income ranges the losers outnumber the winners.

The respective percentages under the revised figures are 67% winners, 29% losers and 4% neutral.

Under either calculation, and even when a couple "wins", i.e. jointly pay less tax than they would without the inclusion/deduction system, the *Income Tax Act* imposes no requirement that the tax saving or "subsidy" thus created will be passed on to the children who are the intended beneficiaries. And, as we have seen, there is good reason to doubt that this actually takes place in many cases and that the family law system effectively corrects the problem. On the other hand, of course, the non-custodial parent is virtually always a winner by reason of having his taxable income reduced. Only in the very unusual circumstances where a) the payments are fully and accurately grossed up for tax consequences and b) the custodial recipient is in a higher marginal tax bracket than the non-custodial payer, would the latter end up being disadvantaged by the present system. While such a case may exist I have never heard of it.

The upshot of all the foregoing is that even on the Government's own figures the inclusion/deduction system, whose alleged purpose is to benefit single custodial parents and their children, cannot do so in at least one third of the cases. There is no guarantee that it actually does so in the remaining two thirds of the cases and there is evidence to suggest that it does not.

Since the burden of proving section 1 justification lies upon the Government, it is my view that this material falls lamentably short of the mark. Indeed, far from being a measured, proportionate response to a perceived problem, the inclusion/deduction system frequently fails to give any benefit at all to those whom it is allegedly designed to assist, almost always

sonnes, il doit y en avoir un nombre important qui, en raison de leur revenus très bas, ne paient absolument aucun impôt et ne peuvent par conséquent que réaliser un «gain» net du fait de l'inclusion des paiements de pension alimentaire dans un revenu qui ne justifie aucun impôt. Pour toutes les autres tranches de revenus, le nombre de perdants excède celui des gagnants.

Les pourcentages respectifs selon les chiffres corrigés sont les suivants: 67 % de gagnants, 29 % de perdants et 4 % neutres.

Quel que soit le calcul, et même lorsqu'un couple «gagne», c'est-à-dire qu'il paie moins d'impôt qu'il ne le ferait sans le système inclusion-déduction, la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne requiert aucunement que ce dégrèvement ou «avantage» ainsi réalisé soit transmis aux enfants qui sont les bénéficiaires visés. Et, comme nous l'avons vu, il y a de bonnes raisons de douter que cela se produit effectivement dans de nombreux cas et que le droit de la famille remédie véritablement à la situation. D'autre part, le parent qui n'a pas la garde est évidemment pour ainsi dire toujours gagnant puisque son revenu imposable est réduit. Ce n'est que dans les circonstances très inhabituelles, où a) les paiements sont pleinement et exactement majorés pour tenir compte des conséquences fiscales et que b) le bénéficiaire qui a la garde des enfants est assujéti à un taux d'imposition supérieur à celui du payeur qui n'a pas la garde, que ce dernier est désavantagé par le système actuel. Bien qu'un tel cas puisse exister, je n'en ai jamais entendu parler.

Il résulte de tout ce qui précède que, même d'après les propres chiffres du gouvernement, le système inclusion-déduction, dont l'objectif allégué vise à avantager les parents célibataires qui ont la garde et leurs enfants, ne peut atteindre cet objectif dans au moins le tiers des cas. Rien ne garantit qu'il ne l'atteigne dans les autres cas, la preuve allant plutôt dans le sens opposé.

Étant donné que l'obligation de démontrer la justification d'une disposition en vertu de l'article premier repose sur le gouvernement, je suis d'avis que le document en question échoue lamentablement. De fait, loin d'être une réponse mesurée et proportionnée à un problème ressenti, le système inclusion-déduction fréquemment n'arrive pas à accorder un bénéfice



benefits those who do not need assistance, and contains no corrective or control mechanisms designed to remedy the problem. The system does not meet the minimum impact and proportionality tests and the section 1 justification fails.

Before concluding, there are a number of relatively minor and ancillary points which require to be mentioned.

First, there was some suggestion by the respondent that the tax disadvantage suffered by separated custodial parents was offset in other parts of the *Income Tax Act*. Notably, reference was made to the equivalent-to-married credit (paragraph 118(1)(b) [as am. by S.C. 1988, c. 55, s. 92]), the dependant tax credit (paragraph 118(1)(d) [as am. *idem*]) and the child tax credit (section 122.2 [as enacted by S.C. 1978-79, c. 5, s. 4; as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 65; 1988, c. 55, s. 97]). Those credits were fully and adequately dealt with by the Tax Court Judge who concluded that each of them was independent of the inclusion/deduction system and therefore could not be said to be a corrective to it. In any event, the aggregate of all such credits in 1989 was less than the amount of the tax loss actually suffered by the applicant as a result of the inclusion/deduction system.

Second, counsel for the respondent suggested that any finding that paragraph 56(1)(b) was invalid or inoperative by reason of section 15 of the Charter would necessarily carry with it a finding that the “deduction” counterpart in paragraph 60(b) must also fail and she asked us to so find. I am not prepared to accede to that request. In the first place, paragraph 60(b) has not been the focus of this litigation and it is not impossible that other considerations, or indeed other evidence, could result in a court finding that the paragraph could survive a Charter attack. Second, and more important, paragraph 60(b) plays no role in the calculation of the applicant’s income or her assessment. Since it is not directly in issue in these proceedings it would be most improper for us to make any finding with regard to it.

à ceux qu’il est censé aider, il avantage presque toujours ceux qui n’ont pas besoin d’aide, et il ne contient aucun mécanisme de correction ou de contrôle conçu pour remédier à la situation. Le système ne satisfait pas aux critères de l’atteinte minimale et de proportionnalité, et il n’est pas justifié au regard de l’article premier.

Avant de conclure, certains points relativement peu importants et accessoires méritent d’être mentionnés.

Premièrement, l’intimée a donné à entendre que le désavantage fiscal subi par les parents séparés qui ont garde d’enfants était compensé par d’autres dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. On a notamment renvoyé au crédit pour l’équivalent de personne mariée (alinéa 118(1)(b) [mod. par L.C. 1988, ch. 55, art. 92], au crédit d’impôt pour personne à charge (alinéa 118(1)(d) [mod., *idem*]) et au crédit d’impôt pour enfant (article 122.2 [édicte par S.C. 1978-79, ch. 5, art. 4; mod. par S.C. 1984, ch. 1, art. 65; 1988, ch. 55, art. 97]). Ces crédits ont été pleinement et suffisamment étudiés par le juge de la Cour de l’impôt, qui a conclu que chacun d’eux étant indépendant du système inclusion-déduction on ne pouvait dire d’eux qu’ils le corrigent. Quoi qu’il en soit, le total de tous ces crédits en 1989 était inférieur au montant de l’accroissement d’impôt qu’a véritablement subi la requérante du fait du système inclusion-déduction.

Deuxièmement, l’avocate de l’intimée a donné à entendre que toute conclusion que l’alinéa 56(1)(b) est invalide ou inopérant en raison de l’article 15 de la Charte devait inévitablement entraîner la conclusion que la contrepartie «déduction» de l’alinéa 60(b) doit également être annulée, et elle nous a demandé de conclure en ce sens. Je ne suis pas disposé à accéder à sa demande. D’une part, ce litige ne porte pas sur l’alinéa 60(b), et il n’est pas impossible que d’autres facteurs, ou même d’autres preuves, amènent la Cour à conclure que l’alinéa survivrait à une contestation fondée sur la Charte. D’autre part, et plus important encore, l’alinéa 60(b) ne joue aucun rôle dans le calcul du revenu de la requérante ni dans sa cotisation. Puisqu’il n’est pas directement contesté dans la présente instance, il serait des plus inconvenant pour nous de tirer des conclusions à son égard.

Next, respondent's counsel asked that, in the event that we should allow the application, we delay any declaration of invalidity of paragraph 56(1)(b) for a period of time to allow the Government to introduce the necessary amendments to the Act. There are several reasons why this cannot be done. At a technical level, these proceedings take the form of an application for judicial review of an income tax appeal. In such a proceeding our powers as a reviewing Court are limited.<sup>19</sup> In particular, we can only ultimately order that the Tax Court dispose of the applicant's appeal in a way that that Court itself might have done originally; subsection 171(1) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 158, s. 58, item 2] of the *Income Tax Act* limits the power of the Tax Court to allowing or dismissing the appeal. On a more fundamental level, we are dealing here with the rights of individuals which are guaranteed to them by the supreme law of the country. It would take very strong reasons indeed to justify any suspension of those rights. None has been suggested. Lastly, and as a practical matter, the chances of this Court's having the last word on the subject are rather less than those of winning first prize in the lottery.

Finally, I would note the somewhat ironic fact that the applicant herself may well not emerge from this litigation as a winner. As previously indicated, the Judge who granted her decree of divorce took account, even if only in rather approximate terms, of the impact of income tax on both the applicant and her former husband. That being so, one may anticipate that the latter will now apply to have the payments varied to take account of the fact that the applicant will receive them free of tax.

I would allow the application, I would set aside the decision of the Tax Court and I would remit the matter to the Tax Court for redetermination on the basis that paragraph 56(1)(b) of the *Income Tax Act* violates the applicant's rights under section 15 of the Charter.

PRATTE J.A.: I agree.

\* \* \*

<sup>19</sup> See s. 18.1(3) of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5].

En outre, l'avocate de l'intimée nous a demandé, si nous accueillons la demande, de retarder toute déclaration d'invalidité de l'alinéa 56(1)(b) pendant un certain temps afin de permettre au législateur d'apporter les modifications nécessaires à la Loi. Plusieurs motifs nous obligent à refuser cette demande. Du point de vue de la procédure, la présente instance prend la forme d'une demande de contrôle judiciaire d'un appel en matière d'impôt sur le revenu. Dans une telle instance, nos pouvoirs à titre de tribunal habilité à contrôler sont limités<sup>19</sup>. En particulier, nous ne pouvons en fin de compte qu'ordonner que la Cour de l'impôt tranche l'appel de la requérante d'une manière que cette Cour elle-même aurait pu faire initialement; le paragraphe 171(1) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 158, art. 58, n° 2] de la *Loi de l'impôt sur le revenu* limite le pouvoir de la Cour de l'impôt à accueillir ou à rejeter l'appel. D'un point de vue plus fondamental, il s'agit en l'espèce des droits des individus qui leur sont garantis par la loi suprême du pays. Il faudrait assurément des motifs très convaincants pour justifier toute suspension de ces droits. Or, aucun n'a été invoqué. Enfin, et du point de vue pratique, les chances que cette Cour ait le dernier mot sur la question sont moindres que celles de gagner le gros lot à la loterie.

Enfin, je remarquerais le fait plutôt ironique que la requérante elle-même risque fort de ne pas sortir gagnante de ce litige. Comme je l'ai mentionné précédemment, le juge qui lui a accordé le jugement de divorce a tenu compte, bien que dans des termes approximatifs seulement, des incidences fiscales à son égard et à celui de son ex-conjoint. Cela étant, on peut croire que ce dernier demandera maintenant que les paiements soient modifiés pour tenir compte du fait que la requérante les recevra exempts d'impôt.

J'accueillerais la demande, j'annulerais la décision de la Cour de l'impôt et lui renverrais l'affaire pour une nouvelle décision qui tienne compte du fait que l'alinéa 56(1)(b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* viole les droits de la requérante en vertu de l'article 15 de la Charte.

LE JUGE PRATTE, J.C.A.: Je souscris.

\* \* \*

<sup>19</sup> Voir l'art. 18.1(3) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5].

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

LÉTOURNEAU J.A.: I have had the benefit of reading the opinion of my colleague Hugessen J.A., and I agree with him, for the reasons he gives, that there is no discrimination on the basis of sex in the present case. However, I believe that the applicant, contrary to what she contends, has not been subject to discrimination because of her civil status or social condition.

I agree with my colleague that paragraph 56(1)(b) of the Act imposes a burden on the applicant and on the class of persons to which she belongs which it does not impose on other groups with different civil status.<sup>20</sup> However, I cannot share his view that the difference in treatment that it creates is discriminatory on that basis.

First, the *Income Tax Act* sets up a whole set of distinctions and differences in treatment which take into account the economic reality that is a result of the taxpayer's civil status. This is the case, for example, and this is not an exhaustive list, for the married tax credit (paragraph 118(1)(a) [as am. by S.C. 1988, c. 55, s. 92]), the equivalent-to-married tax credit for a wholly dependent person (paragraph 118(1)(b)), the tax credit for children or dependants (paragraph 118(1)(d)), the rules for attribution of income between related persons (subsection 74.1(2) [as am. by S.C. 1986, c. 55, s. 17] and section 251 [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 129; 1988, c. 55, s.

<sup>20</sup> My colleague refers to the applicant's "family status". This concept is a component of the broader concept of "civil status" which is recognized as a prohibited ground of discrimination in s. 10 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q. 1977, c. C-12 [as am. by S.Q. 1982, c. 61, s. 3]. See *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279, in which the Court included family relationships and filiation in the concept of "civil status". See also the *Dictionnaire de droit privé et Lexiques bilingues*, 2nd ed., Cowansville (Que.): Éditions Yvon Blais Inc., 1991, at p. 233, where it is stated that the main element of the civil status of natural persons is status in the family, the point at which it is known whether the person is married or not; see the definition of civil status in the *Petit Larousse illustré*, Librairie Larousse, Paris, 1984, at p. 386, where reference is made to [TRANSLATION] "the status of individuals in respect of family relationships, birth, marriage, death and so on"; G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 2nd ed., Presses Universitaires de France, Paris, 1990, at p. 327.

*Voici les motifs du jugement rendus en français par*

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: J'ai eu le bénéfice de lire l'opinion de mon collègue le juge Hugessen et je suis d'accord avec lui, pour les motifs qu'il exprime, qu'il n'y a pas, dans la présente instance, de discrimination fondée sur le sexe. Je crois cependant que la requérante, contrairement à ses prétentions, n'a pas été victime de discrimination à cause de son état civil ou de sa condition sociale.

Je suis d'accord avec mon collègue que l'article 56(1)(b) de la Loi impose à la requérante et à cette catégorie de personnes dont elle fait partie un fardeau qu'il n'impose pas à d'autres groupes de statut civil différent.<sup>20</sup> Toutefois, je ne peux partager son point de vue que la différence de traitement qu'il crée est discriminatoire sur cette base.

Tout d'abord, la *Loi de l'impôt sur le revenu* opère toute une série de distinctions et de différences de traitement en tenant compte de la réalité économique qui découle de l'état civil du contribuable. Ainsi par exemple, et l'énumération n'est pas limitative, en est-il du crédit d'impôt de personne mariée (alinéa 118(1)a) [mod. par L.C. 1988, ch. 55, art. 92]), du crédit d'impôt équivalent pour personne entièrement à charge (alinéa 118(1)b)), du crédit d'impôt pour enfants ou personnes à charge (alinéa 118(1)d)), des règles d'attribution du revenu entre personnes liées (paragraphe 74.1(2) [mod. par S.C. 1986, ch. 55, art. 17] et article 251 [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch.

<sup>20</sup> Mon collègue réfère à la «situation de famille» de la requérante. Cette notion est une composante de la notion plus large «d'état civil» reconnue comme motif interdit de discrimination à l'art. 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* L.R.Q. 1977, c. C-12 [mod. par L.Q. 1982, ch. 61, art. 3]. Voir *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279 où la Cour inclut les relations familiales et la filiation dans la notion «d'état civil». Voir aussi le *Dictionnaire de droit privé et Lexiques bilingues*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville (Québec): Éditions Yvon Blais Inc., 1991, à la p. 233 où l'on mentionne que l'élément principal de l'état civil des personnes physiques est l'état dans la famille, le point de savoir si une personne est mariée ou non; voir la définition d'état civil dans le *Petit Larousse illustré*, Librairie Larousse, Paris, 1984, à la p. 386 où l'on réfère à «la condition des individus en ce qui touche les relations de famille, la naissance, le mariage, le décès, etc.»; G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 2<sup>e</sup> éd., Presses Universitaires de France, Paris, 1990, à la p. 327.

190]), the transfer or attribution of property to a surviving spouse (subsection 70(6) [as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 19; 1974-75-76, c. 26, s. 38; 1985, c. 45, s. 33]), the transfer of property accumulated in a registered retirement savings plan to the registered retirement savings plan owned by the spouse (paragraph 146(16)(b) [as am. by S.C. 1990, c. 35, s. 13]), child care expenses (section 63), the *inter vivos* transfer of property to a spouse (section 73 [as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 20.1; 1977-78, c. 32, s. 14; 1980-81-82-83, c. 48, s. 39; c. 140, s. 41; 1985, c. 45, s. 35; 1986, c. 6, s. 36; 1988, c. 55, s. 51]) and the transfer of certain unused tax credits to a spouse (section 118.8 [as enacted by S.C. 1988, c. 55, s. 92]).

It may be unfortunate that the Act uses civil status, a category that is laden with discriminatory potential, to identify the various groups that are subject to different taxation. Because that taxation is based on varying income and capacity to pay, it could also, undoubtedly, be collected from those same groups by using other more neutral designations, so that the different treatment would then not be unfairly coloured with a discriminatory tint by the category used.

In my opinion, it is not necessarily discriminatory *per se* to treat different civil statuses differently. For example, it goes without saying that it costs more for a divorced couple to live under two roofs than to live together under the same roof. On the contrary, it might be discriminatory to treat different civil statuses identically, when they create different duties and responsibilities for the people in question, and which consequently demand different treatment in social, political, economic and legal terms. In *R. v. Turpin*, and later in *Symes v. Canada*,<sup>21</sup> the Supreme Court recalled, as follows, that we must examine the general context surrounding the Act, to determine whether there is discrimination:

In determining whether there is discrimination on grounds relating to the personal characteristics of the individual or group, it is important to look not only at the impugned legislation which has created a distinction that violates the right to

<sup>21</sup> [1993] 4 S.C.R. 695, at pp. 756-757.

140, art. 129; 1988, ch. 55, art. 190]), du transfert ou de l'attribution de biens au conjoint survivant (paragraphe 70(6) [mod. par S.C. 1973-74, ch. 14, art. 19; 1974-75-76, ch. 26, art. 38; 1985, ch. 45, art. 33]), du transfert de biens accumulés dans un régime enregistré d'épargne-retraite au régime enregistré d'épargne-retraite dont le conjoint est rentier (alinéa 146(16)b) [mod. par L.C. 1990, ch. 35, art. 13]), des frais de garde d'enfants (article 63), du transfert de biens entre vifs au conjoint (article 73 [mod. par S.C. 1973-74, ch. 14, art. 20.1; 1977-78, ch. 32, art. 14; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 39; ch. 140, art. 41; 1985, ch. 45, art. 35; 1986, ch. 6, art. 36; 1988, ch. 55, art. 51]), du transfert au conjoint de certains crédits d'impôts inutilisés (article 118.8 [édicte par L.C. 1988, ch. 55, art. 92]).

Il est peut-être malheureux que la Loi utilise, pour identifier les différents groupes sujets à des impositions différentes, l'état civil, un descripteur affublé d'un potentiel discriminatoire. Parce qu'ils sont basés sur un revenu et une capacité de payer variables, ces mêmes impôts pourraient, sans aucun doute, être perçus de ces mêmes groupes en utilisant d'autres descripteurs plus neutres de sorte que le traitement différent ne saurait alors être injustement coloré d'une teinte discriminatoire par le descripteur.

À mon avis, il n'est pas en soi nécessairement discriminatoire de traiter différemment des états civils différents. Il va de soi, par exemple, qu'il en coûte plus cher pour un couple divorcé de vivre sous deux toits que de vivre ensemble sous un même toit. Au contraire, il pourrait être discriminatoire de traiter d'une manière identique des états civils différents qui entraînent pour leurs titulaires des obligations et des responsabilités différentes et qui, par conséquent, commandent des traitements différents au plan social, politique, économique et juridique. La Cour suprême rappelait en ces termes dans *R. c. Turpin* et subséquemment dans *Symes c. Canada*<sup>21</sup> qu'il faut examiner le contexte général qui entoure la loi pour déterminer si une discrimination existe:

Pour déterminer s'il y a discrimination pour des motifs liés à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, il importe d'examiner non seulement la disposition législative contestée qui établit une distinction contraire au

<sup>21</sup> [1993] 4 R.C.S. 695, aux p. 756 et 757.

equality but also to the larger social, political and legal context. McIntyre J. emphasized in *Andrews* (at p. 167):

For, as has been said, a bad law will not be saved merely because it operates equally upon those to whom it has application. Nor will a law necessarily be bad because it makes distinctions.

Accordingly, it is only by examining the larger context that a court can determine whether differential treatment results in inequality or whether, contrariwise, it would be identical treatment which would in the particular context result in inequality or foster disadvantage. A finding that there is discrimination will, I think, in most but perhaps not all cases, necessarily entail a search for disadvantage that exists apart from and independent of the particular legal distinction being challenged.

Similarly, I suggested in my reasons in *Andrews* that the determination of whether a group falls into an analogous category to those specifically enumerated in s. 15 is "not to be made only in the context of the law which is subject to challenge but rather in the context of the place of the group in the entire social, political and legal fabric of our society" (p. 152). If the larger context is not examined, the s. 15 analysis may become a mechanical and sterile categorization process conducted entirely within the four corners of the impugned legislation. A determination as to whether or not discrimination is taking place, if based exclusively on an analysis of the law under challenge is likely, in my view, to result in the same kind of circularity which characterized the similarly situated similarly treated test clearly rejected by this Court in *Andrews*.<sup>22</sup> [Emphasis added.]

To undertake only a purely textual analysis of the provisions of the *Income Tax Act*, which establishes a distinction that takes civil status into account, and then conclude that there is discrimination amounts to ignoring the social, political, legal and economic reality which this Act and its provisions inhabit, and which are experienced differently by taxpayers whose family situations differ. In my view, the difference in treatment created by paragraph 56(1)(b) does not create the inequality to which the Supreme Court referred in *Turpin*, and accordingly it is not discriminatory.

The *Income Tax Act* is essentially economic legislation, which may even be described as amoral,<sup>23</sup> its purpose being to trace income and tax it on the basis of the social and economic needs of the community,

<sup>22</sup> [1989] 1 S.C.R. 1296, at pp. 1331-1332.

<sup>23</sup> Even income received from sources such as prostitution or the unlawful sale of narcotics is taxed.

droit à l'égalité, mais aussi d'examiner l'ensemble des contextes social, politique et juridique. Le juge McIntyre a souligné dans l'arrêt *Andrews* (à la p. 167):

En effet, comme on l'a déjà dit, une mauvaise loi ne peut être sauvegardée pour la simple raison qu'elle s'applique également à ceux qu'elle vise. Pas plus qu'une loi sera nécessairement mauvaise parce qu'elle établit des distinctions.

En conséquence, ce n'est qu'en examinant le contexte général qu'une cour de justice peut déterminer si la différence de traitement engendre une inégalité ou si, au contraire, l'identité de traitement engendre, à cause du contexte particulier, une inégalité ou présente un désavantage. À mon avis, la constatation d'une discrimination nécessitera le plus souvent, mais peut-être pas toujours, de rechercher le désavantage qui existe indépendamment de la distinction juridique précise contestée.

De même, j'ai laissé entendre, dans les motifs de jugement que j'ai rédigés dans l'affaire *Andrews*, que la conclusion relative à la question de savoir si un groupe relève d'une catégorie analogue à celles qui sont expressément énumérées à l'art. 15 «ne peut pas être tirée seulement dans le contexte de la loi qui est contestée mais plutôt en fonction de la place occupée par le groupe dans les contextes social, politique et juridique de notre société» (p. 152). Si l'on ne tient pas compte du contexte général, l'analyse fondée sur l'art. 15 peut devenir un processus de classification mécanique et stérile qui dépendra exclusivement du texte de loi contesté. Si la décision quant à savoir s'il y a ou non discrimination se fonde exclusivement sur l'examen de la loi contestée, il est vraisemblable à mon avis qu'on arrivera à la même sorte d'impasse qui caractérise le critère selon lequel les personnes qui se trouvent dans une situation analogue doivent être traitées de façon analogue, que cette Cour a nettement rejeté dans l'arrêt *Andrews*.<sup>22</sup> [Je souligne.]

S'en remettre à la simple et seule interprétation textuelle des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qui établissent une distinction en tenant compte de l'état civil, pour ensuite conclure à de la discrimination équivaut à ignorer la réalité sociale, politique, juridique et économique dans laquelle cette Loi et ses dispositions s'insèrent et que vivent différemment les contribuables dont la situation familiale diffère. À mon sens, la différence de traitement créée par l'alinéa 56(1)(b) n'engendre pas cette inégalité dont fait état la Cour suprême dans *Turpin* et, en conséquence, elle n'est pas discriminatoire.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* est une loi à caractère essentiellement économique, voire même amoral<sup>23</sup>, dont l'objet est de traquer les revenus et de les imposer en fonction des besoins sociaux et écono-

<sup>22</sup> [1989] 1 R.C.S. 1296, aux p. 1331 et 1332.

<sup>23</sup> Même les revenus tirés de sources telles la prostitution ou la vente illégale de stupéfiants sont imposables.

taking into account the reality of the taxpayer's economic situation, which may vary depending on whether or not he or she is married or supporting a family. To ignore this economic context, the reality that underlies it and the importance that the Government must necessarily place on it would mean that the numerous provisions of this Act which set up a distinction and impose different burdens based on different economic realities, because different civil statuses produce different needs, would be *prima facie* discriminatory.

For all practical purposes, the applicant's argument amounts to saying that the *Income Tax Act* is discriminatory, in its essence and its structure, because it takes into account the economic reality that results from, *inter alia*, different civil statuses, and that accordingly its constitutional validity must be justified under section 1 of the Charter. I cannot accept this argument precisely because, first, the difference in treatment accorded does not create inequality since Parliament treats different situations differently. Second, the difference is not based on civil status, and accordingly on a ground that is analogous to those listed in section 15, but rather results from the different physical constraints and duties that fall upon taxpayers who live in different economic situations because of their different personal statuses.

Moreover, we must take into account the actual nature of the impugned legislative provision. Before the amendments made by paragraph 56(1)(b), the manner in which the Act dealt with married and divorced couples was identical, ignoring the different economic circumstances in which these people lived and thereby aggravating their social and economic situations. Paragraph 56(1)(b), which is in issue here, is intended precisely as a remedy for the disadvantages that this group of taxpayers, to which the applicant belongs, had suffered at one time. In addition, married taxpayers complain of the favourable treatment accorded to the applicant and to divorced spouses since, unlike them, they cannot split their

miques de la collectivité tout en tenant compte de la réalité économique du contribuable, celle-ci pouvant varier selon qu'il est marié ou pas, soutien de famille ou non. Ignorer ce contexte économique, la réalité qui en est sous-jacente et l'importance que doivent nécessairement y accorder les pouvoirs publics ferait en sorte que seraient *prima facie* discriminatoires les nombreuses dispositions de cette Loi qui opèrent une distinction et imposent un fardeau différent sur la base d'une réalité économique différente à cause d'un état civil différent générateur de besoins différents.

À toute fin pratique, la prétention de la requérante revient à dire que la *Loi de l'impôt sur le revenu* est, dans son essence et dans sa structure, discriminatoire parce qu'elle tient compte de la réalité économique qu'engendre, entre autres choses, un état civil différent, et qu'en conséquence sa validité constitutionnelle doit être justifiée sous l'article 1 de la Charte. Je ne saurais accepter cette prétention précisément parce que la différence de traitement accordée ne crée pas d'inégalité d'une part puisque le législateur, à bon droit, traite différemment des situations différentes. D'autre part, la différence n'est pas fondée sur l'état civil et en conséquence sur un motif analogue à ceux énumérés à l'article 15, mais résulte plutôt des contraintes et des obligations matérielles différentes qui échoient à des contribuables qui vivent une réalité économique différente à cause de leur statut personnel différent.

Au surplus, il faut tenir compte de la nature même de la disposition législative attaquée. Avant les modifications apportées par l'alinéa 56(1)(b), la Loi traitait d'une manière identique les gens mariés et les couples divorcés, ignorant ainsi la réalité économique différente vécue par ces personnes et aggravant par le fait même leur situation sociale et économique. Or, l'alinéa 56(1)(b), qui fait l'objet du litige, constitue précisément une mesure de redressement des désavantages dont ce groupe de contribuables, auquel la requérante appartient, a pu faire l'objet à une époque donnée. D'ailleurs, les contribuables mariés se plaignent de ce traitement favorable accordé à la requérante et aux conjoints divorcés puisqu'ils ne peuvent,

income and reduce their tax.<sup>24</sup> The remedial measure necessarily creates a distinction by taking into account these people's civil status, since this is the group it is addressing, and this is the group that is living in a different and difficult economic situation as a result of the breakdown of the family unit. This distinction does not necessarily constitute discrimination. When read and taken literally in isolation, the measure may appear discriminatory, but it is not when it is placed in its socio-economic and socio-political context and the goal in mind is taken into account.

This action, which arises out of paragraph 56(1)(b), questions the constitutional validity of a legislative measure designed to remedy the disadvantaged situation in which the applicant's group was placed before. It also questions the standard of effectiveness that such a measure must meet if it is to be constitutionally valid.

In the case at bar, the beneficiaries of the deduction/inclusion system are in very large part women, and a majority of them, in particular women of low-income, receive an advantage and a benefit from the income-splitting permitted by the system.<sup>25</sup> Paragraph 56(1)(b) of the Act therefore produces a beneficial effect in a majority of cases and helps to partially remedy the inequalities suffered by this group of taxpayers in the past.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> See *Foucher c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.J.Q. 703 (S.C.), in which the applicant, who was married and a father, was seeking leave to bring a class action on the ground that the *Income Tax Act* treats married people differently from separated or divorced people.

<sup>25</sup> Evidence was given of a benefit of 275 million dollars created by the deduction/inclusion system in 1990 and borne by the federal and provincial governments. See the affidavit of Nathalie Martel, at p. 148 of the respondent's supplementary record.

<sup>26</sup> The evidence submitted by the applicant and the respondent points out a disagreement in respect of how effective the system is. While the applicant, referring to the study by Zweibel and Shillington, *Child Support Policy: Income Tax Treatment and Child Support Guidelines*, The Policy Research Centre on Children, Youth and Families, at pp. 5, 14, 15, 17 and 24, submits that the end result in 49% of the cases studied was an adverse tax impact, the respondent produced the results of an analysis prepared for the Department of Justice by Ms. Martel, an economist with the Personal Income Tax Division of the

contrairement à ces derniers, fractionner leurs revenus et diminuer leurs impôts<sup>24</sup>. Forcément, la mesure corrective crée une distinction en tenant compte de l'état civil de ces personnes puisque c'est à ce groupe qu'elle s'adresse et que c'est ce groupe qui vit une situation économique différente et difficile suite au démantèlement de la cellule familiale. Cette distinction ne constitue pas de la discrimination pour autant. Lue et prise littéralement et isolément, la mesure peut apparaître discriminatoire, mais elle ne l'est pas lorsqu'on la replace dans son contexte socio-économique et socio-politique et que l'on tient compte de la finalité recherchée.

Le présent litige fondé sur l'alinéa 56(1)b) met en cause la validité constitutionnelle d'une mesure législative corrective d'une situation désavantageuse vécue jadis par le groupe de la requérante. Il soulève également le niveau d'efficacité requis d'une telle mesure pour assurer sa validité constitutionnelle.

Dans le cas présent, les bénéficiaires du système de déduction-inclusion sont en très grande majorité des femmes et une majorité de celles-ci, particulièrement celles à faible revenu, tirent un avantage et un bénéfice du fractionnement du revenu permis par le système<sup>25</sup>. L'article 56(1)b) de la Loi produit donc un effet bénéfique dans la majorité des cas et contribue à redresser en partie les inégalités subies dans le passé par ce groupe de contribuables<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Voir l'arrêt *Foucher c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.J.Q. 703 (C.S.) où le requérant, marié et père de famille, demandait l'autorisation d'exercer un recours collectif au motif que la *Loi de l'impôt sur le revenu* traite les gens mariés différemment des gens séparés ou divorcés.

<sup>25</sup> La preuve fait état d'un bénéfice de 275 millions de dollars conféré en 1990 par le système de déduction-inclusion et supporté par le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux. Voir l'affidavit de Nathalie Martel à la p. 148 du dossier supplémentaire de l'intimée.

<sup>26</sup> La preuve soumise par la requérante et l'intimée fait ressortir une controverse quant au degré d'efficacité du système. Alors que la requérante, en se référant à l'étude de Zweibel and Shillington, *Child Support Policy: Income Tax Treatment and Child Support Guidelines*, The Policy Research Center on Children, Youth and Families, aux p. 5, 14, 15, 17 et 24, soumet que 49 % des cas étudiés débouchaient sur une fiscalité adverse, l'intimée produit les résultats d'une analyse préparée pour le ministère de la Justice par M<sup>me</sup> Martel, économiste à la Division de l'impôt des particuliers au ministère des Finances

Of course, the remedy is not perfect and could be improved.<sup>27</sup> However, this does not mean that it is discriminatory in its present form. Section 15 of the Charter does not require that a remedy or mitigation of an earlier prejudice be 100% effective, flawless and without secondary effects if it is to be constitutionally valid. To impose such an obligation in terms of the result would have a paralysing effect on any initiative contemplated or taken to correct the prejudicial effects of a policy in the past.

In conclusion, I am of the opinion that the remedy created by paragraph 56(1)(b) treats the applicant and the people in her group differently from other taxpayers because of their different social, political and economic circumstances which are the result of their different civil status, and that despite its imperfections this measure is not discriminatory. As my colleague Linden J.A. stated in *Schachtschneider v. Canada*:

Treating both married and unmarried people fairly under the *Income Tax Act* without discrimination is no easy task. Past efforts to achieve this in the United States have led not to peace but only to an "uneasy truce". (See *Druker v. C.I.R.*, 697 F.2d 46 (2nd Cir.); see also Bittker, "Federal Income Taxation and the Family" (1975), 27 *Stan. L. Rev.* 1389.) It is apparently virtually impossible to erect a scheme that is perfectly fair to all. Because of this, some latitude must be accorded to legisla-

(Continued from previous page)

Department of Finance Canada. She concludes, after adjusting her study, that the effect of the system is adverse in 29% of cases and neutral in 4%. That analysis was conducted using a new and expanded data bank which is more reliable than the one used by Zweibel and Shillington, which contained a large number of incoherent variables (for example, one parent had custody of 15 children). I am satisfied that the result of these authors' data was an overestimate of the percentage of cases in which there was an adverse tax impact because a number of cases involving social assistance recipients were excluded and the number of cases studied was limited (only 171 cases). In my opinion, the percentage of cases where there was an adverse tax impact falls somewhere between the 29% submitted by the respondent and the 49% submitted by the applicant, and is probably closer to 29% than to 49%.

<sup>27</sup> See the article by J. W. Durnford and S. J. Toope entitled "Spousal Support in Family Law and Alimony in the Law of Taxation" (1994), 42 *Can. Tax J.* 1, at p. 75, in which the authors propose reforms to the deduction/inclusion system to improve its effectiveness and fairness.

Bien sûr, la mesure de redressement n'est pas parfaite et pourrait être améliorée<sup>27</sup>. Mais elle n'est pas, dans sa forme actuelle, discriminatoire pour autant. L'article 15 de la Charte n'exige pas, sous peine d'inconstitutionnalité, qu'une mesure de redressement ou d'atténuation d'un préjudice antérieur soit efficace à 100 %, sans faille et sans effet secondaire. Imposer une telle obligation de résultat aurait un effet paralysant sur toute initiative envisagée ou prise pour corriger les effets préjudiciables d'une politique passée.

En conclusion, je suis d'avis que la mesure corrective de l'alinéa 56(1)(b) traite la requérante, ainsi que les personnes de son groupe, différemment des autres contribuables à cause de leur réalité sociale, politique et économique différente engendrée par leur état civil différent et que, malgré ses imperfections, cette mesure n'est pas discriminatoire. Comme le disait mon collègue le juge Linden, J.C.A., dans l'arrêt *Schachtschneider c. Canada*:

Traiter d'une manière juste les personnes mariées et les personnes non mariées en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, indépendamment de toute discrimination, n'est pas une tâche facile. Les efforts déjà faits aux États-Unis pour y arriver n'ont pas mené à la paix mais uniquement à une «trêve difficile». (Voir la décision *Druker v. C.I.R.* 697 F.2d 46 (2nd Cir. 1982); voir aussi Bittker «Federal Income Taxation and the Family» (1975), 27 *Stan. L. Rev.* 1389.) Il est quasi impossible, semble-t-il, de créer un système qui soit parfaitement juste pour tous, et à cause de cela il faut accorder aux assemblées législatives une certaine latitude pour ce qui est de fixer les

(Suite de la page précédente)

du Canada. Elle conclut après ajustement de son étude que le système produit 29 % de fiscalité adverse et 4 % de neutralité. Cette dernière analyse fut faite à partir d'une nouvelle banque de données élargie et plus fiable que celle utilisée par les auteurs Zweibel et Shillington où l'on retrouvait un grand nombre de variables incohérentes (par exemple, un parent avait la garde de 15 enfants). Je suis satisfait que les données de ces auteurs ont débouché sur une surévaluation du pourcentage de cas de fiscalité adverse du fait de l'exclusion d'un certain nombre de cas d'assistés sociaux et du nombre limité de cas étudiés (171 cas seulement). À mon avis, le pourcentage de fiscalité adverse se situe quelque part entre le 29 % et le 49 % soumis par l'intimé et la requérante et vraisemblablement plus près du 29 % que du 49 %.

<sup>27</sup> Voir l'article de J. W. Durnford et S. J. Toope intitulé «Spousal Support in Family Law and Alimony in the Law of Taxation» (1994), 42 *Can. Tax J.* 1, à la p. 75, où les auteurs formulent des propositions de réforme du système de déduction-inclusion pour en améliorer l'efficacité et l'équité.



tures in setting the terms of that truce. (*Ibid.*, at p. 51, *per* Friendly J.)<sup>28</sup>

The applicant also claims to have been the victim of discrimination on the basis of social condition. If I understand the argument properly as it is formulated, divorced women have a unique social condition because of their income and their level of education, and are in a disadvantaged position in society.

In short, she contends that she is a member of a disadvantaged group, a minority, and is a victim of stereotypes, historical disadvantages or social or political prejudice. At page 74 of their memorandum, counsel for the applicant write:

[TRANSLATION] In the case at bar, we believe that sections 56(1)b, 56(1)c and 56(1)c.1 are discriminatory in their wording and in their application when they add to the income of a former spouse or a parent who has custody of a child for whom support payments are received; it is obvious in practice that 99% of the time mothers and former wives must bear the burden of the legal and physical custody of the children of the marriage with the person who is required to pay support and these provisions of the *Income Tax Act* operate to solidify their misery, with no justification whatsoever. [Emphasis added.]

This is therefore an argument based on a ground that is analogous to those listed in section 15 of the Charter.

The applicant's claim that the discrimination of which she is a victim is based on social condition is without merit, in my view. What the applicant is describing is the social condition or situation or, if you prefer, status in which she says she and the members of her group find themselves. She is describing the result of discrimination, if such there be, and not the cause: she is confusing cause and effect. Moreover, while it is possible that a group may be discriminated against because of its social condition, there is no evidence in the case at bar to establish that the alleged discrimination created by paragraph 56(1)(b) of the Act is in any way dictated by the applicant's social condition. It cannot be argued that this paragraph imposes a tax burden on the applicant because of her social condition. On the contrary, this legislative provision is designed to remedy the social condition in which taxpayers in her group find themselves

conditions de cette trêve. (*Ibidem*, à la page 51, le juge Friendly<sup>28</sup>.)

La requérante prétend qu'elle est aussi victime de discrimination sur la base de la condition sociale. Si je comprends bien l'argument tel qu'il a été formulé, les femmes divorcées ont une condition sociale particulière à cause de leur revenu, de leur niveau d'éducation et se retrouvent dans une position défavorisée dans la société.

En somme, elle prétend qu'elle fait partie d'un groupe défavorisé, d'une minorité, victime de stéréotypes, de désavantages historiques ou de préjugés politiques ou sociaux. À la page 74 de leur mémoire, les procureurs de la requérante écrivent:

En l'espèce, nous croyons que les articles 56(1)b, 56(1)c et 56(1)c.1 sont discriminatoires dans leur libellé et dans leur application lorsqu'ils ajoutent au revenu d'un ex-conjoint ou d'un parent gardien d'enfant bénéficiaire d'une pension alimentaire, étant manifeste qu'en pratique, ce sont des mères et ex-épouses à 99% qui doivent assumer la garde légale et physique des enfants issus du mariage avec le débiteur d'une pension alimentaire et que ces dispositions légales de la Loi de l'impôt sur le revenu ont pour effet de les ancrer davantage dans leur misère, sans justification aucune. [Les soulignés sont miens.]

Il s'agit donc d'une argumentation fondée sur un motif analogue à ceux énumérés à l'article 15 de la Charte.

La prétention de la requérante que la discrimination dont elle souffre est fondée sur la condition sociale est, à mon avis, sans mérite. Ce que la requérante décrit, c'est la condition ou situation sociale ou, si l'on préfère, l'état dans lequel elle affirme se retrouver avec les membres de son groupe. Elle expose le résultat d'une discrimination, s'il en est, et non la cause: elle confond la cause et l'effet. Au surplus, s'il est possible qu'un groupe puisse être discriminé à cause de sa condition sociale, il n'existe, dans le présent dossier, aucune preuve qui établisse que la supposée discrimination créée par l'alinéa 56(1)(b) de la Loi soit de quelque façon dictée par la condition sociale de la requérante. On ne saurait prétendre que la requérante se voit imposer par cet alinéa une obligation à incidence fiscale parce qu'elle est défavorisée ou à cause de sa condition sociale. Au contraire, cette disposition législative vise à remédier à la con-

<sup>28</sup> [1994] 1 F.C. 40 (C.A.), at p. 77.

<sup>28</sup> [1994] 1 C.F. 40 (C.A.), à la p. 77.

because of divorce or separation as a result of the breakdown of the marriage.

For these reasons, the application for judicial review should be denied.

dition sociale dans laquelle les contribuables de son groupe se retrouvent au cas de divorce ou de séparation par suite de l'éclatement du mariage.

Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire devrait être rejetée.

# DIGESTS

*Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format.*

*A copy of the full text of any Federal Court decision may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### IMMIGRATION PRACTICE

Motion for extension of time to file reply—Reply served on Department of Justice in Toronto—Registry of Court refusing to file reply as style of cause incorrect—Error corrected, but on re-service to Department, admission of service refused—Reply not filed timeously—No Court requirement service be admitted—Where admission of service refused, persons serving paper should hand it to receptionist or knowledgeable person rather than leaving it unattended inside door—Had explanatory affidavit been filed herein, great deal of inconvenience would have been saved—Short extension granted.

PORTILLO V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-5623-93, Giles A.S.P., order dated 4/1/94, 2 pp.)

Application for stay of execution of deportation order until decision rendered in respect of application for leave and for judicial review of decision of Immigration and Refugee Board Appeal Division—Jurisdiction in Court to grant relief sought by applicant—Serious issue raised by applicant in application for leave and for judicial review—Applicant will suffer irreparable harm should request for stay not be granted as Appeal Division losing jurisdiction immediately upon applicant's departure from Canada—Appeal Division's equitable jurisdiction to reopen appeal continuing until deportation order executed—Balance of convenience in favour of applicant—Application allowed.

DE MEDEIROS V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-7508-93, Nadon J., order dated 11/1/94, 4 pp.)

### JUDICIAL REVIEW

Application to set aside decision applicant's claim lacking sufficient humanitarian and compassionate grounds to warrant issuance of exemption pursuant to Immigration Act, s. 114(2)—Applicant not given opportunity to comment upon evidence presented as exhibits to immigration officer's affidavit and upon which respondent basing decision—Arguing denied natural justice and procedural fairness—Application allowed—Whether humanitarian and compassionate grounds administrative decision not to be lightly interfered with, but decision maker required to act fairly in exercising administrative discre-

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

tion—Reference to *Sellakkandu v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 92-T-2029, Denault J., 13/10/93, F.C.T.D., not yet reported, for review of case law as to what duty of fairness requires, whether right to interview or hearing included—Applicant must have opportunity to answer case against him and present own material, submissions—Hearing not necessary if Court satisfied applicant had sufficient opportunity to make submissions and answer case against him—*Muliadi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 2 F.C. 205 (C.A.) holding where visa officer's decision based on material not presented to applicant and which applicant not given opportunity to refute, decision could be set aside because procedurally unfair—Breach of fairness herein—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2, ss. 9(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 4), 82.1 (as am. *idem*, s. 73), 114(2) (as am. *idem*, s. 102).

NYAME V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-1764, Cullen J., order dated 13/12/93, 7 pp.)

### *Federal Court Jurisdiction*

Application under R. 419(1)(a) to strike out statement of claim as disclosing no reasonable cause of action as Court without jurisdiction to grant relief sought by plaintiff—Defendant entitled to raise issue of jurisdiction by way of R. 419(1)(a)—Application under R. 419(1)(a) only allowed where plain and obvious plaintiff's case cannot succeed—Immigration and Refugee Board recognizing plaintiff as Convention refugee—Plaintiff's request to extend validity period of travel document rejected by Passport officer—Plaintiff seeking relief covered by Federal Court Act, s. 18—Power to issue and revoke passports part of Crown's prerogatives—Passport officer exercising jurisdiction pursuant to Crown prerogative, therefore "federal board, commission or other tribunal" within meaning of Federal Court Act, s. 2(1)—Judicial review now available in respect of refusal by Crown to issue passport (including Refugee Travel Document)—Plain and obvious plaintiff's action cannot succeed—Plaintiff not prevented from seeking judicial review of officer's decision by way of s. 18.1 application—Application allowed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419(1)(a)—Federal Court Act, R.S.C., 1985,

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

c. F-7, ss. 2(1) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5).

MOBARAKIZADEH V. CANADA (T-2230-93, Nadon J., order dated 15/12/93, 8 pp.)

### STATUS IN CANADA

#### *Convention Refugees*

Application to set aside decision of Immigration and Refugee Board—Issues herein arising out of decision in *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689—Board finding applicants had well-founded fear of persecution in Chile, then reviewing state protection issue—Board should not have made finding without making it expressly subject to state protection issue—Board wrong in refusing to consider applicants' unwillingness to seek state protection as state not accomplice in feared persecution—Applicants entitled to have Board determine whether clear and convincing information of state's inability to protect—Board wrong in stating police having nothing to do with persecution feared by applicants—Evidence of one previous detention and beating by police under old regime—Board could not ignore material conflicting evidence where applicants found to be credible—Board wrong in analyzing inability to obtain state protection and stating applicants had to approach police—*Ward* case not making this absolute obligation—Board must look at reason why applicants felt unable to approach police and determine if state protection reasonably forthcoming—Application allowed.

MALLADO V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-912-93, McKeown J., order dated 10/12/93, 4 pp.)

Application for judicial review of decision by Immigration and Refugee Board respondent Convention Refugee—Respondent, citizen of Guatemala, forcibly recruited in army—Shot and killed one guerrilla during special mission—Board finding well-founded fear of persecution from both army and guerrillas—Claimant not found to be person described in exclusion clause of United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 1(F)—Found to have acted under duress—Board failing to properly address issue before it—No evidence killing of guerrilla act of self-defence—Question as to whether respondent willingly participated in killing not addressed—Board failing to address question whether respondent, in not responding to orders, would have been exposed to consequences proportionate to finality of fate inflicted upon guerrilla—Application allowed—United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1(F).

CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) V. MELGAR (IMM-3156-93, Noël J., order dated 20/1/94, 6 pp.)

Application for judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee—Applicant stateless person born in refugee camp in Gaza Strip—Former habitual residence Gaza—Holds United Nations Relief and Works Agency (UNRWA) document recognizing him as refugee—CRDD finding appli-

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

cant credible, but holding evidence not revealing reasonable chance of persecution should he return to Gaza—Decision based in part on serious efforts being made to reconcile Palestinians and Israelis—Application allowed—Tribunal erred in failing to specifically consider existence of UNRWA document—While unnecessary to mention all of documentary evidence submitted, tribunal should consider material evidence or evidence specifically related to particular claim, especially when document mentioning applicant by name and recognizing him as refugee—Previous recognition of circumstances qualifying applicant for protection from UNRWA cogent, though not determinative, and should have been addressed—Tribunal also erred in consideration of changing circumstances as raised in decision without mention having been made of it during hearing—Right to be heard including notice of case to be met: *Thirunavukkarasu v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 589 (C.A.)—Principle particularly applicable where tribunal basing finding of change in circumstances on information appearing to be subject of judicial notice—As no evidence of peace negotiations in documentary evidence before tribunal, assumption tribunal taking judicial notice thereof—Not only duty to provide notice tribunal might consider changes in circumstances, but also statutory duty to provide notice pursuant to Immigration Act, s. 68(5) tribunal taking judicial notice of peace negotiations—Facts not sufficiently "common knowledge" to be properly subject to judicial notice—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 68(5) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18).

EL-BAHISI V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-1209-92, Denault J., judgment dated 4/1/94, 4 pp.)

### *Permanent Residents*

Applicant coming to Canada from Philippines in 1990 pursuant to Foreign Domestic Workers' Program—Working as live-in caregiver since arrival—In 1992 peptic ulcer imposing diet restrictions—Began having supper and staying at friend's apartment, returning to work next day—Continuing to keep belongings at employer's house, pay room and board, maintain telephone, mail service—Application for permanent resident status denied due to error in calculation of length of time applicant worked—Application allowed—Matter referred back to immigration officer for redetermination in manner consistent with guiding principles of Program set out in *Karim v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 21 F.T.R. 237 (T.D.)—Purpose of Program to facilitate attainment of permanent resident status—Incumbent on Department to adopt flexible, constructive approach in dealings with participants—Role not to deny permanent resident status on technical grounds, but to work with, assist participants in achieving permanent resident status—Purpose of Live-in Caregiver Program to fill void in Canadian labour market—Immigration officer having limited discretion to refuse permanent resident status once established participant worked required 24-month period—If Department intending to adopt strict interpretation of live-in requirements, basic principles of fairness imposing duty to inform applicant of conclusions as to live-in status and to

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Concluded

afford her opportunity to correct breach before compelling departure.

TURINGAN V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-1694-93, Jerome A.C.J., order dated 25/11/93, 4 pp.)

## CONSTITUTIONAL LAW

### CHARTER OF RIGHTS

#### *Equality Rights*

Application for declaration regulation contrary to Charter, s. 15—SSHRC [Social Sciences and Humanities Research Council] fellowships: guide for applicants, par. 45 providing fellowships awarded to Canadian citizens tenable at recognized universities in Canada or abroad—Par. 46 providing permanent residents may hold award abroad only if, at time of application, had held full-time faculty appointment at Canadian university for at least two years, and can produce evidence will be returning to Canadian academic appointment at end of fellowship appointment—Citizenship ground analogous to those enumerated in Charter, s. 15—Pars. 45, 46 distinguishing between Canadian citizens and permanent residents—Regulation denying plaintiff, American citizen married to Canadian, and permanent resident since 1985, opportunity for funding to study abroad—Effectively denying her any opportunity to pursue scholastic area of interest and excellence—Compared to other Canadians, plaintiff not receiving equal treatment under regulation—Distinction based on citizenship status—SSHRC assuming permanent residents less likely to return to Canada if study abroad—No analysis, evaluation or survey supporting assumption—Application of regulation discriminatory against non-faculty member permanent residents of Canada desiring to hold SSHRC grant abroad—Such permanent residents entitled to be dealt with on individual merits, not dismissed from consideration due to stereotyping and discrimination based on non-citizen status—Regulation violates Charter, s. 15—Onus of justifying infringement of guaranteed Charter right resting upon defendant seeking to uphold limitation—Fundamental objective of doctoral funding program development of highly qualified personnel in social sciences or humanities—Objective not distinguishing between permanent residents and Canadian citizens—SSHRC not providing any rational connection between discriminatory requirement in Guide, par. 46 and stated objective—Defendant failing to demonstrate any valid reason to deprive permanent residents of chance to apply for SSHRC doctoral fellowship abroad and to deny them opportunity to show their links to Canada as strong as other Canadians desiring to hold such SSHRC grants abroad—Discriminatory regulation not saved by Charter, s. 1—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 15.

PEARKES V. CANADA (T-2602-92, Pinard J., judgment dated 22/12/93, 9 pp.)

## COPYRIGHT

### PRACTICE

Appeal from order striking amendments to statement of claim—Action for infringement of copyright in artistic work known as "Mangrove", originally published as textile design pattern for carpet tiles—Action dismissed for failing to disclose reasonable cause of action, but that order set aside—On October 15, plaintiffs filing amended statement of claim pursuant to R. 421, adding claim for industrial design infringement—R. 421 permitting amendment of pleadings prior to any other party pleading thereto or at any time with written consent of opposite party—On same day defendant filing notice of appeal of order setting aside order striking out statement of claim—Amendments struck on basis R. 1104 applicable and plaintiffs could not amend statement of claim pursuant to R. 421—R. 1104 providing during pendency of appeal, Court may make amendments necessary to determine real question in controversy—Defendant relying on *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441 wherein Wilson J. stated as application for amendment to statement of claim made during pendency of appeal, right under R. 421 expired and only recourse to proceed under R. 1104—Appeal allowed—R. 1104 not applicable to amendments herein—Principle stated by Wilson J. must be interpreted so as to apply only in so far as proposed amendment pertaining to issue under appeal—R. 1104 not precluding resort to R. 421 during pendency of appeal—Permitting Court of Appeal to permit amendments necessary for determination of appeal or of real controversy between parties—When amendments pertaining to matter under consideration in appeal, must be made in accordance with R. 1104—Amendments herein relating to alleged infringement of industrial design registration, issue bearing no relevance to subject-matter of defendant's appeal—Purpose of R. 1104 to give Court of Appeal control over aspects of pleadings likely to consider—If Court of Appeal to effectively deal with issues on appeal, parties not able to amend aspects of pleadings dealing with these issues without leave of Court of Appeal—Where amendments will not be considered by Court of Appeal, no reason to depart from general principles of RR. 420 to 430—Plaintiffs alleging Industrial Design Act not allowing them to assert design registration when filed original statement of claim, but as result of amendment, assigned registered industrial design opposable to defendant—Not plain and obvious plaintiff's case cannot succeed—Defendant arguing as amendments relating to industrial design registration not brought within 12 months of cause of action, plaintiffs' rights of action in regard thereto extinguished—R. 419(1)(a) not proper vehicle to assert defence based on limitation: *Kibale v. Canada* (1990), 123 N.R. 153 (F.C.A.)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 419, 421, 1104—Industrial Design Act, R.S.C., 1985, c. I-9 (as am. by S.C. 1993, c. 15).

MILLIKEN & CO. V. INTERFACE FLOORING SYSTEMS (CANADA) INC. (T-3016-92, Nadon J., order dated 14/12/93, 7 pp.)

## CROWN

## TORTS

Plaintiff seeking damages for injury and loss allegedly caused by wrongful actions of RCMP officers acting in course of employment—Action brought under Crown Liability and Proceedings Act, s. 3, based on two distinct causes of action—Plaintiff alleging excessive use of force while arrested by officers at rural farm home—Officers searching plaintiff's place following investigation of son in relation to illegal trafficking in drugs and stolen auto parts—Plaintiff closing door behind officers—Officer applying armlock during brief scuffle—Plaintiff handcuffed and arrested for obstructing police officers in execution of search warrants—Whether officers liable for assault by excessive use of force—Officer having reasonable and probable cause to arrest plaintiff—Arrest not unlawful—Plaintiff informed of charge following arrest—Officers using excessive force in arresting plaintiff—Necessity for officers to control situation not requiring use of force—Second charge alleging plaintiff unlawfully assaulted officer with intent to resist arrest or detention contrary to Criminal Code, s. 246(1)—No conspiracy on officers' part to initiate second charge—Elements of tort of malicious prosecution not established herein—Physical injuries suffered by plaintiff caused directly by assault—Injuries caused by physical actions of officers in arresting her—Special damages claimed and awarded in amount of \$2,308.78—Award of general damages in amount of \$25,000 for unnecessary use of physical force in plaintiff's arrest and for loss of dignity—Award for exemplary or punitive damages not warranted—No evidence of malicious conduct, or intentional, high-handed and abusive conduct by officers—Officers acting in course of duties as servants of Her Majesty—Defendant liable in damages under Crown Liability and Proceedings Act—Action allowed in part—Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 3—Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 246.

BABYN V. CANADA (T-741-89, MacKay J., judgment dated 17/12/93, 25 pp.)

Action in tort for damages for negligent misrepresentation, unlawful interference with economic relations and legitimate business expectancy, failure to negotiate in good faith—Motion to strike—10-year lease agreement commencing September 1, 1983—In March, 1991 negotiations for lease renewal commencing—Plaintiff dealing exclusively with representatives of Real Estate Division, Public Works Canada (PWC)—Through October, November 1992 Real Estate Division (RED) continuing to expressly indicate preparedness to negotiate final agreement—Plaintiff negotiating on understanding and belief RED having authority and mandate to negotiate renewal—While negotiations still ongoing and without notice to plaintiff, Accommodations Branch of PWC, having arms-length relationship with RED, deciding to proceed with tender process for leasing premises—Plaintiff orally accepting rental rate stipulated by defendant—Defendant's representative indicating prepared to recommend renewal of lease—On November 26, 1992 plaintiff informed PWC not accepting its offer—Motion to strike claims for unlawful interference with economic relations and legitimate business expectations and failure to negotiate in good faith as failing to disclose reasonable cause of action—Motion allowed in part—Elements required for tort of interference with economic rela-

## CROWN—Concluded

tions and legitimate business expectancy set out in *Ontario Store Fixtures Inc. v. Mmmuffins Inc.* (1989), 70 O.R. (2d) 42 (H.C.)—Requiring valid and enforceable contract between plaintiff and third party, and defendant causing breach of that contract—Unlawful act and interference of third party essential—Statement of claim alleging unlawful act by Accommodations Branch of PWC—Accommodations Branch not third party as both Accommodations Branch and RED considered as one—If contract between plaintiff and defendant, and contract breached as result of actions of Accommodations Branch, defendant responsible for contractual damages, not for damages for interference with economic relations and legitimate business expectancy—"Unlawful interference with economic relations and legitimate business expectancy" struck from statement of claim—Court not absolutely convinced plaintiff not having cause of action for failure of defendant to negotiate in good faith—Plaintiff negotiated in good faith and expected PWC would also negotiate in good faith for renewal of existing lease—Existence of 10-year lease distinguishing *Cineplex Corp. v. Viking Rideau Corp.* (1985), 28 B.L.R. 212 (Ont. H.C.); *MacDougall v. St. Peters Bay (Community)* (1992), 100 Nfld. & P.E.I.R. 45 (S.C.T.D.) where no previous contract existed.

MARTEL BUILDING LTD. V. CANADA (T-1273-93, Teitelbaum J., order dated 9/12/93, 13 pp.)

## HUMAN RIGHTS

Application for *certiorari* and prohibition in respect of investigation by Canadian Human Rights Commission into complaint filed by respondent and subsequently amended—Respondent weekend anchor on "Night Final" news program with CBC—Application for position of weekday anchor on same program unsuccessful—Position given to younger woman—Complaint filed on July 13, 1989 against CBC alleging discrimination on grounds of sex and age, contrary to Canadian Human Rights Act, s. 7—Amended on October 22, 1990 to include allegations of discrimination in employment on grounds of sex against CBC and Graham Ritchie, executive producer, TV News—CBC arguing allegation of sexual harassment could not properly form part of amendment as totally new grounds raised—Also arguing investigation statute barred as events giving rise to allegation occurred more than one year before purported amendment—Attack restricted to part of CHRC's decision authorizing investigation of new allegation of sexual harassment raised against CBC and Ritchie—Report prior to investigation setting forth recommendation of investigative staff on issue of timeliness of new allegation—Commission deciding under Act, s. 41(e) to deal with complaints even though acts complained of occurred more than one year before receipt of complaints—Allegation of sexual harassment raising new and different grounds from those previously advanced—Factual foundation for allegation resting on events occurring seventeen months prior to allegation being made—Respondent not told new allegation out of time and would require formal decision by Commission before being proceeded with—Commission, in exercising discretion under s. 41(e), owing duty of fairness to those potentially affected by decision—Matter to be dealt with objectively and without bias—Regional Director

**HUMAN RIGHTS—Concluded**

and investigator of CHRC predetermining question as to whether complaint should be dealt with even though filed out of time—Both having set minds as to recommendation to be embodied in report—Commission adopting recommendation embodied in report without giving reasons—By adopting flawed report, Commission rendering decision without benefit of relevant facts—Report herein basis upon which Commission exercised statutory jurisdiction to deal with belated complaint—If report adopted in making decision flawed, decision itself equally flawed—Decision quashed—Commission to decide again question whether time-barred claim should be investigated—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 7, 41.

CANADIAN BROADCASTING CORP. v. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) (T-1578-91, Noël J., order dated 15/12/93, 20 pp.)

**INCOME TAX****INCOME CALCULATION***Capital Gains*

Appeal from trial judgment [(1990), 90 DTC 6690] dismissing appeal from reassessment including \$308,217.50 capital gain in terminal tax return—Representing half capital gain deemed realized immediately before taxpayer's death on deemed disposition of shares—Taxpayer entering agreement to sell shares to sons—Sale not to be completed until after his death—Purchase price secured by promissory note, interest on which payable to estate during lifetime of widow, on whose death principal falling due—Agreement expressly binding on "successors and assigns" of parties—Will devising all property to trustees upon certain trusts—Residue of estate to be invested and annual net income paid to widow during her lifetime and "without any intention of imposing a trust on [his wife] with respect thereto" reminding her of opportunity conferred on their sons in connection with their right to acquire his common shares—After taxpayer's death shares sold to sons pursuant to agreement—Trial Judge holding shares not vesting indefeasibly as no discretion or control in trustees as to disposition of shares—Executors compelled to sell shares—Whether shares vested indefeasibly in spousal trust created under will—Appellants relying on "bundle of rights" theory abstracted from *Beament Estate v. M.N.R.*, [1970] S.C.R. 680—Arguing shares vesting indefeasibly as not condition subsequent specified in original grant which could operate to defeat or revoke interest granted—Respondent maintaining promissory note, not shares, vesting in spousal trust—Appeal dismissed—Bundle of rights, i.e. shares subject to contractual obligations described in agreement with sons, passing on death—Those obligations mandatory and binding upon legal personal representatives of deceased, as vendor, and upon sons as purchasers—Legal personal representatives under obligation without discretion to sell and did sell shares, constituting principal asset in estate, to sons for consideration agreed upon—Shares subject to obligation in agreement requiring sale to sons, not shares *in specie*, passing to legal personal representatives of deceased at death—Under will, property passing first to legal personal rep-

**INCOME TAX—Concluded**

resentatives to be disposed of in accordance with terms of will, not to spousal trust—Will creating spousal trust only with respect to residue of estate—By necessary implication, shares subject to agreement and sold accordingly, never forming part of residuary estate and of spousal trust—Fallacy in appellants' argument lying in belief shares transferred to spousal trust with no condition subsequent which could have defeated or revoked trust's interest in property—Appellants confused as to what property passed to estate of deceased and what property vested in spousal trust created with residue of estate—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 40(1)(a), 70(5) (as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 19), (6) (as am. *idem*; S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 38), 104(23)(a).

GREENWOOD ESTATE v. CANADA (A-371-91, Robertson J.A., judgment dated 9/12/93, 7 pp.)

**INJUNCTIONS**

Appeal and cross-appeal from Trial Division order granting Mareva injunction—In granting injunction, Motions Judge considering existence of strong *prima facie* case, defendant's financial difficulties, genuine risk plaintiff may be unable to execute judgment if successful—Order preventing defendant from disposing of, encumbering, releasing or dispossessing itself of any assets or from removing them from Canada until trial of matter—By cross-appeal plaintiff seeking order for security for damages—Appeal allowed; cross-appeal dismissed—No evidence justifying finding genuine risk of corporate defendants' assets being removed or disposed of prior to judgment in main action being granted—Case law governing Mareva injunctions not concerned with possibility potential judgment debtors may find themselves insolvent or declared bankrupt prior to plaintiff obtaining judgment—Evidence of financial difficulties insufficient to support grant of extraordinary remedy sought—Overriding consideration whether defendant threatens to so arrange assets as to defeat adversary in attempt to recover from defendant: *Aetna Financial Services Ltd. v. Feigelman et al.*, [1985] 1 S.C.R. 2—Only question whether any evidence before Motions Judge reasonably leading to conclusion corporate defendants about to dispose of assets to avoid judgment—Only relevant evidence relating to use of three inflatable boats for use outside Canada in usual course of business i.e. arranging international cruises—No evidence defendants about to dispose of chattels for purpose of avoiding judgment—Removal of assets from jurisdiction by resident defendant in normal course of business, without any suggestion of intent to defeat eventual judgment recovery by plaintiff, insufficient to support Mareva injunction—Motions Judge also erred in failing to identify corporate appellants' assets as precisely as possible—*Chitel et al. v. Rothbart et al.* (1982), 69 C.P.R. (2d) 62 (Ont. C.A.) holding Court should establish assets with as much precision as possible so that if Mareva injunction warranted, directed towards specific assets or bank accounts—Unusual, even punitive, to tie up all assets and income of defendant who is citizen and resident within jurisdiction—Breadth of order granted by Motions Judge clearly preventing defendants from carrying on in ordinary course of business—In absence of grounds justifying issuance

**INJUNCTIONS—Concluded**

of Mareva injunction, no authority to make order for security for damages.

MARINE ATLANTIC INC. v. BLYTH (A-642-93, Robertson J.A., judgment dated 13/12/93, 5 pp.)

**MARITIME LAW****PRACTICE**

Application to stay order granting Mareva injunction against corporate defendants—Defendant Blyth & Company Travel Ltd. (BCTL) entering into joint venture agreement with plaintiff to provide environmentally-oriented cruise expeditions using M.V. "Northern Ranger"—BCTL purchasing 3 inflatable boats (Zodiacs) leased to joint venture for use on expeditions—Dispute arising between BCTL and plaintiff with respect to mutual obligations under joint venture agreement—Plaintiff claiming damages against defendants for breach of joint venture agreement and negligent misrepresentation—Counterclaim by defendants seeking damages against plaintiff, return of Zodiacs held by plaintiff—Jerome A.C.J. ordering return of Zodiacs, granting plaintiff's application for Mareva injunction—Jurisdiction in F.C.T.D. to grant stay of interlocutory order pending appeal of order to Court of Appeal—Plaintiff seeking Mareva injunction must demonstrate strong *prima facie* case, not merely good arguable case—Mareva injunction not to be used as means to obtain execution prior to judgment—Plaintiff must satisfy Court defendant removing assets in order to avoid future judgment—Defendants herein seeking to remove assets from jurisdiction in order to fulfil business and commercial commitments—No intention to make themselves judgment-proof—Defendants' case sufficiently strong to justify stay—Defendants stating effect of granting Mareva injunction tantamount to preventing them from carrying on normal and ordinary business operations and may jeopardize ability to survive—Mareva injunction will cause irreparable harm to defendants in short term—Plaintiff not to be placed in preferred position *vis-à-vis* defendants' other unsecured creditors—Seeking Mareva injunction as security for claim—Balance of convenience lying in favour of defendants—Application allowed.

MARINE ATLANTIC INC. v. BLYTH (T-1571-93, Nadon J., order dated 26/11/93, 13 pp.)

**PAROLE**

Application for judicial review of National Parole Board's refusal to consider applicant for accelerated parole review—Applicant sentenced to 2 years for impaired driving causing death—Appearing before Board on February 11 and granted day parole to commence March 28—On April 27 pleaded guilty to possession of narcotics in relation to offence committed March 2 and sentenced to 7 days—Day parole cancelled as result of conviction and sentence—Applicant's case for accelerated parole review referred to Board pursuant to Corrections and Conditional Release Act, s. 125—Ss. 125, 126 applying to offender sentenced to penitentiary for first time—S. 126 pro-

**PAROLE—Concluded**

viding if no reasonable grounds to believe offender, if released, likely to commit violent offence before expiration of sentence, Board shall direct offender be released on full parole—Criminal Code, s. 731(2) providing where person sentenced to imprisonment in penitentiary, and before expiration of that sentence, sentenced to imprisonment for less than two years, shall be sentenced to and serve that term in penitentiary—Application dismissed—Although penal statutes generally interpreted strictly, and ambiguities interpreted in favour of those liable to penalty, important to distinguish denial affecting expectation of enjoyment of anticipated privilege of liberty (i.e. grant of parole, unescorted temporary absences) from deprivation of some right of liberty presently existing or enjoyed (initial incarceration or where parole, already granted, revoked)—Argument for strict interpretation attenuated under former circumstances—Interpretation Act, s. 15 requiring all statutes receive "fair, large and liberal construction"—While s. 731(2) enacted in part to distinguish between instances where person must serve time in penitentiary versus provincial reformatory, primarily addresses consequences of being sentenced to less than 2 years while serving existing sentence in penitentiary—Subsequent sentence not part of first, but mutually exclusive entity—S. 731(2) bolstering respondent's case applicant sentenced to penitentiary for second time upon conviction for narcotics offence—Purposive method of statutory interpretation yielding same result—Accelerated review envisaged as expedited process, applying only to offenders representing slightest threat to society: first-time non-violent offenders—To allow person who showed "unbelievably poor judgment" in being involved in drugs after positive Board decision while awaiting release to be entitled to accelerated review process would defeat purpose of Act—S. 139 providing where person sentenced to term of imprisonment that has not expired sentenced to additional term of imprisonment, person deemed sentenced to one term of imprisonment—Applicant arguing concurrent sentence for possession of narcotics part of first sentence—*Pask v. R.*, T-2990-83, Muldoon J., judgment dated 23/5/84, F.C.T.D., not reported, distinguished—S. 139(1) must be interpreted so as to provide for "one total term of imprisonment" for potential plurality of sentences—Otherwise any non-violent repeat offender would be considered for accelerated parole contrary to purpose thereof—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 2(1), 119, 120, 122, 123, 125, 126, 139—Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 731(2)—Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 15—Parole Act, R.S.C., 1985, c. P-2.

PROSYK v. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD)  
(T-1716-93, Nadon J., order dated 2/12/93, 10 pp.)

**PATENTS**

Application for order requiring Minister of National Health and Welfare to produce portions of Nu-Pharm's New Drug Submission (NDS) relating to fluconazole tablets and Drug Master File (DMF) filed by Nu-Pharm's supplier pursuant to Food and Drug Regulations, Division 8—Nu-Pharm seeking Notice of Compliance (NOC) (marketing approval) for NDS—Pfizer has patent for product made by process—Nu-Pharm filing NDS and Notice of Allegation (pursuant to Patented



**PATENTS—Concluded**

Medicines (Notice of Compliance) Regulations) stating its manufacture, use or sale of tablets infringing neither medicine itself nor use thereof in Pfizer patent—Pfizer applying under Regulations, s. 6(1) for order prohibiting Minister from issuing NOC on grounds Nu-Pharm's Notice of Allegation lacking description of process, not justified because fluconazole to be sold by Nu-Pharm same chemical composition as fluconazole described in patent—Application dismissed—S. 6(1) contemplating quick procedure—Onus on Pfizer to show relevance of material sought—Important given summary nature of proceedings—Applicants entitled to sufficient information to define issues—Sufficient material in NDS to meet requirements of Food & Drug Regulations, Division 8, ss. C.08.002 to C.08.004—No evidence of any relationship between information sought and process of manufacture—Applicants not entitled to go on fishing expedition—To resolve main action (infringement) Court will examine drug supplier's process, compare chemicals set out therein with patented claims and determine if chemical equivalence—Information sought not essential to main application—DMF belonging to third party (drug supplier) not involved in litigation and who could be wrongfully affected by disclosure—Applicants have sufficient information to define issues—No further part of NDS and no part of DMF made available—Food and Drugs Act, R.S.C., 1985, c. F-27—Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870, ss. C.08.002 to C.08.004—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 55.1 (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4), 55.2 (as enacted *idem*)—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 6(1)—Patent Act Amendment Act, 1992, S.C. 1993, c. 2—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5), 18.4 (as enacted *idem*)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 1612 (as enacted by SOR/92-43, s. 19), 1613 (as enacted *idem*).

PFIZER CANADA INC. v. NU-PHARM INC. (T-1352-93, McKeown J., order dated 24/12/93, 10 pp.)

**PENSIONS**

Motion under R. 419 for order striking statement of claim as revealing no viable cause of action and remedies sought not available at law—Plaintiff married to member of Canadian Armed Forces—Upon husband's death in June 1962, plaintiff entitled to pension pursuant to Pensions Act—Ceasing to be eligible for pension by reason of second marriage in November 1966—Pursuant to Statute Law (Superannuation) Amendment Act, plaintiff again eligible to collect first husband's pension—Reinstated as pension beneficiary from June 29, 1989 onwards—Claiming pension accrual from April 17, 1985 to June 29, 1989 as monetary remedy under Charter, s. 24—Charter, s. 15 coming into force on April 17, 1985—Plaintiff submitting Pension Act, s. 59(1) of no force or effect as of April 17, 1985 as discriminating on basis of sex and marital status contrary to Charter, s. 15—Issue underlying litigation cannot be said to have disappeared by reason only of revocation of offending provision—Issue raised by statement of claim not moot as not plain and obvious claim cannot succeed—Question raised by R. 419 application not to be decided in vacuum—Motion dismissed—Pension Act, R.S.C., 1985, c. P-6, s. 59(1) (as rep. by

**PENSIONS—Concluded**

S.C. 1989, c. 6, s. 32)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 15, 24.

CAMPBELL v. CANADA (T-987-91, Noël J., order dated 12/1/94, 6 pp.)

**PRACTICE**

Motion by defendant for order under R. 480 segregating trial of issues relating to damages and accounting profits—Statement of claim alleging infringement by defendant of plaintiff's rights in "Motif Magnolia" glassware design—All issues involved in action to be heard and disposed of at once in single trial—R. 480 applicable only where issues underlying claim capable of segregation—Saving of time and costs resulting from segregation in context of first adjudication outweighing risk of having to proceed with second trial should alleged infringement be established—Application granted—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 480.

VERRERIE CRISTALLERIE D'ARQUES J.G. DURAND & CIE v. MODERN HOUSEWARES IMPORTS INC. (T-1393-91, Noël J., order dated 10/11/93, 5 pp.)

**PLEADINGS***Motion to Strike*

Motion to strike amended statement of defence—Preliminary matter questioning propriety of counsel appearing on motion in which affidavit of member of party's law firm tendered in evidence—Where affidavit filed by lawyer in support of motion, lawyer should refrain from appearing on motion—While giving of evidence by solicitors should be discouraged, where admission of lawyer's evidence necessary for practical reasons, lawyer should not be precluded from appearing on motions or at trial where evidence not intended to be used—Instant motion can be decided under R. 419(1)(a) without resort to evidence in affidavit—Motion attacking paragraphs of statement of defence filed in response to statement of claim in which plaintiff claiming ownership of certain copyrights alleged to have been infringed—Sufficient factual allegations in paragraphs of statement of defence to reveal grounds of defence—Parts of statement of defence struck out—Paragraph of earlier statement of defence alleging ownership in Samsonite U.S. ordered reinstated—Motion allowed in part—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419.

SAMSONITE CANADA INC. v. COSTCO WHOLESALE CORP. (T-500-92, Giles A.S.P., order dated 8/12/93, 5 pp.)

**PUBLIC SERVICE****JURISDICTION**

Application for judicial review of PSSRB adjudicator's decision lacking jurisdiction to adjudicate applicant's grievance

**PUBLIC SERVICE—Concluded**

ance alleging employer's failure to grant retroactive remuneration breached master agreement—Applicant immigration adjudicator—Notwithstanding change in responsibilities effective January 1, 1989 as result of amendments to Immigration Act, applicant's position continuing to be classified at same level until July 3, 1990—Adjudicator declining jurisdiction on ground to grant retroactive remuneration would effectively reclassify position retroactively in manner prohibited by Public Service Staff Relations Act—Act, s. 92(1)(a) permitting reference to adjudication of grievance concerning interpretation or application in respect of employee of provision of collective agreement or arbitral award—S. 97(2) confirming once grievance referred to adjudication, adjudicator must consider grievance and thereafter "shall render decision thereon"—S. 7 stating nothing in Act shall be construed to affect right or authority of employer to determine organization of Public Service and to classify positions therein—Master agreement, clause M-27.07(a) providing when employee required by employer to substantially perform duties of higher classification level in acting capacity, employee shall be paid acting pay calculated from date on which commenced to act—Applicant submitting employer denying her acting pay to which entitled under Master agreement—Respondent submitting acting position not part of employee's normal duties, but involving different, temporary position of higher classification for specific purpose—Application allowed—(1) Adjudicator based decision upon erroneous finding of law and fact that grant of retroactive remuneration constituted retroactive reclassification—Applicant substantially performed duties of PM-05 classification during period in question, although classified as PM-04—Eventually promoted to PM-05 classification—Question of fact whether applicant working in "acting capacity"—Reference to PSSRB cases in which employee who substantially performs duties of higher classification level, prior to upward classification of that position to higher level, entitled to compensation at rate of pay applicable to higher classification—(2) Also erred in law in finding grant of relief sought contrary to Act, s. 7—Case clearly one of remuneration, not "classification"—No reason for adjudicator to decline jurisdiction—S. 7 not engaged herein—S. 7 not relieving employer of contractual obligations, arising from collective agreement, relating to rates of pay—Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, ss. 7, 92(1)(a), 97(2).

STAGG V. CANADA (TREASURY BOARD) (T-1604-92, Muldoon J., order dated 15/12/93, 11 pp.)

**TRADE MARKS****EXPUNGEMENT**

Appeal from decision by Registrar of Trade-marks causing expungement of appellant's trade mark "For Perms Only"—Trade mark registered on July 10, 1987 in respect of hair care products, namely shampoo, conditioner, hair moisturizer, styling gel, mousse, reconstructive conditioner and hair spray—On August 29, 1990, Registrar forwarding s. 45 notice to Belvedere International Inc., registered owner of trade mark "For Perms Only"—Exhibit "B" to affidavit of Donald Belvedere showing 22 invoices, all dated May 6, 1987—No other sales of

**TRADE MARKS—Continued**

"For Perms Only" made for 5 1/2 years—"Formulation" problem only applying to "For Perms Only" shampoo and conditioner—No evidence of "formulation" problem with "For Perms Only" hair moisturizer, styling gel, mousse and hair spray—Registrar finding no special circumstances justifying absence of use from May 27, 1987 to August 29, 1990—Under Trade-marks Act, s. 45(3), registration of trade mark liable to be expunged or amended where absence of use not due to special circumstances—"Special circumstances" to be interpreted as "unusual, uncommon or exceptional"—Period of non-use herein almost 5 1/2 years, from May 1987 to November 1992—Fluctuating market conditions not constituting special circumstances excusing non-use—Evidence adduced by appellant to establish weak consumer demand sparse—Evidence of soft consumer demand not substantial enough to conclude Registrar made erroneous finding no special circumstances existed to explain 5 1/2 year period of non-use—Fact appellant resumed use of trade mark not special circumstance justifying interference with Registrar's decision—Allowing maintenance of mark after long voluntary cessation of use of mark contrary to purpose of s. 45—No intention of appellant to re-use trade mark—Appeal dismissed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 45, 56.

BELVEDERE INTERNATIONAL INC. v. SIM & MCBURNEY (T-213-93, Teitelbaum J., order dated 22/12/93, 11 pp.)

**INFRINGEMENT**

Application for interlocutory injunction restraining defendants from passing off wares under name "Center Ice" or "Authentic Center Ice Collection" or any other colourable imitation of plaintiff's trademark "Centre Ice" within Alberta—Since 1986 plaintiff using trade mark "Centre Ice" in connection with sale of sports clothing, operation of retail outlet specializing in sale of sports clothing, equipment in Alberta—Extensively advertising, promoting trade mark, including advertisements in publications of defendant NHL and member clubs—"Centre Ice" registered with Government of Alberta Consumer and Corporate Registry with regard to retail sporting goods since 1986—NHL unincorporated association whose members consisting of American and Canadian hockey teams—Claiming ownership of trade mark "Center Ice", although not filing any evidence registered trade mark owner—Plaintiff alleging confusion arising as result of defendants' use of "Center Ice"—Defendant alleging plaintiff selling hard sporting goods and related services, non-licensed sports clothing (other than hockey jerseys), none of which labelled "Centre Ice"—Application allowed—Plaintiff raising serious question to be tried i.e. whether defendants' use of "Center Ice" over past couple of years violating Trade-marks Act, s. 7—Evidence showing use of trade name "Centre Ice" for six years and defendants recently using "Center Ice" in its advertisements for line of sports clothing—Pleadings neither frivolous nor vexatious—Plaintiff clearly showing allowing defendants to continue using trade name "Center Ice" will result in harm not compensable in damages—Evidence as to irreparable harm must be clear and not speculative: *Imperial Chemical Industries PLC v. Apotex, Inc.*, [1990] 2 F.C. 221 (C.A.)—Uncontradicted evidence indicating confusion resulting from defendants' use of trade name "Center Ice"—Destruction of goodwill constituting irreparable harm—Trade-marks Act, s.

**TRADE MARKS—Continued**

7(b) juxtaposing wares, services and business in condemning causing of confusion in unrestricted cross-reference, one to other—S. 7(b) denouncing causing confusion between plaintiff's trade or business name and defendants' wares, goods and services, or vice versa—Evidence indicating Centre Ice store in Calgary has excellent reputation in hockey equipment industry—Also sufficient evidence defendants' use of trade name "Center Ice" confusing to public—Evidence confusion resulting in members of public being discontent to learn plaintiff not carrying products advertised by defendants—Rule in passing off cases that final consumer to be considered in determining whether tort of passing off committed—Reasonable to conclude allowing defendants to continue using trade name "Center Ice" will result in confusion between litigants' products and loss of goodwill not compensable in damages—Plaintiff undertaking to compensate defendant if injunction refused in final action—Undertaking coupled with strong evidence of consumer confusion, loss of goodwill supporting grant of interlocutory injunction—Defendants enjoined from passing off their wares by advertising or sales thereof in city of Calgary and that part of Alberta south thereof—If broadcasting

**TRADE MARKS—Concluded**

advertisements propagated within that area of southern Alberta, but evince range beyond it, or such broadcasting advertisements be propagated outside that area and range into it, they must be terminated within area by whatever means required—Injunction not operating against French language version of "Center Ice", if exhibited alone—Injunction extending to all broadcast and print media, i.e. CBC, CTV, Global, satellite reception rebroadcasting or propagation, *Calgary Herald*, *Herald Neighbour*—Plaintiff may serve copies of injunction upon any of such persons, firms and corporations—All of Alberta too extensive area in which injunction to operate based on plaintiff's customer list—Balance of convenience, given size of defendants' enterprise compared to plaintiff's business, operating in favour of denying stay of operation of injunction pending appeal by defendants—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 469—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 6, 7.

CENTRE ICE LTD. V. NATIONAL HOCKEY LEAGUE (T-986-92, Muldoon J., order dated 7/12/93, 21 pp.)



# FICHES ANALYTIQUES

*Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.*

## BREVETS

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance enjoignant au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de produire certaines parties de la présentation de drogue nouvelle (PDN) de Nu-Pharm Inc. visant les comprimés de fluconazole ainsi que la fiche maîtresse du produit (FMP) déposée par le fournisseur de Nu-Pharm conformément au titre 8 du Règlement sur les aliments et drogues—Nu-Pharm cherche à obtenir un avis de conformité (ADC) (approbation de la mise en marché) à l'égard de la PDN—Pfizer détient un brevet à l'égard du procédé utilisé dans la fabrication du produit—Nu-Pharm a déposé une PDN et un avis (conformément au Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)), dans lequel elle alléguait qu'aucune revendication pour le médicament lui-même et aucune revendication pour l'utilisation du médicament visé par le brevet Pfizer ne seraient violées advenant la fabrication, l'utilisation, ou la vente des comprimés—Pfizer a demandé, sous le régime de l'art. 6(1) du Règlement, que soit rendue une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un ADC pour le motif que l'avis des allégations de Nu-Pharm ne décrivait pas le procédé utilisé et que les allégations n'étaient pas fondées, parce que le fluconazole devant être vendu par Nu-Pharm avait la même composition chimique que le fluconazole décrit dans le brevet—Demande rejetée—L'art. 6(1) prévoit une procédure rapide—Il incombe à Pfizer de démontrer la pertinence des pièces demandées—Ce facteur est important étant donné la nature sommaire de la procédure—Les requérantes ont le droit d'obtenir suffisamment de renseignements pour être en mesure de définir les points en litige—Il y a suffisamment de renseignements dans la PDN pour satisfaire aux exigences des art. C.08.002 à C.08.004 du titre 8 du Règlement sur les aliments et drogues—Absence de preuve permettant d'établir quelque relation entre les renseignements demandés et le procédé de fabrication—Les requérantes n'ont pas le droit de procéder à une recherche à l'aveuglette—Pour régler l'action principale (en contrefaçon), la Cour examinera le procédé du fournisseur et comparera les éléments chimiques qui y sont utilisés avec les revendications du brevet, et déterminera s'il y a équivalence chimique—Les renseignements demandés ne sont pas essentiels à la demande principale—La FMP appartient à un tiers (le fournisseur de la drogue) qui n'est pas impliqué dans le litige et sur lequel la communication pourrait avoir un effet négatif—Les requérantes disposent de suffisamment de renseignements pour définir les points en litige—Elles n'auront accès à aucune autre

## BREVETS—Fin

partie de la PDN et à aucune partie de la FMP—Loi sur les aliments et drogues, L.R.C. (1985), ch. F-27—Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870, art. C.08.002 à C.08.004—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 55.1 (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4), 55.2 (édicte, *idem*)—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 6(1)—Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets, L.C. 1993, ch. 2—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5), 18.4 (édicte, *idem*)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 1612 (édicte par DORS/92-43, art. 19), 1613 (édicte, *idem*).

PFIZER CANADA INC. C. NU-PHARM INC. (T-1352-93, juge McKeown, ordonnance en date du 24-12-93, 13 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

### CONTRÔLE JUDICIAIRE

Demande d'annulation de la décision selon laquelle la revendication du requérant ne justifiait pas que l'on fasse une exception pour des raisons d'ordre humanitaire, conformément à l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration—Le requérant n'a pas eu la possibilité de faire des observations au sujet des éléments de preuve présentés à titre de pièces de l'affidavit de l'agent d'immigration et sur lesquels l'intimé a fondé sa décision—Il soutient que les règles de justice naturelle et d'équité procédurale n'ont pas été respectées—Demande accueillie—La détermination de la question de savoir s'il existe des raisons d'ordre humanitaire est une décision administrative qu'on ne peut pas modifier à la légère, mais le décideur a l'obligation d'agir d'une façon équitable en exerçant son pouvoir administratif—Renvoi à *Sellakkandu c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 92-T-2029, juge Denault, 13-10-93, C.F. 1<sup>re</sup> inst., encore inédit, pour un examen de la jurisprudence au sujet de la façon dont il faut s'acquitter de ce devoir d'équité, et de la question de savoir si le droit du requérant inclut une entrevue ou une audience—Le requérant doit avoir la possibilité de se défendre et de présenter sa propre preuve et ses propres observations—Une audience n'est pas nécessaire si la Cour est convaincue que le requérant a eu une occasion suffisante pour faire des observations et se défendre—Dans *Muliadi*

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

*c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 2 C.F. 205 (C.A.), il a été statué que la décision rendue par un agent des visas et fondée sur des documents qui n'avaient pas été communiqués au requérant et que ce dernier n'avait pas eu la possibilité de réfuter pouvait être annulée parce qu'elle était inéquitable au point de vue de la procédure—En l'espèce, il y a eu manquement au devoir d'agir équitablement—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 9(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 4), 82.1 (mod., *idem*, art. 73), 114(2) (mod., *idem*, art. 102).

NYAME C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-1764, juge Cullen, ordonnance en date du 13-12-93, 9 p.)

### *Compétence de la Cour fédérale*

Demande présentée en vertu de la Règle 419(1)a en vue de la radiation de la déclaration pour le motif qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action puisque la Cour n'a pas compétence pour accorder la réparation sollicitée par le demandeur—La défenderesse a le droit de soulever la question de la compétence en utilisant la Règle 419(1)a—Une demande présentée conformément à la Règle 419(1)a ne sera accueillie que lorsqu'il est évident et manifeste que le demandeur ne peut avoir gain de cause—La Commission de l'immigration et du statut de réfugié a accordé au demandeur le statut de réfugié au sens de la Convention—La demande que le demandeur avait présentée pour obtenir la prorogation de la période de validité de son titre de voyage a été rejetée par l'agent des passeports—Le demandeur sollicite une réparation visée par l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale—Le pouvoir de délivrer et d'annuler les passeports fait partie des prérogatives de la Couronne—L'agent des passeports exerçait son pouvoir conformément à une prérogative de la Couronne et il était donc un «office fédéral» au sens de l'art. 2(1) de la Loi sur la Cour fédérale—Il est désormais possible d'obtenir le contrôle judiciaire du refus de la Couronne de délivrer un passeport (y compris un titre de voyage pour réfugiés)—Il est évident et manifeste que l'action du demandeur ne peut pas être accueillie—Rien n'empêche le demandeur de demander le contrôle judiciaire de la décision de l'agent en présentant une demande conformément à l'art. 18.1—Demande accueillie—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 419(1)a—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5).

MOBARAKIZADEH C. CANADA (T-2230-93, juge Nadon, ordonnance en date du 15-12-93, 8 p.)

### PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Requête en prorogation du délai de dépôt de la réponse—La réponse a été signifiée au ministère de la Justice, à Toronto—Le greffe de la Cour a refusé de déposer la réponse pour le motif que l'intitulé de la cause était inexact—L'erreur a été corrigée, mais lors de la nouvelle signification faite au Ministère, la reconnaissance de la signification a été refusée—La réponse n'a pas été déposée en temps opportun—La Cour n'exige pas que la signification soit reconnue—Si la reconnais-

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

sance de signification est refusée, la personne qui signifie le document doit remettre celui-ci au réceptionniste ou à une personne bien informée plutôt que de le laisser sans surveillance à l'intérieur du bureau—Si un affidavit d'explication avait été déposé en l'espèce, on aurait évité de nombreux inconvénients—Une brève prorogation est accordée.

PORTILLO C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5623-93, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 4-1-94, 2 p.)

Demande de sursis à l'exécution d'une mesure d'expulsion en attendant qu'une décision soit rendue à l'égard de la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de la décision rendue par la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié—La Cour a compétence pour accorder la réparation demandée par le requérant—Le requérant a soulevé une question sérieuse dans sa demande d'autorisation et de contrôle judiciaire—Le requérant subira un préjudice irréparable si la demande de sursis n'est pas accordée puisque la compétence de la section d'appel cessera d'exister dès que celui-ci quittera le Canada—La compétence «d'*equity*» de la section d'appel, de rouvrir l'appel, continue d'exister tant que la mesure d'expulsion n'est pas prise—La répartition des inconvénients favorise le requérant—Demande accueillie.

DE MEDEIROS C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-7508-93, juge Nadon, ordonnance en date du 11-1-94, 4 p.)

### STATUT AU CANADA

#### *Réfugiés au sens de la Convention*

Demande d'annulation de la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié—Les questions litigieuses en l'espèce découlent de la décision rendue dans *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689—La Commission a conclu que les requérants avaient raison de craindre d'être persécutés au Chili, puis a examiné la question de la protection fournie par l'État—La Commission n'aurait pas dû tirer sa conclusion sans l'assujettir expressément à la question de la protection fournie par l'État—La Commission a commis une erreur en refusant de tenir compte du fait que les requérants ne voulaient pas se réclamer de la protection de l'État parce que celui-ci n'était pas complice de la persécution que ceux-ci craignaient—Les requérants avaient droit à ce que la Commission détermine s'il existait des renseignements clairs et convaincants au sujet de l'incapacité de l'État de les protéger—La Commission a commis une erreur en disant que la police n'avait rien à voir avec la persécution que les requérants craignaient—Il existe une preuve selon laquelle les requérants avaient été détenus et battus par la police sous l'ancien régime—La Commission ne peut pas négliger des éléments de preuve contradictoires importants lorsque les requérants sont jugés crédibles—La Commission a commis une erreur en examinant l'incapacité d'obtenir la protection de l'État et en déclarant que les requérants étaient tenus de s'adresser à la police—L'arrêt *Ward* n'en fait pas une obligation absolue—La Commission doit examiner les raisons pour lesquelles les requérants esti-

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

maient ne pas pouvoir s'adresser à la police et déterminer si l'État pouvait raisonnablement assurer sa protection—Demande accueillie.

MALLADO C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-912-93, juge McKeown, ordonnance en date du 10-12-93, 4 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que l'intimé n'était pas un réfugié au sens de la Convention—L'intimé, qui est citoyen guatémaltèque, a été recruté contre son gré dans l'armée—Pendant une mission spéciale, il a tiré sur un guérillero et l'a tué—La Commission a conclu que le requérant avait raison de craindre d'être persécuté par l'armée et par les guérilleros—Elle a conclu que l'intéressé n'était pas visé par la disposition d'exclusion figurant à l'art. 1(F) de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés—Elle a conclu que le requérant avait agi sous la contrainte—La Commission n'a pas examiné comme il convient la question dont elle était saisie—Absence de preuve que le meurtre du guérillero avait été commis par autodéfense—La question de savoir si l'intimé avait participé volontairement au meurtre n'a pas été examinée—La Commission ne s'est pas demandée si l'intimé aurait subi des conséquences proportionnées à l'irrévocabilité du sort qu'il a réservé au guérillero s'il n'avait pas obéi aux ordres—Demande accueillie—Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T.C. n° 6, art. 1(F).

CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) C. MELGAR (IMM-3156-93, juge Noël, ordonnance en date du 20-1-94, 6 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la SSR a conclu que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le requérant est un apatride né dans un camp de réfugiés de la bande de Gaza—Son ancienne résidence habituelle était située à Gaza—Il possède un document de l'Office de secours et de travaux des Nations Unies (l'UNRWA) le reconnaissant comme étant un réfugié—La SSR a conclu que le requérant était crédible, mais elle a jugé que la preuve ne révélait pas l'existence d'un risque raisonnable de persécution s'il retournait à Gaza—Décision fondée en partie sur les efforts sérieux qui sont faits en vue de réconcilier les Palestiniens et les Israéliens—Demande accueillie—Le tribunal a commis une erreur en omettant de prendre expressément en considération l'existence du document de l'UNRWA—Il n'est pas nécessaire de mentionner toute la preuve documentaire produite, mais le tribunal devait tenir compte des éléments de preuve importants ou des éléments de preuve se rapportant expressément à la revendication particulière, surtout lorsque le document mentionne nommément le requérant et lui reconnaît le statut de réfugié—La reconnaissance antérieure de circonstances rendant le requérant admissible à la protection de l'UNRWA est convaincante, sans être décisive, et elle aurait dû être examinée—Le tribunal a également commis une erreur lorsqu'il a examiné la question du changement de circonstances étant donné que celle-ci avait été soulevée dans la décision sans qu'il en ait été fait mention pendant l'audience—Le droit d'être entendu comprend l'obligation de donner un avis de la preuve à réfuter:

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

*Thirunavukkarasu c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 589 (C.A.)—Ce principe s'applique particulièrement lorsque le tribunal fonde sa conclusion au sujet du changement de circonstances sur des renseignements qu'il semble avoir admis d'office—Comme la preuve documentaire soumise au tribunal ne fait pas mention des négociations de paix, il faut présumer que le tribunal avait admis ces faits d'office—Le tribunal était tenu d'aviser l'intéressé que le changement de circonstances était une question qu'il pourrait examiner; de plus, il était légalement tenu d'aviser l'intéressé, conformément à l'art. 68(5) de la Loi sur l'immigration, qu'il admettrait d'office les négociations de paix—Ces faits ne sont pas suffisamment «connus de façon notoire» pour être régulièrement admis d'office—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 68(5) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18).

EL-BAHISI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-1209-92, juge Denault, jugement en date du 4-1-94, 5 p.)

### *Résidents permanents*

La requérante, qui vient des Philippines, est arrivée au Canada en 1990 dans le cadre du Programme concernant les employés de maison étrangers—Depuis son arrivée, elle a travaillé à titre d'aide familiale résidente—En 1992, elle a eu un ulcère gastro-duodéal qui nécessitait une diète spéciale—Elle a commencé à dîner chez son ami et à passer la nuit chez lui; elle retournait à son travail le lendemain—Elle a continué à conserver ses effets personnels chez son employeur, à payer gîte et couvert, à maintenir un service téléphonique et à recevoir le courrier chez ce dernier—La demande de résidence permanente a été refusée par suite d'une erreur dans le calcul de la période pendant laquelle la requérante avait travaillé—Demande accueillie—Affaire renvoyée à un agent d'immigration pour réexamen conformément aux principes directeurs du Programme, énoncés dans *Karim v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 21 F.T.R. 237 (1<sup>re</sup> inst.)—Le Programme vise à faciliter l'obtention du statut de résident permanent—Il incombe au Ministère d'adopter une attitude souple et constructive dans ses rapports avec les participants—Son rôle n'est pas de refuser la résidence permanente pour des questions de forme, mais de travailler avec les participants et de les aider à obtenir la résidence permanente—Le but du Programme concernant les aides familiaux résidents est de combler une lacune du marché du travail canadien—L'agent d'immigration a un pouvoir discrétionnaire limité en ce qui concerne le rejet d'une demande de résidence permanente une fois qu'il est établi que le participant a travaillé pendant la période requise de 24 mois—Si le Ministère a l'intention d'interpréter de façon stricte les exigences du Programme des aides familiaux résidents, les principes fondamentaux de l'équité lui imposent l'obligation d'informer le requérant de ses conclusions en ce qui concerne la résidence chez l'employeur et de lui permettre de corriger le manquement avant de le forcer à quitter le pays.

TURINGAN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1694-93, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 25-11-93, 6 p.)

## COURONNE

## RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

La demanderesse réclame des dommages-intérêts pour les pertes et le préjudice qu'elle aurait subis du fait des actes illégaux commis par des agents de la GRC dans l'exercice de leurs fonctions—L'action intentée en vertu de l'art. 3 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif est fondée sur deux causes d'action distinctes—La demanderesse allègue que les agents ont eu recours à une force excessive lorsqu'ils l'ont arrêtée à la ferme qu'elle occupait—Les agents ont fouillé les lieux à la suite d'une enquête concernant le fils de la demanderesse et portant sur le trafic de stupéfiants et de pièces d'automobiles volées—La demanderesse a fermé la porte aux agents—Pendant une brève bousculade, l'agent a appliqué une clé de bras—On a passé les menottes à la demanderesse et on l'a arrêtée pour avoir entravé des agents de la paix dans l'exécution de mandats de perquisition—Question de savoir si les agents ont commis des voies de fait en utilisant une force excessive—Il existait une cause raisonnable et probable d'arrêter la demanderesse—L'arrestation n'était pas illégale—La demanderesse a été informée de l'accusation à la suite de son arrestation—Les agents ont utilisé une force excessive pour arrêter la demanderesse—Pour contrôler la situation, les agents n'avaient pas besoin de recourir à la force—Dans la seconde accusation, on alléguait que la demanderesse avait illégalement commis des voies de fait sur la personne d'un agent dans le dessein de résister à son arrestation ou à sa détention, en violation de l'art. 246(1) du Code criminel—Il n'y a pas eu de la part des agents un complot en vue de porter une seconde accusation—Les éléments constitutifs du délit de poursuite abusive ne sont pas établis en l'espèce—Les lésions corporelles subies par la demanderesse ont été directement causées par les voies de fait—Les blessures subies par la demanderesse ont été causées par les actes que les agents ont commis en arrêtant celle-ci—Des dommages-intérêts spéciaux sont demandés et accordés jusqu'à concurrence de la somme de 2 308,78 \$—Des dommages-intérêts généraux sont accordés jusqu'à concurrence de la somme de 25 000 \$, lesquels sont fondés sur le fait qu'il n'était pas nécessaire de recourir à la force pour procéder à l'arrestation de la demanderesse ainsi que sur la perte de dignité—L'octroi de dommages-intérêts exemplaires ou punitifs n'est pas justifié—Rien ne permet de conclure à un comportement malveillant ou à un comportement délibérément arbitraire et abusif de la part des agents—Les agents ont agi dans l'exercice de leurs fonctions, en leur qualité de préposés de Sa Majesté—La défenderesse est tenue de payer des dommages-intérêts en vertu de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif—Action accueillie en partie—Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 3—Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 246.

BABYN C. CANADA (T-741-89, juge MacKay, jugement en date du 17-12-93, 22 p.)

Action de nature délictuelle en vue de l'obtention de dommages-intérêts fondée sur une représentation inexacte faite par

## COURONNE—Fin

négligence, sur l'immixtion illégale dans les relations économiques et les attentes commerciales légitimes, sur la violation de l'obligation de négocier de bonne foi—Requête en radiation—Bail de dix ans commençant le 1<sup>er</sup> septembre 1983—En mars 1991, les négociations entre les parties au sujet de la reconduction du bail ont commencé—La demanderesse a traité exclusivement avec les représentants de la Division des biens immobiliers de Travaux publics Canada (TPC)—Pendant les mois d'octobre et de novembre 1992, la Division des biens immobiliers (DBI) a continué à manifester expressément sa disposition à négocier un accord définitif—La demanderesse a négocié le bail en croyant comprendre que la DBI était autorisée à négocier la reconduction—Pendant que les négociations étaient encore en cours et sans en aviser la demanderesse, la Direction générale du logement de TPC, qui traitait «à distance» avec la DBI, a décidé de procéder à un appel d'offres en vue de la location des locaux—La demanderesse a accepté verbalement les tarifs de location stipulés par la défenderesse—Le représentant de la défenderesse a fait savoir qu'il était prêt à recommander la reconduction du bail—Le 26 novembre 1992, la demanderesse a informé TPC qu'elle n'acceptait pas l'offre—Requête en radiation des allégations concernant l'immixtion illégale dans les relations économiques et attentes commerciales légitimes ainsi que la violation de l'obligation de négocier de bonne foi pour le motif qu'elles ne révèlent aucune cause raisonnable d'action—Requête accueillie en partie—Les éléments requis, en ce qui concerne l'immixtion dans les relations économiques et les attentes commerciales légitimes, sont énoncés dans *Ontario Store Fixtures Inc. v. Mmmuffins Inc.* (1989), 70 O.R. (2d) 42 (H.C.)—Il faut un contrat valable et actuel entre la demanderesse et un tiers, et que la défenderesse ait causé la rupture du contrat—Un acte illégal et l'immixtion d'un tiers sont essentiels—Dans la déclaration, il est allégué que la Direction générale du logement a commis un acte illégal—La Direction générale du logement n'est pas un tiers puisque la Direction générale du logement et la DBI sont considérées comme une seule entité—S'il existe un contrat entre la demanderesse et la défenderesse et si, en raison des agissements de la Direction générale du logement, le contrat a été violé, la défenderesse est tenue de verser des dommages-intérêts contractuels, et non des dommages-intérêts pour immixtion dans les relations économiques et les attentes commerciales légitimes—Les mots [TRADUCTION] «immixtion illégale dans les relations économiques et dans les attentes commerciales légitimes» sont radiés de la déclaration—La Cour n'est pas du tout convaincue que la demanderesse n'a aucune cause d'action pour violation, par la défenderesse, de l'obligation de négocier de bonne foi—La demanderesse a négocié de bonne foi et s'attendait à ce que TPC négocie lui aussi de bonne foi la reconduction du bail existant—L'existence d'un bail de dix ans permet de distinguer la présente affaire des affaires *Cineplex Corp. v. Viking Rideau Corp.* (1985), 28 B.L.R. 212 (H.C. Ont.) et *MacDougall v. St. Peters Bay (Community)* (1992), 100 Nfld. & P.E.I.R. 45 (C.S. 1<sup>re</sup> inst.), où il n'y avait pas de contrat antérieur.

MARTEL BUILDING LTD. C. CANADA (T-1273-93, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 9-12-93, 14 p.)



## DROIT CONSTITUTIONNEL

## CHARTRE DES DROITS

*Droits à l'égalité*

Demande en vue de l'obtention d'un jugement déclaratoire portant que la règle adoptée par le Conseil de recherches en sciences humaines (CRSH) porte atteinte à l'art. 15 de la Charte—Le par. 45 du document intitulé Bourses du CRSH: Guide des candidats prévoit qu'un citoyen canadien peut utiliser sa bourse dans toute université canadienne ou étrangère reconnue—Le par. 46 prévoit qu'un ressortissant étranger qui a le statut de résident permanent ne peut utiliser sa bourse à l'étranger qu'à la condition d'avoir, au moment de sa demande, été professeur à temps plein pendant au moins deux ans, dans une université canadienne; il doit pouvoir attester qu'un emploi de professeur lui est réservé dans une université canadienne à la fin de la période de validité de la bourse—La citoyenneté est un motif analogue aux motifs énumérés à l'art. 15—Les par. 45 et 46 établissent une distinction entre les citoyens canadiens et les résidents permanents—La règle prive la demanderesse, une citoyenne américaine qui a épousé un citoyen canadien et qui a la qualité de résidente permanente depuis 1985, de la possibilité d'obtenir des fonds pour étudier à l'étranger—Toute possibilité de poursuivre des études dans le champ que la demanderesse a choisi et dans lequel elle excelle est effectivement refusée—La comparaison entre la situation de la demanderesse et celle des citoyens canadiens révèle que la règle ne s'applique pas également à tous—Distinction fondée sur la citoyenneté—Le CRSH présume que les résidents permanents sont moins susceptibles de revenir au Canada s'ils étudient à l'étranger—Absence d'analyse, d'évaluation ou d'enquête à l'appui de la présomption—L'application de la règle est discriminatoire à l'égard des résidents permanents qui n'enseignent pas dans une université et qui désirent obtenir une bourse du CRSH pour étudier à l'étranger—Pareils résidents permanents ont droit à un traitement reposant sur le mérite de leur dossier; on ne peut rejeter leur candidature à cause de stéréotypes et de motifs discriminatoires découlant de leur statut de non-citoyen—La règle viole l'art. 15 de la Charte—Il appartient au défendeur qui veut obtenir le maintien d'une restriction de justifier la violation d'un droit garanti par la Charte—L'objectif fondamental du programme de financement d'études doctorales est de former des personnes hautement qualifiées en sciences humaines—Cet objectif ne distingue pas entre les résidents permanents et les citoyens canadiens—Le CRSH n'a fait ressortir aucun lien rationnel entre l'exigence discriminatoire prévue au par. 46 du Guide et l'objectif énoncé—La défenderesse n'a pas démontré l'existence de raisons valides de priver les résidents permanents de la possibilité de demander au CRSH une bourse de doctorat pour étudier à l'étranger et de leur refuser la chance de démontrer que les liens qui les attachent au Canada sont aussi forts que ceux des Canadiens qui désirent obtenir une telle bourse—L'article premier de la Charte ne peut sauver la règle discriminatoire—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 15.

PEARCKES C. CANADA (T-2602-92, juge Pinard, jugement en date du 22-12-93, 12 p.)

## DROIT D'AUTEUR

## PRATIQUE

Appel de l'ordonnance radiant les modifications apportées à la déclaration—Action en violation du droit d'auteur se rapportant à l'œuvre artistique connue sous le nom de «Mangrove», d'abord publiée à titre de motifs textiles de carreaux de tapis—L'action avait été rejetée pour le motif qu'elle ne révélait aucune cause raisonnable d'action, mais l'ordonnance a été annulée—Le 15 octobre, les demanderesses ont déposé, conformément à la Règle 421, une déclaration modifiée dans laquelle elles ajoutaient une allégation au sujet de la violation d'un dessin industriel—La Règle 421 permet la modification des plaidoiries avant que l'autre partie n'y ait répondu ou à tout moment, avec le consentement écrit de la partie adverse—Le même jour, la défenderesse a déposé un avis d'appel de l'ordonnance annulant l'ordonnance radiant la déclaration—Les modifications ont été radiées pour le motif que la Règle 1104 s'appliquait et que les demanderesses ne pouvaient pas modifier leur déclaration en vertu de la Règle 421—La Règle 1104 prévoit que, pendant que l'appel est en cours, la Cour peut faire les modifications nécessaires pour trancher le point réellement en litige—La défenderesse s'appuie sur *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441, dans lequel le juge Wilson a dit qu'étant donné que la demande de modification de la déclaration avait été présentée pendant que l'appel était en cours, le droit prévu à la Règle 421 devenait caduc et le seul recours était d'agir sur le fondement de la Règle 1104—Appel accueilli—La Règle 1104 ne s'applique pas aux modifications que les demanderesses veulent effectuer—Le principe énoncé par le juge Wilson doit être interprété comme ne s'appliquant que dans la mesure où les modifications proposées se rapportent à une question portée en appel—La Règle 1104 n'empêche pas le recours à la Règle 421 pendant que l'appel est en cours—Elle permet à la Cour d'appel d'autoriser les modifications nécessaires en vue du règlement de l'appel ou du véritable litige qui oppose les parties—Lorsque les modifications se rapportent à une question qui fait l'objet de l'appel, elles doivent être effectuées conformément à la Règle 1104—En l'espèce, les modifications se rapportent à la violation alléguée du dessin industriel enregistré; la question n'a aucun rapport avec l'objet de l'appel interjeté par la défenderesse—La Règle 1104 vise à donner à la Cour d'appel la maîtrise des éléments des plaidoiries qu'elle prendra probablement en considération—Si la Cour d'appel doit trancher effectivement les questions qui sont portées en appel, les parties ne devraient pas pouvoir modifier les éléments de leurs plaidoiries se rapportant à ces questions sans la permission de la Cour d'appel—Lorsque les modifications ne seront pas prises en considération par la Cour d'appel, il n'y a aucune raison de s'écarter des principes généraux établis par les Règles 420 à 430—Les demanderesses allèguent que la Loi sur les dessins industriels ne leur permet pas d'invoquer l'enregistrement du dessin lorsqu'elles ont déposé la déclaration originale, mais que par suite de la modification de la Loi, le dessin industriel enregistré cédé est opposable à la défenderesse—Il n'est pas clair et évident que la demanderesse ne puisse pas avoir gain de cause—La défenderesse fait valoir qu'étant donné que les modifications se rapportent à l'enregistrement du dessin industriel n'ont pas été effectuées dans les douze mois de la naissance de la cause d'action, le droit d'action des demanderesses à cet égard est prescrit—La Règle 419(1a) ne peut pas être invoquée pour fonder une défense de prescription: *Kibale v.*

**DROIT D'AUTEUR—Fin**

Canada (1990), 123 N.R. 153 (C.A.F.)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 419, 421, 1104—Loi sur les dessins industriels, L.R.C. (1985), ch. I-9 (mod. par L.C. 1993, ch. 15).

MILLIKEN & CO. C. INTERFACE FLOORING SYSTEMS (CANADA) INC. (T-3016-92, juge Nadon, ordonnance en date du 14-12-93, 8 p.)

**DROIT MARITIME**

## PRATIQUE

Demande de suspension de l'ordonnance prononçant une injonction Mareva contre les sociétés défenderesses—La défenderesse Blyth & Company Travel Ltd. (BCTL) a conclu un accord de coentreprise avec la demanderesse en vue d'offrir des expéditions-croisières axées sur l'environnement à bord du «Northern Ranger»—BCTL a acheté trois bateaux gonflables (des Zodiac) qu'elle a loués à la coentreprise aux fins des expéditions—Un différend est survenu entre BCTL et la demanderesse au sujet de leurs obligations respectives en vertu de l'accord de coentreprise—La demanderesse réclame des défendeurs des dommages-intérêts par suite de la violation de l'accord de coentreprise et d'une déclaration inexacte faite avec négligence—Dans leur demande reconventionnelle, les défendeurs sollicitent des dommages-intérêts de la demanderesse ainsi que la remise des Zodiac détenus par cette dernière—Le juge en chef adjoint Jerome a ordonné la remise des Zodiac, et a accueilli la demande présentée par la demanderesse en vue de l'obtention de l'injonction Mareva—La Section de première instance a compétence pour accorder la suspension d'une ordonnance interlocutoire en attendant l'issue de l'appel de l'ordonnance devant la Cour d'appel—Le demandeur qui veut obtenir une injonction Mareva doit démontrer l'existence d'une preuve suffisante à première vue, et non simplement l'existence d'une bonne cause—L'injonction Mareva ne peut pas servir comme moyen d'obtenir l'exécution avant le jugement—Le demandeur doit convaincre la Cour que le défendeur a transféré les biens afin de se soustraire au jugement à venir—Les défenderesses en l'espèce tentent de faire sortir les biens du ressort afin de remplir leurs engagements commerciaux—Elles n'ont pas l'intention de se soustraire au jugement—La cause des défenderesses est suffisamment forte pour justifier la suspension—Les défenderesses ont déclaré que l'octroi d'une injonction Mareva a pour effet de les empêcher de se livrer à leurs activités commerciales normales et ordinaires et pourrait compromettre leur capacité de survivre—L'injonction Mareva causera un préjudice irréparable aux défenderesses à court terme—La demanderesse ne doit pas occuper un rang privilégié par rapport aux autres créanciers non garantis des défenderesses—L'injonction Mareva est sollicitée à titre de garantie pour sa réclamation—La prépondérance des inconvénients favorise les défenderesses—Demande accueillie.

MARINE ATLANTIC INC. C. BLYTH (T-1571-93, juge Nadon, ordonnance en date du 26-11-93, 13 p.)

**DROITS DE LA PERSONNE**

Demande tendant à la délivrance d'un bref de *certiorari* et de prohibition visant l'enquête ouverte par la Commission canadienne des droits de la personne suite à une plainte déposée par l'intimée et ultérieurement modifiée—L'intimée occupait, en fin de semaine, à Radio-Canada, les fonctions de pilote du programme d'actualités télévisées «Night Final»—Elle se porta, sans succès, candidate au poste de pilote de l'émission quotidienne—Le poste fut attribué à une femme plus jeune—Une plainte contre Radio-Canada fut déposée le 13 juillet 1989, alléguant une discrimination en raison du sexe et de l'âge, contraire à l'article 7 de la Loi canadienne sur les droits de la personne—Le 22 octobre 1990, la plainte est modifiée par l'addition d'allégations de discrimination fondée sur le sexe dans le cadre de l'emploi, visant Radio-Canada et Graham Ritchie, producteur exécutif des actualités télévisées—Radio-Canada fait valoir que l'allégation de harcèlement sexuel, soulevant des motifs entièrement nouveaux, ne trouvait pas sa place dans le cadre d'une simple modification—Elle fait également valoir que l'enquête était, aux termes de la Loi, frappée de prescription, les événements à l'origine de cette allégation s'étant produits plus d'un an avant la soi-disant modification—La contestation ne vise que le passage qui, dans la décision de la CCDP, autorise une enquête sur cette nouvelle allégation de harcèlement sexuel portée à l'encontre de Radio-Canada et de Graham Ritchie—Un rapport préalable à l'enquête exposait la recommandation du groupe d'enquêteurs sur le problème de la recevabilité de la nouvelle allégation—La Commission décida, en vertu de l'alinéa 41e), de donner suite aux plaintes même si les agissements dont il était fait état précédaient de plus d'un an le dépôt des plaintes—L'allégation de harcèlement sexuel soulève des motifs nouveaux, différents des motifs dont il était précédemment fait état—Concrètement, cette allégation est fondée sur des événements qui se sont produits dix-sept mois avant que ne soit faite l'allégation—L'intimée n'a pas été informée du fait que sa nouvelle allégation était manifestement hors-délai et qu'il ne pourrait y être donné suite qu'en vertu d'une décision officielle de la Commission—Dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui lui est reconnu à l'alinéa 41e), la Commission a un devoir d'équité envers les personnes pouvant être affectées par sa décision—La question doit être réglée de façon objective, sans le moindre parti pris—Le directeur régional et l'enquêtrice ont préjugé de la question de savoir s'il y avait lieu de donner suite à la plainte alors que celle-ci avait été déposée en-dehors des délais—Ils avaient tous les deux décidé à l'avance de la recommandation qui figurerait dans le rapport—La Commission a fait sienna la recommandation contenue dans le rapport, sans motiver sa décision—En adoptant le rapport défectueux, la Commission a rendu sa décision sans tenir compte de l'ensemble des faits pertinents—C'est bien sur ce rapport que la Commission s'est fondée pour exercer la compétence que lui donne la Loi de statuer sur une plainte déposée hors-délais—Si le rapport que la Commission a adopté dans le cadre de sa décision est défectueux, il s'ensuit que la décision est, elle aussi, défectueuse—La décision est annulée—La Commission aura à se prononcer à nouveau sur la question de savoir si la plainte frappée de prescription doit faire l'objet d'une enquête—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 7, 41.

SOCIÉTÉ RADIO-CANADA C. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (T-1578-91, juge Noël, ordonnance en date du 15-12-93, 19 p.)

## FONCTION PUBLIQUE

## COMPÉTENCE

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'arbitre de la CRTFP a conclu qu'il n'avait pas compétence pour trancher le grief présenté par la requérante, dans lequel il était allégué que l'omission de l'employeur de verser à celle-ci une rémunération rétroactive contrevenait à la convention cadre—La requérante est une agente d'immigration—Bien que ses responsabilités eussent changé le 1<sup>er</sup> janvier 1989, par suite des modifications apportées à la Loi sur l'immigration, le poste qu'elle occupait a continué à être classé au même niveau jusqu'au 3 juillet 1990—L'arbitre a refusé d'exercer sa compétence pour le motif que l'octroi d'une rémunération rétroactive constituerait une reclassification rétroactive du poste, ce qui était prohibé par la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique—L'art. 92(1)a) de la Loi permet le renvoi à l'arbitrage d'un grief portant sur l'interprétation ou l'application, à l'endroit du fonctionnaire, d'une disposition d'une convention collective ou d'une décision arbitrale—L'art. 97(2) confirme que, une fois que le grief a été renvoyé à l'arbitrage, l'arbitre doit, après avoir étudié le grief, rendre une décision à son sujet—L'art. 7 dit que la Loi n'a pas pour effet de porter atteinte au droit ou à l'autorité de l'employeur quant à l'organisation de la fonction publique et à la classification des postes—La clause M-27.07a) de la convention cadre prévoit que lorsque l'employé est tenu par l'employeur d'exécuter à titre intérimaire une grande partie des fonctions d'un employé d'un niveau de classification supérieur, il touche une rémunération d'intérim calculée à compter de la date à laquelle il commence à remplir ces fonctions—La requérante soutient que l'employeur a refusé de lui verser la rémunération d'intérim à laquelle elle avait droit en vertu de la convention cadre—L'intimée soutient qu'une nomination intérimaire ne fait pas partie des tâches normales de l'employé, mais vise, à des fins précises, la nomination temporaire dans un poste différent, classifié à un niveau plus élevé—Demande accueillie—(1) L'arbitre a fondé sa décision sur des conclusions de fait et de droit erronées en concluant que l'octroi d'une rémunération rétroactive constituait une reclassification rétroactive—La requérante assumait essentiellement les tâches d'un poste de niveau PM-05 pendant la période en question, bien qu'elle ait été considérée comme occupant un poste de niveau PM-04—Elle a finalement été promue à un poste de niveau PM-05—La question de savoir si la requérante agissait «à titre intérimaire» est une question de fait—Renvoi à des décisions de la CRTFP selon lesquelles le fonctionnaire qui exécute de façon générale les tâches d'un poste d'un niveau supérieur avant que le poste soit reclassifié à un niveau supérieur, a le droit d'être rémunéré au taux de rémunération qui s'applique à la classification supérieure—(2) L'arbitre a également commis une erreur de droit en statuant que l'octroi de la réparation demandée contreviendrait à l'art. 7 de la Loi—Il s'agit clairement d'une affaire de rémunération, et non de «classification»—L'arbitre n'avait aucune raison de refuser d'exercer sa compétence—L'art. 7 n'est pas pertinent en l'espèce—L'art. 7 ne libère pas l'employeur de ses obligations contractuelles, découlant de la convention collective, en ce qui concerne les taux de rémunération—Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 7, 92(1)a), 97(2).

STAGG C. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (T-1604-92, juge Muldoon, ordonnance en date du 15-12-93, 13 p.)

## IMPÔT SUR LE REVENU

## CALCUL DU REVENU

*Gains en capital*

Appel du jugement de première instance [(1990), 90 DTC 6690] rejetant l'appel interjeté contre une nouvelle cotisation incluant un gain en capital de 308 217,50 \$ dans la dernière déclaration de revenus du contribuable—Cette somme représente la moitié du gain en capital réputé avoir été réalisé juste avant le décès du contribuable, par suite de l'aliénation présumée de ses actions—Le contribuable s'est engagé par un accord à vendre ses actions à ses fils—La vente n'était parfaite qu'après le décès du contribuable—Le prix d'achat était payé au moyen d'un billet à ordre, dont les intérêts seraient versés à la succession durant la vie de la veuve du contribuable, le principal venant à échéance à la mort de cette dernière—L'accord liait expressément les «successeurs et ayants droit» des parties—Tous les biens étaient légués par testament aux fiduciaires, conformément à certaines fiducies—Le reste de la succession devait être placé et le revenu net annuel payé à la veuve durant sa vie, et [TRADUCTION] «sans l'intention de lui [la veuve] imposer une fiducie en la matière», le testateur rappelait à son épouse la faveur qui était faite à leurs fils en leur accordant le droit d'acquiescer ses actions ordinaires—Après le décès du contribuable, les actions ont été vendues aux fils conformément à l'accord—Le juge de première instance a décidé que la dévolution des actions n'était pas irrévocable puisque les fiduciaires ne jouissaient pas d'une discrétion ou d'un pouvoir à l'égard de la disposition des actions—Les exécuteurs testamentaires étaient tenus de vendre les actions—Question de savoir si les actions ont été irrévocablement dévolues à la fiducie établie par le testament en faveur de la conjointe—Les appelants se sont appuyés sur la théorie de l'«écheveau de droits» dégagée de l'arrêt *Succession Beament c. M.R.N.*, [1970] R.C.S. 680—Ils ont soutenu que les actions ont été irrévocablement dévolues puisque l'acte de transfert initial ne prévoyait aucune condition subséquente pouvant avoir l'effet d'annuler ou de révoquer le droit accordé—L'intimée maintient que c'est le billet à ordre, et non les actions, qui a été dévolu dans la fiducie en faveur de la conjointe—Appel rejeté—L'écheveau de droits, c.-à-d. les actions assorties des obligations contractuelles prévues dans l'accord conclu avec les fils, a été transféré au décès du contribuable—Ces obligations liaient les représentants successoraux du *de cuius*, en sa qualité de vendeur, et ses fils, en leur qualité d'acheteurs—Les requérants successoraux étaient tenus, sans avoir de latitude d'action, de vendre aux fils les actions, qui constituaient le principal élément d'actif de la succession, moyennant la contrepartie convenue, et ils les ont vendues—Les actions faisant l'objet de l'obligation prévue dans l'accord, à savoir l'obligation de vendre les actions aux fils, et non les actions en soi, étaient transférées aux représentants successoraux à la mort du *de cuius*—Aux termes du testament, ce bien était transféré en premier lieu non à la fiducie créée en faveur de la conjointe, mais aux représentants successoraux, pour que ceux-ci en disposent conformément au testament—Le testament ne créait en faveur de la conjointe qu'une fiducie portant sur le reste de la succession—Il s'ensuit nécessairement que les actions visées par l'accord et vendues conformément à celui-ci n'ont jamais fait partie du reste de la succession, et de la fiducie en faveur de la conjointe—L'argument des appelants pêche par l'erreur qu'ils font de

## IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

croire que les actions ont été transférées à la fiducie en faveur de la conjointe, sans aucune condition subséquente pouvant avoir pour effet d'annuler ou de révoquer le droit de la fiducie sur ce bien—Les appelants ont confondu les biens transférés à la succession du *de cuius*, le reste de la succession étant dévolu à la fiducie créée en faveur de la conjointe—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 40(1a), 70(5) (mod. par S.C. 1973-74, ch. 14, art. 19), (6) (mod., *idem*; S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 38), 104(23)a).

SUCCESSION GREENWOOD C. CANADA (A-371-91, juge Robertson, J.C.A., jugement en date du 9-12-93, 8 p.)

## INJONCTIONS

Appel et appel incident contre une ordonnance de la Section de première instance accordant une injonction Mareva—En accordant l'injonction, le juge des requêtes a tenu compte de l'existence d'une preuve convaincante à première vue, des difficultés financières de la défenderesse et du risque réel que la demanderesse, si elle obtenait gain de cause, ne puisse pas faire exécuter le jugement—L'ordonnance interdit à la défenderesse d'aliéner ses biens, de les grever d'une charge quelconque, de s'en dessaisir de quelque manière ou de les faire sortir du Canada tant que l'affaire n'aura pas été tranchée—Par un appel incident, la demanderesse cherche à obtenir une ordonnance pour garantir le paiement des dommages-intérêts—Appel accueilli; appel incident rejeté—Absence de preuve justifiant la conclusion selon laquelle il existe un risque véritable que les biens de la société défenderesse soient transférés ou aliénés avant qu'un jugement ne soit rendu dans l'action principale—La jurisprudence régissant les injonctions Mareva ne vise pas la possibilité que les débiteurs éventuels d'un jugement deviennent eux-mêmes insolubles ou déclarent faillite avant que le demandeur n'obtienne jugement—La preuve de difficultés financières n'est pas suffisante pour accorder le redressement extraordinaire qui est demandé—Le facteur prépondérant est le fait que le défendeur menace de disposer de ses biens de manière à déjouer toute tentative de la partie adverse de faire exécuter ce jugement contre lui: *Aetna Financial Services Ltd. c. Feigelman et autres*, [1985] 1 R.C.S. 2—Il s'agit uniquement de savoir si le juge des requêtes a été saisi d'éléments de preuve permettant raisonnablement de conclure que les sociétés défenderesses étaient sur le point d'aliéner des biens dans le but d'éviter un jugement—Le seul élément pertinent se rapporte à l'utilisation de trois bateaux gonflables destinés à être utilisés à l'extérieur du Canada dans le cadre habituel de l'entreprise, à savoir l'organisation de croisières internationales—Absence de preuve selon laquelle les défenderesses étaient sur le point d'aliéner ces biens dans le but d'éviter un jugement—Le transfert de biens d'un ressort par un défendeur résidant dans le cadre normal de son entreprise, sans qu'il soit laissé entendre qu'il y avait une intention de déjouer une éventuelle exécution de jugement par le demandeur, n'est pas suffisant pour appuyer une injonction Mareva—Le juge des requêtes a également commis une erreur en omettant de désigner les biens des sociétés appelantes de la manière la plus précise possible—Dans *Chitel et al. v. Rothbart et al.* (1982), 69 C.P.R. (2d) 62 (C.A. Ont.), il a été statué que la Cour devait désigner les biens de la manière la plus précise possible afin

## INJONCTIONS—Fin

que, si une injonction Mareva était accordée, elle vise des biens ou des comptes de banque précis—Il serait inhabituel et même punitif d'immobiliser tous les biens et revenus d'un défendeur qui est un citoyen et un résident du ressort—La portée de l'ordonnance accordée par le juge des requêtes empêche clairement les défendeurs d'exploiter leur entreprise habituelle—En l'absence de moyens justifiant la délivrance d'une injonction Mareva, la Cour n'est pas autorisée à rendre une ordonnance garantissant le paiement des dommages-intérêts.

MARINE ATLANTIC INC. C. BLYTH (A-642-93, juge Robertson, J.C.A., jugement en date du 13-12-93, 5 p.)

## LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Demande de contrôle judiciaire du refus par la Commission nationale des libérations conditionnelles de procéder à l'examen expéditif du dossier du requérant—Celui-ci a été condamné à deux ans d'emprisonnement pour conduite avec facultés affaiblies ayant causé la mort—Il a comparu devant la Commission le 11 février et a obtenu une semi-liberté, qui était prévue pour le 28 mars—Le 27 avril, il a plaidé coupable à une accusation de possession de stupéfiants, relativement à une infraction perpétrée le 2 mars et a été condamné à une peine d'emprisonnement de 7 jours—Cette semi-liberté a été annulée par suite de la condamnation et de la peine infligée—Le dossier du requérant a été transmis à la Commission en vue d'un examen expéditif, conformément à l'art. 125 de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition—Les art. 125 et 126 s'appliquent aux délinquants condamnés pour la première fois au pénitencier—L'art. 126 prévoit que, s'il n'existe aucun motif raisonnable de croire que le délinquant commettra une infraction accompagnée de violence s'il est remis en liberté avant l'expiration de sa peine, la Commission ordonne sa libération conditionnelle totale—L'art. 731(2) du Code criminel prévoit que, lorsqu'une personne condamnée à l'emprisonnement dans un pénitencier est, avant l'expiration de cette sentence, condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans, elle doit être condamnée et purger cette dernière sentence dans un pénitencier—Demande rejetée—Bien que les lois pénales soient généralement interprétées de façon stricte et que les ambiguïtés doivent s'interpréter en faveur de ceux qui sont susceptibles d'encourir une peine, il est important de faire une distinction entre les cas de refus concernant l'espoir de jouir de quelque privilège escompté (c'est-à-dire l'obtention d'une libération conditionnelle ou de permissions de sortir sans surveillance) et ceux ayant trait à la privation de quelque droit existant ou exercé présentement (telle que l'incarcération initiale ou lorsque la libération conditionnelle, qui a déjà été accordée, est annulée par la suite)—L'argument en faveur d'une interprétation stricte est atténué selon les premières circonstances—L'art. 15 de la Loi d'interprétation exige que toutes les lois soient interprétées de façon «juste, large et libérale»—Bien que l'art. 731(2) ait été adopté en partie pour établir une distinction entre les cas où une personne doit purger sa peine dans un pénitencier par opposition à une maison de correction provinciale, cette disposition traite principalement des conséquences d'une condamnation à une peine de moins de deux ans pendant que la personne purge une peine dans un

## LIBÉRATION CONDITIONNELLE—Fin

pénitencier—La peine subséquente ne fait pas partie de la première, mais constitue une entité exclusive—L'art. 731(2) était la preuve de l'intimée selon laquelle le requérant a été condamné au pénitencier pour une deuxième fois lorsqu'il a été reconnu coupable d'une infraction relative aux stupéfiants—Une méthode d'interprétation législative guidée par la raison d'être de la loi donne les mêmes résultats—La procédure d'examen expéditif a été envisagée comme un processus expéditif, qui s'appliquerait seulement aux délinquants qui représentent la menace la moins grave pour la société: les délinquants non violents incarcérés pour la première fois—Le fait de permettre à une personne, qui a fait montre d'un «piètre jugement» en étant impliquée dans le trafic de stupéfiants après une décision positive rendue par la Commission pendant qu'elle attendait une libération, d'avoir droit à la procédure d'examen expéditif irait à l'encontre de l'objet de la Loi—L'art. 139 prévoit que l'individu dont la peine d'emprisonnement n'est pas expirée et qui est condamné à une peine d'emprisonnement supplémentaire est réputé n'avoir été condamné qu'à une seule peine—Le requérant soutient que la peine à purger concurremment pour possession de stupéfiants fait partie de la première sentence—Distinction faite avec la décision *Pask c. La Reine*, T-2990-83, juge Muldoon, jugement en date du 23-5-84, C.F. 1<sup>re</sup> inst., non publié—L'art. 139(1) doit s'interpréter de façon à prévoir «une peine totale d'emprisonnement» dans le cas d'un cumul possible des peines—Sinon, tout récidiviste non violent devrait pouvoir se prévaloir de la procédure d'examen expéditif—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 2(1), 119, 120, 122, 123, 125, 126, 139—Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 731(2)—Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 15—Loi sur la libération conditionnelle, L.R.C. (1985), ch. P-2.

PROSYK C. CANADA (COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (T-1716-93, juge Nadon, ordonnance en date du 2-12-93, 10 p.)

## MARQUES DE COMMERCE

## CONTREFAÇON

Demande d'injonction interlocutoire interdisant aux défenderesses de commercialiser comme des marchandises de la demanderesse des marchandises qui n'en sont pas en employant le nom «Center Ice» ou le nom «Center Ice Collection» ou toute autre imitation spacieuse de la marque de commerce «Centre Ice» de la demanderesse en Alberta—La demanderesse utilise la marque de commerce «Centre Ice» depuis 1986 en rapport avec la vente de vêtements de sport, l'exploitation d'un magasin de détail se spécialisant dans la vente de vêtements de sport et d'équipement en Alberta—Beaucoup de publicité visant à promouvoir cette marque de commerce, y compris au moyen de réclames dans les publications de la LNH défenderesse et des équipes qui en sont membres—Le nom «Centre Ice» est enregistré auprès du *Consumer and Corporate Registry* de l'Alberta relativement au commerce au détail d'articles de sport depuis 1986—La LNH est une association non constituée en personne morale dont les membres sont des équipes de hockey canadiennes et améri-

## MARQUES DE COMMERCE—Suite

caines—Elle revendique la propriété de la marque de commerce «Center Ice», bien qu'elle n'ait produit aucun élément de preuve établissant qu'elle soit propriétaire d'une marque de commerce déposée—La demanderesse prétend que l'emploi par les défenderesses du nom «Center Ice» crée de la confusion—La défenderesse soutient que la demanderesse vend des articles de sport durables et des services connexes, des vêtements de sport qui ne font pas l'objet d'une licence (autres que des maillots de hockey), et qu'aucun de ces produits ne porte une étiquette «Center Ice»—Demande accueillie—La demanderesse soulève une question sérieuse à trancher, soit celle de savoir si les défenderesses contrevennent à l'art. 7 de la Loi sur les marques de commerce en employant le nom «Center Ice» depuis quelques années—La preuve établit l'emploi du nom commercial «Center Ice» depuis six ans et l'utilisation récente du nom «Center Ice» par les défenderesses pour annoncer une collection de vêtements de sport—Les actes de procédure ne sont ni futiles ni vexatoires—La demanderesse a démontré clairement que le fait de permettre aux défenderesses de continuer d'employer le nom commercial «Center Ice» causera un préjudice irréparable qui ne pourrait être compensé par des dommages-intérêts—La preuve du préjudice irréparable doit être claire et ne pas tenir compte de la conjecture: *Imperial Chemical Industries PLC c. Apotex Inc.*, [1990] 2 C.F. 221 (C.A.)—La preuve non contredite démontre que l'utilisation par les défenderesses du nom commercial «Center Ice» a créé de la confusion—La destruction de la clientèle constitue un préjudice irréparable—L'art. 7b) de la Loi sur les marques de commerce juxtapose les termes «marchandises», «services» et «entreprises» en énumérant les sources prohibées de confusion de façon qu'ils renvoient l'un à l'autre sans restriction—Le fait de créer de la confusion entre le nom commercial ou la dénomination de la demanderesse et les marchandises, biens et services des défenderesses, ou vice versa, constitue une infraction en application de l'art. 7b)—La preuve établit que le magasin Centre Ice de Calgary a une excellente réputation dans le domaine de l'équipement de hockey—Une preuve suffisante établit aussi que l'emploi par les défenderesses du nom commercial «Center Ice» crée de la confusion parmi le public—La preuve démontre que la confusion a créé du mécontentement chez certains membres du public déçus d'apprendre que la demanderesse ne garde pas en stock les produits annoncés par les défenderesses—La règle en matière de *passing off* veut que le consommateur final soit pris en compte pour trancher la question de savoir si le délit de *passing off* a été commis—On peut raisonnablement conclure que le fait de permettre aux défenderesses de continuer à utiliser le nom commercial de «Center Ice» causera de la confusion entre les produits des parties au litige et une perte d'achalandage impossible à compenser par des dommages-intérêts—La demanderesse s'est engagée à indemniser la défenderesse si l'injonction définitive est refusée—Cet engagement, ajouté à la preuve convaincante de la confusion et de la perte d'achalandage, justifie une injonction interlocutoire—Interdiction faite aux défenderesses de commercialiser leurs marchandises de façon trompeuse en les annonçant et en les vendant dans la ville de Calgary et dans le sud de l'Alberta—Toutes les mesures doivent être prises pour empêcher la réception, dans cette zone du sud de l'Alberta, des publicités télédiffusées ou radiodiffusées, soit à partir de cette zone mais captées à l'extérieur de celle-ci, soit à partir de l'extérieur de cette zone mais qui y sont captées—

**MARQUES DE COMMERCE—Suite**

L'injonction ne s'applique pas à la version française du nom «Center Ice» utilisée seule—L'injonction vise en outre tous les médias de la presse écrite et électronique, savoir CBC, CTV, Global, la diffusion ou la retransmission après réception par satellite, le *Calgary Herald* et le *Herald Neighbour*—La demanderesse peut signifier des copies de l'injonction à toutes ces personnes, entreprises et sociétés—La totalité de l'Alberta est un territoire trop étendu pour l'application de l'injonction selon la liste des clients de la demanderesse—La répartition des avantages et des inconvénients, compte tenu de la taille de l'entreprise des défenderesses par rapport à celle de la demanderesse, justifie le refus de prononcer le sursis de l'injonction jusqu'à l'issue de l'appel par les défenderesses—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 469—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 6, 7.

CENTRE ICE LTD. C. LIGUE NATIONALE DE HOCKEY (T-986-92, juge Muldoon, ordonnance en date du 7-12-93, 25 p.)

**RADIATION**

Appel de la décision par laquelle le registraire des marques de commerce a radié la marque de commerce «For Perms Only» de l'appelante—La marque de commerce a été enregistrée le 10 juillet 1987 à l'égard de produits pour le soin des cheveux, à savoir du shampoing, du revitalisant, de l'hydratant, du gel coiffant, de la mousse, du revitalisant «reconstructeur» et du fixatif—Le 29 août 1990, le registraire a envoyé l'avis visé par l'art. 45 de la Loi sur les marques de commerce à Belvedere International Inc., propriétaire inscrite de la marque de commerce «For Perms Only»—La pièce «B» de l'affidavit de Donald Belvedere comprend 22 factures, qui sont toutes datées du 6 mai 1987—Aucune autre vente du produit «For Perms Only» pendant cinq ans et demi—Le problème de «formulation» ne s'appliquait qu'au shampoing et au revitalisant «For Perms Only»—Absence de preuve que l'hydratant, le gel coiffant, la mousse et le fixatif «For Perms Only» posaient un problème de «formulation»—Le registraire a conclu qu'il n'existait aucune circonstance spéciale justifiant le défaut d'emploi du 27 mai 1987 au 29 août 1990—En vertu de l'art. 45(3) de la Loi sur les marques de commerce, l'enregistrement d'une marque de commerce est susceptible de radiation ou de modification lorsque le défaut d'emploi n'est pas attribuable à des circonstances spéciales—L'expression «circonstances spéciales» doit être interprétée comme signifiant «circonstances inhabituelles, peu courantes ou exceptionnelles»—La période de non-emploi en l'espèce est de près de cinq ans et demi, du mois de mai 1987 au mois de novembre 1992—Les fluctuations de la conjoncture du marché ne constituent pas des circonstances spéciales justifiant le non-emploi—La preuve que l'appelante a présentée en vue d'établir l'existence d'une faible demande de la part du consommateur est ténue—La preuve d'une faible demande de la part du consommateur n'est pas suffisamment importante pour qu'on puisse conclure que le registraire a tiré une conclusion erronée, à savoir qu'il n'existait aucune circonstance spéciale justifiant le non-emploi pendant une période de cinq ans et demi—Le fait que l'appelante a recommencé à employer la marque de commerce ne constitue pas une circonstance spéciale justifiant la modification de la décision du registraire—Il est contraire au but de l'art. 45 de permettre le maintien d'une marque après

**MARQUES DE COMMERCE—Fin**

une longue cessation délibérée d'emploi—L'appelante n'avait pas l'intention d'employer de nouveau la marque de commerce—Appel rejeté—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 45, 46.

BELVEDERE INTERNATIONAL INC. C. SIM & MCBURNEY (T-213-93, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 22-12-93, 12 p.)

**PENSIONS**

Requête présentée en vertu de la Règle 419 en vue de l'obtention d'une ordonnance radiant la déclaration pour le motif qu'elle ne révèle aucune cause valable d'action et que les redressements sollicités n'existent pas en droit—La demanderesse a épousé un membre des Forces armées canadiennes—Par suite du décès de son mari, en juin 1962, la demanderesse avait droit à une pension en vertu de la Loi sur les pensions—Elle est devenue inadmissible à la pension en raison d'un second mariage, en novembre 1966—Aux termes de la Loi modifiant la législation relative aux pensions de retraite, la demanderesse pouvait de nouveau toucher la pension de son premier mari—Elle a vu rétablir sa pension à compter du 29 juin 1989—Elle demande le paiement des prestations de pension accumulées depuis le 17 avril 1985 jusqu'au 29 juin 1989, ce paiement représentant une réparation pécuniaire fondée sur l'art. 24 de la Charte—L'art. 15 de la Charte est entré en vigueur le 17 avril 1985—La demanderesse soutient que l'art. 59(1) de la Loi sur les pensions était inopérant à partir du 17 avril 1985 puisqu'il constituait de la discrimination fondée sur le sexe et sur l'état civil, en violation de l'art. 15 de la Charte—On ne peut pas dire que la cause d'action a disparu du seul fait de l'abrogation de la disposition en question—La question soulevée par la déclaration n'est pas sans intérêt pratique étant donné qu'il n'est pas parfaitement évident que la demande ne peut pas être accueillie—La question soulevée par la demande, qui est fondée sur la Règle 419, ne doit pas être franchée sans qu'on dispose de tous les éléments voulus—Requête rejetée—Loi sur les pensions, L.R.C. (1985), ch. P-6, art. 59(1) (abrogé par L.C. 1989, ch. 6, art. 32)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 419—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 15, 24.

CAMPBELL C. CANADA (T-987-91, juge Noël, ordonnance en date du 12-1-94, 8 p.)

**PRATIQUE**

Requête présentée par la défenderesse en vue de l'obtention d'une ordonnance en vertu de la Règle 480 séparant l'instruction des points se rapportant au préjudice et à la reddition de comptes—Dans la déclaration, il est allégué que la défenderesse a porté atteinte aux droits de la demanderesse sur le modèle de verrerie «Motif Magnolia»—Tous les points litigieux soulevés dans une action devraient être entendus et tranchés immédiatement dans le contexte d'un seul procès—La Règle 480 ne s'applique que si les points qui sous-tendent l'ac-

**PRATIQUE—Suite**

tion peuvent être séparés—L'économie de temps et de frais qui découlera de la séparation dans le contexte de la première décision l'emporte sur le risque de procéder à une seconde instruction au cas où la contrefaçon alléguée serait établie—Demande accueillie—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 480.

VERRERIE CRISTALLERIE D'ARQUES J.G. DURAND & CIE C. MODERN HOUSEWARES IMPORTS INC. (T-1393-91, juge Noël, ordonnance en date du 10-11-93, 6 p.)

**PLAIDOIRIES***Requête en radiation*

Requête en radiation de la défense modifiée—Il y a eu objection préliminaire à la comparution d'un avocat à l'audition d'une requête, au cours de laquelle l'affidavit établi par un associé de l'étude de ce même avocat avait été produit en preuve—Lorsqu'un affidavit a été déposé par un avocat à l'appui d'une requête, ce dernier ne devrait pas comparaître à l'au-

**PRATIQUE—Fin**

dition de la requête—Il faut décourager le témoignage des procureurs, mais il ne faut pas, lorsqu'il est nécessaire, pour des raisons pratiques, d'admettre le témoignage d'un avocat, empêcher celui-ci de comparaître à l'audition de requêtes ou à l'instruction, lorsqu'on n'a pas l'intention d'utiliser cette preuve—La présente requête peut être réglée sous le régime de la Règle 419(1)a) sans qu'il soit nécessaire de recourir à la preuve contenue dans l'affidavit—La requête conteste des paragraphes d'une défense déposée en réponse à une déclaration par laquelle la demanderesse affirme qu'elle est propriétaire de certains droits d'auteur qui auraient été violés—Certains paragraphes de la défense articulent suffisamment de faits pour révéler des moyens de défense—Certaines parties de la défense sont radiées—Le paragraphe de la défense initiale dans lequel le droit de propriété de Samsonite U.S. est allégué est rétabli—Requête accueillie en partie—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 419.

SAMSONITE CANADA INC. C. COSTCO WHOLESALE CORP. (T-500-92, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 8-12-93, 5 p.)







*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Canada Communication Group — Publishing  
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En case de non-livraison,*  
*retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*  
Groupe Communication Canada — Édition  
Ottawa, Canada K1A 0S9